



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

Área: Ciências Jurídicas

**“O DIREITO AO CONHECIMENTO DA VERDADE BIOLÓGICA:
O caso das técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga
como requisito para a efetivação dos direitos da personalidade.”**

Trabalho apresentado para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Daíse Maria Sousa de Moraes

Orientadora: Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Abril/2011

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

O DIREITO AO CONHECIMENTO DA VERDADE BIOLÓGICA: O caso das técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga como requisito para a efetivação dos direitos da personalidade.

Autora: Daíse Maria Sousa de Moraes

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito, área de Ciências Jurídicas, pela Universidade Autónoma de Lisboa, sob orientação da Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas.

Abril/2011

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos especiais a minha mãe, a quem devo tudo. Aos Professores Doutores Stela Marcos de Almeida Barbas e Emmanuel Sabino.

DEDICATÓRIA

Lembro-me, pai, como se fosse hoje, daquele último sorriso que vi em teus lábios. Para realizar o sonho de seguir na carreira jurídica, não pude te dar um último abraço, quando ainda estavas lúcido. Mas estarás sempre no meu coração... até o dia do reencontro.

RESUMO

Este trabalho trata da principal problemática que decorre da possibilidade da concepção de um ser humano a partir da inserção de uma terceira pessoa no processo reprodutivo. Melhor dizendo: uma pessoa gerada por inseminação artificial realizada com material genético de doador anônimo tem o direito de conhecer a sua origem biológica?

O que se busca com o reconhecimento do direito ao conhecimento à origem genética é o acesso à informação biológica do indivíduo, sua história e sentido de pertencimento, sem outro condicionante fático e/ou jurídico. O indivíduo gerado através de técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga tem direito a conhecer os fatos relativos à sua própria história, sem que isso signifique a destruição da relação afetiva estabelecida. A construção da individualidade pressupõe o acesso a identidade dos seus progenitores como pressuposto para encontrar referências genéticas, características físicas, psicológicas e afetivas. A própria ideia de dignidade da pessoa leva a ideia de identidade como referência social ou individual, trazendo a identificação de quem é cada indivíduo e quais são as características que o singularizam. Assim, o conhecimento das origens genéticas é um aspecto relevante da personalidade individual do ser humano que tem direito à identidade pessoal.

Trata-se da sobreposição do princípio da dignidade da pessoa humana, tornando inaceitável um anonimato passível de prejudicar a formação do concebido como indivíduo. De modo que, restringindo-se o direito de conhecer sua origem genética, estaríamos negando a uma pessoa a possibilidade de ter acesso a informações relativas a fatores que compõem a sua personalidade e que influenciam na sua autodeterminação.

Palavras Chave: Concepção Artificial. Origem Genética. Identidade. Dignidade da pessoa.

ABSTRACT

This Dissertation deals with the possibility of human conception from the introduction of a third party in the reproductive process. In other words, does a person generated from artificial insemination with genetic material provided by an unknown donator have the right to be informed of his/her biological origin?

What we aim to achieve from recognition of genetic origin is access to the person's genetic foundation, his/her history and sense of belonging, without any other juridical or factual condition. A person who was generated through heterologous medically assisted reproduction means has the right to be familiar with the facts related to his/her own history, without it meaning the destruction of a sentimentally established relationship. The edifice of individuality presupposes access to the identity of who the parents are as a means of identifying genetic references, physical, psychological and emotional characteristics. The idea itself of human dignity leads to the thought of identity as social or individual reference, bringing about the identification of whom the person is and which are the characteristics that make him/her single amongst others. Thus, knowing one's genetic origin is an important aspect of the person's personality who has the right to personal identity.

This has to do with the overlapping of the principle of human dignity which makes anonymity liable to damage the formation of the individual, as such, unacceptable. Thus, if the right to access knowledge of one's genetic origin is restricted, it is equivalent to deny the person access to information regarding factors that compose his/her personality and which influence in his/her self determination.

Key Words: Artificial Reproduction. Genetic Origin. Identity. Human dignity.

“Tenho um sonho recorrente: me vejo flutuando em meio à escuridão. Enquanto giro, cada vez mais rápido em uma região sem nome, fora do tempo, quase não terrenal. Fico angustiada e quero pôr os pés no chão. Mas não há quase nada sobre o que plantar os pés. Este é o meu pesadelo: sou uma pessoa gerada por inseminação artificial com esperma de doador e nunca conhecerei metade da minha identidade(...). Sinto raiva e confusão e me vêm milhares de perguntas: de quem são os olhos que tenho? Quem pôs na cabeça de minha família a ideia de que minhas raízes biológicas não importavam? Não se pode negar a ninguém o direito de conhecer suas origens biológicas”.

Margaret R. Brown, gerada por fertilização *in vitro* com a ajuda de um doador anônimo de sêmen nos Estados Unidos (Disponível em www.acidigital.com/vida/probeta.htm.. Acessado em 06.08.2009).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	
NOÇÕES CONCEITUAIS PRELIMINARES.....	13
1.1. Fatores da infertilidade humana.....	13
1.2. Técnicas de reprodução medicamente assistida.....	15
CAPÍTULO II	
O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS BIOLÓGICAS NO REGIME JURÍDICO DA FILIAÇÃO.....	18
2.1. O princípio da verdade biológica.....	18
2.2. Mudança de paradigmas sociais: a filiação entre a verdade biológica e a afetiva.....	19
2.2.1. Conceito de filiação.....	20
2.2.2. A filiação entre a verdade biológica e a afetiva.....	24
2.3. Harmonização do direito ao conhecimento das origens genéticas com o direito à filiação.....	28
CAPÍTULO III	
DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR.....	35
3.1. O direito à intimidade e a inexistência de direitos fundamentais absolutos.....	35
3.1.1 Evolução conceitual do direito à intimidade.....	35
3.1.2 A inexistência de direitos fundamentais absolutos	42
3.2. A inexistência de expectativa de sigilo acerca da identidade do doador.....	47
3.3. O princípio da proporcionalidade: a ponderação de direitos fundamentais na hipótese de conflito entre os direitos do concebido e os do doador.....	53
3.3.1.. O princípio da proporcionalidade.....	53
3.3.1.1. Origem do princípio da proporcionalidade.....	53
3.3.1.2. Breve comentário sobre o conteúdo do princípio da proporcionalidade.....	55

3.3.2. A ponderação de direitos fundamentais na hipótese de conflito entre os direitos do concebido e os do doador.....	56
---	----

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTOS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA.....	61
--	----

4.1. A dignidade da pessoa humana.....	61
4.1.1. A dignidade da pessoa humana como valor fundamental.....	61
4.1.2. O direito à identidade genética e a dignidade da pessoa humana.....	68
4.2. O direito à identidade pessoal.....	73
4.3. O direito à vida e o direito à integridade física.....	81
4.4. O direito à igualdade.....	84
4.5. O direito à verdade.....	86
4.6. O direito à intimidade genética.....	89

CAPÍTULO V

O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS COMO REQUISITO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	93
---	----

5.1. Breve comentário sobre os direitos da personalidade.....	93
5.2. O direito ao conhecimento das origens genéticas como requisito para efetivação dos direitos da personalidade.....	94

CAPÍTULO VI

DIREITO COMPARADO.....	102
------------------------	-----

6.1. Enquadramento no ordenamento jurídico português.....	102
6.2. Enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro.....	108
6.3. Enquadramento no ordenamento jurídico espanhol.....	118
6.4. Enquadramento no ordenamento jurídico da Noruega, Bulgária, Israel, Suíça, Suécia, Alemanha, França, Itália, Áustria, Reino Unido, Dinamarca, Grécia, Austrália e Holanda.....	124

CAPÍTULO VII

NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA.....	135
---	-----

CAPÍTULO VIII

**PARÂMETROS LEGISLATIVOS PARA O ESTABELECIMENTO DO DIREITO AO
CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS.....138**

CONCLUSÕES.....146

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....153

INTRODUÇÃO

A procriação medicamente assistida trouxe ao mundo fático a possibilidade de gerar um ser com o material biológico de uma terceira pessoa que não o casal ou pessoa que deseja ter um filho. A concepção extra-uterina representou uma realidade nova, totalmente afastada da tradição que fundamentou as legislações tradicionais¹.

Nesse caso, a intenção do doador é não concretizar laços sociais entre o pai biológico e a criança portadora do seu material genético. Contudo, a inserção de novos personagens na dinâmica reprodutiva, como o doador do sêmen, a doadora de óvulos e a mãe em substituição, colocou na mira das discussões jurídicas o direito do doador à preservação do anonimato, ou seja, coloca-se na balança o direito do doador ao anonimato e o direito da pessoa portadora do material genético doado a ter acesso às informações quanto à paternidade biológica.

Sob a ótica jurídica, várias questões podem ser suscitadas: existe um direito a conhecer a paternidade biológica realizada sob o âmbito das técnicas de reprodução humana assistida? Se sim, este direito deve ser considerado como um limite à intimidade dos doadores? Como se pode harmonizar este conflito?

O direito à intimidade é considerado como um direito fundamental, reconhecido e protegido em diversos documentos de âmbito internacional e constituições mundo afora. Por outro lado, o homem se distingue dos outros animais também pela consciência que tem de si próprio, isto é, tem necessidade de bases que lhe permitam mensurar suas referências, o auto-conhecimento².

¹ “O desenvolvimento das ciências e das técnicas, nos dois últimos séculos, trouxe consigo desafios que têm a ver com o surgimento de novos tipos de relações sociais no quadro cultural da tecno-civilização. O renascimento da consciência do homem contemporâneo em situar-se face ao fato de que, o paradigma científico domina cada vez mais as forças na natureza e, ao mesmo tempo, interfere de forma crescente no mundo natural, suscitando problemas que não encontram respostas no quadro da própria cultura tecnocientífica, onde surgiram e desenvolveram-se. A principal dessas intervenções é a que ocorre no corpo das ciências biológicas, onde o homem, ao ampliar o seu domínio sobre a natureza, intervém na sua própria condição natural de pessoa e possibilita a implantação de tecnologias sem previsão quanto as suas conseqüências”. **BARRETO**, Vicente de Paulo, “Bioética, biodireito e direitos humanos” in *Revista Ethica*, Ano 1. V. 5. Rio de Janeiro: Revista Ethica. 1988. [Consult. 20.10.2010] Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos.

² Rafael Reis, citando Leonor Ruiz, demonstra que o enquadramento societário “é pressuposto de uma autonomia psicossomática (...) que possibilita ao ser humano a escolha dos caminhos pelos quais trilhará a sua permanente construção como persona. Porque tem referências identificadoras, o indivíduo pode fazer escolhas”. Dessa forma, pode determinar os termos em que constrói a sua identidade. Assim, segundo o autor, o processo de construção da individualidade permite ao indivíduo encontrar “pontos de referência de natureza genética, somática, afetiva ou fisiológica”. O indivíduo terá condições de saber a quem se deve sua baixa ou alta estatura, o caráter tímido ou extrovertido ou a predisposição para determinada doença. **REIS**, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra editora, 2008, p.14- 15.

A própria noção de dignidade da pessoa humana nos leva à ideia de tutela da identidade, resultando daí a questão de se poder afirmar que constitui direito da pessoa humana a individualização perante os outros, quem é e quais características sociais e biológicas o individualizam³.

A preocupação com o tema tem se refletido na produção doutrinária, na legislação e jurisprudência de alguns países e também no direito internacional⁴. O conhecimento das origens genéticas tem sido relacionado à tutela da personalidade, dignidade humana e vida privada. Postula-se, contudo, se o direito ao conhecimento das origens genéticas esteja ligado ao direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, independentemente da tutela da vida privada e familiar. A verdade quanto à pessoa deve ser entendida como bem da personalidade, por dizer respeito a algo inerente a própria pessoa, inseparável dela? Aceitar essa assertiva é concluir que o interesse do concebido ao conhecimento da verdade real está acima do direito de sigilo do doador do material genético?

Questiona-se qual seria, então, a linha de delimitação entre o direito à intimidade e o direito ao conhecimento das origens genéticas. Seria necessário conciliar o direito do doador ao anonimato com o direito do indivíduo em expectativa de ter acesso às informações quanto a seus pais biológicos.

Portanto, com o progresso científico e o advento das técnicas de reprodução medicamente assistidas, surgiram inúmeras discussões, não só no campo das ciências biológicas, como também no campo jurídico e é isso que torna o tema deste trabalho importante na seara do Direito.

O direito, apesar da dificuldade em acompanhar o progresso científico, não pode se abster de legislar e, assim, esclarecer a população sobre os efeitos da aplicação destas técnicas. Essa necessidade decorre do fato que estão envolvidos no caso em tela

³ Em outro momento, citando Francisco Rivero Hernández, Rafael Reis completa que, hoje a própria ideia de pessoa exige “a tutela da identidade ou auto-referência individual e social”, havendo mesmo que se questionar se não é razoável admitir que um dos “*primaciais direitos da pessoa seja o de conhecer a sua identidade, quem é, que dados individuais e sociais a definem e individualizam perante os outros, de onde vem, o que lhe permitirá integrar todas as demais acepções jurídicas e direitos*”. Segundo o autor, a tutela dos valores da dignidade humana deve levar em consideração o desejo da descoberta de si, o que é imprescindível para definição de sua direção. **REIS**, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit., p. 16.

⁴ Rafael afirma ainda que “o legislador ordinário sente, cada vez mais, necessidade de disciplinar a matéria, seja porque os novos problemas trazidos pela procriação medicamente assistida o levem a aproveitar as vertigens reguladoras para determinar os termos em que tal direito pode aí ser exercido, seja porque a consolidação paulatina de tendências mais proactivas em face do direito a conhecer a historicidade pessoal imponham alterações ao status quo”. Idem, p.35.

princípios basilares do homem como a dignidade, vida, integridade física e a identidade pessoal.

No desenvolvimento da pesquisa procuraremos responder a questões como: O ser gerado através de inseminação artificial heteróloga tem direito de conhecer sua ascendência genética? Qual a natureza jurídica desse direito? Quais efeitos jurídicos decorrem do conhecimento da ascendência genética?

Estudaremos também o conflito entre o direito à intimidade e o direito ao conhecimento da ascendência genética nos casos de reprodução assistida heteróloga, bem como examinaremos a diferença entre o estado de filiação e origem genética. Analisaremos se o direito ao conhecimento da verdade biológica se sobrepõe ao direito à intimidade nos casos de aplicação da técnica de reprodução assistida heteróloga, destacando também a questão da paternidade socioafetiva como fator importante para definir a paternidade, em detrimento da carga genética do indivíduo. Finalmente, examinaremos se o conhecimento da ascendência genética gera efeitos jurídicos que impeçam a formação de vínculos parentais.

No primeiro capítulo, trataremos dos fatores de infertilidade humana e das técnicas de reprodução medicamente assistida, mencionando as principais técnicas de reprodução medicamente assistida e os questionamentos jurídicos decorrentes da aplicação destas técnicas.

No segundo capítulo, analisaremos a evolução dos conceitos de maternidade e paternidade, enfatizando o princípio da verdade biológica e as filiações biológica e afetiva. Nesse capítulo também serão abordadas as diferenças entre o atual conceito de filiação e o direito ao conhecimento das origens genéticas.

No terceiro capítulo, faremos um estudo acerca do direito ao anonimato do doador, abordando evolução conceitual e inexistência de direitos fundamentais absolutos. Também será abordado o princípio da proporcionalidade, sua origem e conteúdo, tendo em conta também a ponderação dos direitos fundamentais na hipótese de conflito entre os direitos do concebido e do doador no caso de reprodução medicamente assistida heteróloga.

No quarto capítulo, analisaremos os direitos fundamentais que baseiam o direito ao conhecimento da origem genética do indivíduo, como a dignidade da pessoa humana, o direito à identidade pessoal, o direito à igualdade, direito à verdade, direito à vida e direito à integridade física.

No quinto capítulo, estudaremos o direito ao conhecimento das origens

genéticas no caso de técnicas de reprodução medicamente assistida como requisito para efetivação dos direitos de personalidade.

No sexto capítulo, abordaremos as legislações de vários países acerca do assunto, bem como os vários documentos internacionais que tratam da matéria.

No sétimo capítulo, procederemos a uma análise crítica sobre a natureza jurídica do direito ao conhecimento da origem biológica e no oitavo discutiremos sobre o posicionamento doutrinário a respeito da ação adequada para o conhecimento da ascendência genética, buscando estabelecer parâmetros legislativos para a questão.

O reconhecimento da importância do conhecimento da identidade biológica, seja no plano psicológico, seja no plano fisiológico ou emocional, trouxe ao Direito essa nova problemática que passou a merecer o nosso estudo e que é objeto da presente pesquisa. O propósito que perseguimos é fazer algumas reflexões que ajudem a construir um pensamento jurídico sobre o direito ao conhecimento das origens genéticas.

Portanto, o presente estudo não objetiva responder a todas as questões levantadas pela sociedade, mas sim fornecer informações e legislações acerca desta nova forma de entender as relações familiares e, conseqüentemente, contribuir para construção do conhecimento jurídico.

CAPÍTULO 1: NOÇÕES CONCEITUAIS PRELIMINARES

Somente para facilitar a compreensão do estudo a que nos propomos, registraremos alguns conceitos que se fazem necessários para melhor compreensão jurídica do tema tratado. Sendo assim, nesse capítulo trataremos das causas de infertilidade humana e das técnicas e reprodução medicamente assistida.

1.1. FATORES DE ESTERILIDADE/INFERTILIDADE HUMANA

Infertilidade não é o mesmo que esterilidade. Tecnicamente, *casais estéreis são aqueles que, ao término de 12 meses mantendo relações sexuais frequentes (duas a três por semana) e sem proteção anticoncepcional, não obtêm gravidez ou quando um casal consegue engravidar sem que a mesma chegue ao final*⁵. Para o presente estudo, levaremos em consideração o termo infertilidade como a incapacidade de reproduzir.

Aproximadamente 90% dos casos de infertilidade decorrem de causas tratáveis pela medicina, que permitem à maioria dos casais realizarem o sonho da parentalidade, após tratamento médico⁶. Acredita-se que cerca de 10% a 15% das pessoas em idade reprodutiva têm problemas para ter filhos⁷.

Os fatores que podem influenciar a fertilidade de um casal são: idade do homem, idade da mulher⁸, frequência e técnica do coito, uso de lubrificantes vaginais, histórico

⁵ NEUSPILLER, Fernanco; ARDILES, Gerardo, *Conceitos e Epidemiologia em medicina reprodutiva*, in SCHEFFER, Bruno Brum, et al, *Reprodução Humana Assistida*, 1ª edição, São Paulo, Editora Athene, 2003, p. 2.

⁶ [Consult. 20.10.2010]. Disponível em: <http://www.clinicadrmrmarcelofaria.com.br/reproducao.htm>.

⁷ *Os dados divulgados sobre a esterilidade parecem espantar, afirmando-se que 'afetaria segundo as diversas estatísticas, entre 10 a 15% dos casais humanos, e esta constatação está relacionada aos seguintes fatores: aumento da incidência de situações que detectam fatores de ordem masculina; incremento de patologia dependente de doenças sexualmente transmissíveis; adiamento da idade desejada para primeira gestação, com inevitáveis conseqüências sobre a fecundidade; prática mais generalizada do aborto e utilização de métodos contraceptivos perniciosos para uma futura concepção; verificação, com alguma frequência, de seqüelas de tuberculose genital feminina e, exposição excessiva a fatores tóxicos e ambientais com efeitos deletérios nos mecanismos que asseguram a reprodução. Percebe-se, igualmente, a influência das manifestações psicológicas que são consideradas como um dos elementos de bloqueio da função reprodutiva: a ansiedade, a angústia e a sensação de frustração. É também conhecido o fato de que, em 10% dos casos de esterilidade, não se detecta nenhuma causa presumível da impossibilidade de engravidar e que 40% das esterilidades conjugais são atribuídas ao fator masculino'*. BRAUNER, Maria Claudia Crespo, *Direito, sexualidade e reprodução humana: Conquistas médicas e o debate bioético*, 1ª edição, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar Editora, 2003, p. 59-60.

⁸ *Um dos aspectos apontados como responsável pelos distúrbios ligados à atividade reprodutora humana está relacionada à idade das mulheres que desejam engravidar, aos longos anos de utilização de métodos contraceptivos, além de fatores psicológicos resultantes do stress da vida moderna. De fato, observa-se que as mulheres aguardam mais tempo para ter filhos. Este acontecimento está ligado à necessidade de formação profissional, realização afetiva e conquista de objetivos no âmbito pessoal e profissional. A*

de doenças sexualmente transmissíveis, exposição a produtos tóxicos ambientais ou a certos medicamentos, coexistência de algumas doenças, várias causas específicas de infertilidade e outras tantas desconhecidas⁹.

A maioria das pessoas atribui a infertilidade às mulheres, porém estima-se que 20% dos casos a causa está em ambos. Os demais casos são distribuídos igualmente para homens e mulheres (40% cada)¹⁰.

As principais causas da infertilidade feminina¹¹ são:

*endometriose, patologias nas trompas, infecções pélvicas, distúrbios hormonais que impeçam ou dificultem o crescimento e a liberação do Oócito II (ovulação), isto é, anovulação (falta de ovulação), síndrome de ovários policísticos, incompatibilidade entre muco cervical e espermatozoide, sêmen de baixa fertilidade, insuficiência de corpo lúteo e idade.*¹².

As principais causas da infertilidade masculina são¹³: *diminuição do número de espermatozoides, pouca mobilidade dos espermatozoides, espermatozoides anormais, ausência da produção de espermatozoides, vasectomia e dificuldades na relação*

necessidade da mulher em assegurar sua emancipação, sua independência econômica e a aquisição de experiência fez com que o projeto de gerar fosse retardado, deixado para o futuro. O encontro do companheiro ideal para partilhar este projeto de parentalidade também é um fator a ser considerado. Idem, p. 57- 58.

⁹ [Consult. 20.10.2010]. Disponível em: [http://: www.saudevidaonline.com.br/artigo84.htm](http://www.saudevidaonline.com.br/artigo84.htm).

¹⁰ **ABDELMASSIH**, Roger, *Estudo do fator masculino* in **SCHEFFER**, Bruno Brum, et al, *Reprodução Humana Assistida*, 1ª edição, São Paulo: Editora Atheneu, 2003, p.41.

¹¹ *As causas da infertilidade da mulher correspondem às várias doenças do sistema genital feminino que impedem o encontro do espermatozoide, anticorpos contra espermatozoides. Podem ser por problemas hormonais, que impedem a ovulação; pela liberação de gametas femininos; pelo crescimento do embrião; e pela obstrução das tubas uterinas, impedindo o encontro dos espermatozoides com o óvulo. Além desses, também pode haver problemas no útero que atrapalhem o percurso dos espermatozoides ou impeçam o desenvolvimento do embrião, problemas no colo do útero que atrapalhem a chegada dos espermatozoides do óvulo. Outros problemas também podem estar ligados a doenças venéreas ou problemas de compatibilidade do casal. BENTO, Luís Antonio, *Bioética: desafios éticos no debate contemporâneo*, 1ª edição, São Paulo: Editora Paulinas, 2008, p. 259.*

¹² [Consult. 20.10.2010]. Disponível em: [http://: www.saudevidaonline.com.br/artigo84.htm](http://www.saudevidaonline.com.br/artigo84.htm)

¹³ *No homem, os problemas de infertilidade frequentemente estão relacionados às várias doenças do sistema reprodutivo masculino que alteram os parâmetros do espermograma, ou seja: problemas com os espermatozoides ou com a deposição deles no fundo da vagina. As causas masculinas ainda podem estar ligadas à insuficiência de espermatozoides, na sua ausência ou no seu funcionamento, ou, ainda, na má-formação do pênis, alterações hormonais, infecção dos testículos, DSTs (como sífilis, gonorréia etc.). Sem dizer que os problemas sexuais, tais como: impotência ou ejaculação precoce, também, muitas vezes, dificultam a fertilidade do casal. Alguns homens produzem espermatozoides, porém não conseguem expulsá-los, não conseguindo ter filhos. BENTO, Luís Antonio, *Bioética: desafios éticos no debate contemporâneo*, Op. cit, p. 259.*

sexual¹⁴.

Deixando de lado os descobrimentos que a reprodução medicamente assistida pode possibilitar para a posteridade, as técnicas de reprodução humana surgiram, a princípio, com o objetivo de ser paliativo nas consequências da esterilidade humana. Portanto, constituem uma técnica médica com finalidade terapêutica no âmbito da chamada saúde reprodutiva.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, artigo 7.º, define saúde reprodutiva como sendo *um estado geral de bem estar físico, mental e social, e não mera ausência de enfermidades ou doenças, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e suas funções e processos*¹⁵.

Dessa definição decorre uma série de direitos, entre eles, o direito de decidir, livremente e de forma responsável, o número de filhos, o espaço e intervalo entre os nascimentos e o direito de dispor da informação necessária para o planejamento. Decorre também o direito de adotar decisões em matéria de reprodução sem sofrer discriminação, coação ou violência alguma¹⁶.

Portanto, as novas técnicas de reprodução medicamente assistida, em sua dimensão terapêutica frente a esterilidade, encontram-se enquadradas na vertente reprodutiva do direito à saúde¹⁷.

Existem várias técnicas de reprodução assistida e este trabalho abordará apenas a inseminação artificial heteróloga, cuja aplicação envolve aspectos éticos, morais e jurídicos.

1.2. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

As primeiras experiências com técnicas de reprodução medicamente assistida aconteceram no século XIV, quando árabes utilizaram a técnica em cavalos. No século XV, surgiram alguns tecnicismos que possibilitaram a inseminação na espécie humana com o objetivo de permitir que mulheres de maridos inférteis pudessem engravidar. Porém, só em 1970, foi divulgada a primeira tentativa da ciência de reprodução de um ser humano artificialmente. Em 1978, através de uma experiência de fertilização *in*

¹⁴ Disponível em: <http://www.saudevidaonline.com.br/artigo84.htm> [Acessado em 06.08.2009].

¹⁵ Capítulo VII, artigo 7.2 da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.

¹⁶ Capítulo VIII, artigo 7.3 da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.

¹⁷ RUIZ, Yolanda García, *Reproducción humana assistida: Derecho, conciencia y libertad*, 1ª edição, Granada: Editorial Comares- Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, 2004, p. 249.

vitro, nasce na Inglaterra, Louise Brown, o primeiro bebê de proveta. Outras técnicas surgiram, a partir daí, o que estabeleceu definitivamente a possibilidade de dissociação do sexo da reprodução¹⁸.

A inseminação artificial é um processo através do qual há o *depósito de forma não natural de espermatozoides no trato reprodutor feminino com a finalidade de se conseguir uma gestação*¹⁹. Nas técnicas de inseminação heteróloga, um terceiro doa seu sêmen para que a mulher venha a ser fecundada. Portanto, o material biológico não é do "pai presumido", esposo ou companheiro da mulher fecundada, mas sim de um terceiro²⁰.

As principais técnicas utilizadas atualmente para a Reprodução Humana Assistida são: inseminação intra-uterina, indução de ovulação, fertilização *in vitro* e ICSI²¹.

Na fecundação artificial *in vitro* consiste na *cultura em laboratório (in vitro), do oócito com espermatozóide, seguido da transferência embrionária ao organismo materno*²². O método é utilizado por mulheres que, por não conseguirem gerar, utilizam a chamada “barriga de aluguel” (ou maternidade de substituição) ou por mulheres que, mesmo sendo capazes de gerar, são estéreis. Nesse último caso, será implantado no útero da mulher um embrião cuja fecundação foi feita com óvulo de outra mulher.

Na fertilização *in vitro* é realizada a captura de óvulos, os quais serão levados ao laboratório e inseminados *in vitro*. Os óvulos são *levados ao laboratório e inseminados*

¹⁸ **DONIZETTI**, Leila, *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lúmen, 2007, p. 92-93.

¹⁹ **MARTÍNEZ-SALAZAR**, Javier, *Inseminação artificial* in **SCHEFFER**, Bruno Brum, et al, *Reprodução Humana Assistida*, 1ª edição, São Paulo: Editora Atheneu, 2003, p. 95.

²⁰ “A inseminação artificial consiste em técnica de procriação assistida mediante a qual se deposita o material genético masculino diretamente na cavidade uterina da mulher, não através de um ato sexual normal, mas de maneira artificial. Trata-se de técnica indicada ao casal fértil com dificuldade de fecundar naturalmente, quer em razão de deficiências físicas (impotentia coeundi, ou seja, incapacidade de depositar o sêmen, por meio do ato sexual, no interior da vagina da mulher; má-formação congênita do aparelho genital externo, masculino ou feminino; ou diminuição do volume de espermatozoides [oligoespermia], ou de sua mobilidade [astenospermia], dentre outras), quer por força de perturbações psíquicas (infertilidade de origem psicogênica). [...] A inseminação artificial heteróloga é a combinação da chamada terapia da infertilidade com o moderno método de eugenia positiva (a criação de seres humanos de pretensa qualidade superior através do recurso a material genético masculino selecionado). Também nesse contexto surgem os chamados ‘bancos de sêmen’, para a conservação no tempo do material genético masculino. O primeiro ‘banco de sêmen’ brasileiro encontra-se instalado no Hospital Albert Einstein, em São Paulo, desde o ano de 1993”. **SILVA**, Reinaldo Pereira e, *Os direitos humanos do concebido – Análise biojurídicas das técnicas de reprodução assistida*. Porto Alegre, 2002. CD-Rom n. 40: Produzida por Sonopses Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda, Síntese Publicações, 2002.

²¹ [Consult. 20.10.2010]. Disponível em: <http://www.clinicadrmarcelofaria.com.br/reproducao.htm>.

²² **SCHEFFER**, Bruno Brum; **SCHEFFER**, Rafaela Friche de Carvalho Brum; **SCHEFFER**, Juliano Brum; **CORONA**, Jose, *Fecundação in vitro*, in **SCHEFFER**, Bruno Brum, et al, *Reprodução Humana Assistida*, 1ª edição, São Paulo: Editora Atheneu, 2003, p. 113.

in vitro com os espermatozoides previamente preparados. Após 3 a 5 dias, os embriões são colocados dentro do útero por meio de um cateter flexível²³.

O objetivo da inseminação intra-uterina é depositar os espermatozoides vivos, após um processo de melhoramento (preparados) dentro do útero geralmente 36 horas após a ovulação (aplicação do HCG, que é uma medicação utilizada pela mulher para que se obtenha um maior número de óvulos) por meio de um cateter flexível²⁴.

A ICSI é a técnica de micromanipulação, utilizada para casais em que o homem apresenta alterações severas no espermatozoide ou a mulher, com defeitos no óvulo que não permitam a fertilização pelo espermatozoide²⁵. Nessa técnica, através de microscópios especiais e micromanipuladores, um único espermatozoide é injetado dentro de um óvulo através de uma agulha cerca de sete vezes mais fina do que um fio de cabelo (ICSI)²⁶. Se o óvulo for fertilizado, o embrião é, então, colocado dentro do útero.

Portanto, a reprodução humana assistida, no que se refere à doação do material genético ocorre, basicamente, das seguintes formas: doação de espermatozoide, doação de óvulo, doação de embriões e maternidade de substituição ou barriga de aluguel (a mãe que gerou entrega o filho a mãe biológica após o nascimento).

A inseminação artificial heteróloga é a técnica de reprodução assistida que envolve a doação de gametas de uma terceira pessoa, estranha ao casal: o doador que oferece seu material genético para viabilizar o projeto parental de outrém e que nessa função não deseja desenvolver vínculos afetivos ou responsabilidades patrimoniais em relação ao ser gerado²⁷. No outro extremo, temos uma criança que, embora tenha mãe e pai, ao crescer poderá reclamar o direito de conhecer sua ascendência genética e, quem sabe, exigir direitos sucessórios do doador (a) que lhe possibilitou o nascimento.

O presente trabalho limita-se à análise da técnica heteróloga, já que dela surgem algumas controvérsias jurídicas, pouco discutidas nos bancos acadêmicos, mas de relevante interesse social. Tem-se, então, um problema que envolve o direito ao conhecimento da ascendência genética e o direito à intimidade, suscitando novos questionamentos jurídicos, surgidos em razão dos progressos da engenharia genética.

²³ [Consult. 20.10.2010]. Disponível em: <http://www.clinicadrmrmarcelofaria.com.br/reproducao.htm>.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ “Em outras palavras: ocorre a fecundação heteróloga quando um ou ambos os gametas são obtidos a partir de doadores anônimos, então se fala de inseminação artificial heteróloga. Para a utilização na fecundação heteróloga e, às vezes, também na homóloga, o sêmen é congelado e depositado nos bancos de sêmen”. BENTO, Luís Antonio, *Bioética: desafios éticos no debate contemporâneo*, Op. cit, p. 263-264.

CAPÍTULO 2: O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS BIOLÓGICAS NO REGIME JURÍDICO DA FILIAÇÃO

Cada vez mais surgem novas técnicas e experimentos que desafiam a ciência jurídica a apresentar soluções sobre as situações originadas por essas técnicas na realidade social. Diante desses fatos, alguns conceitos já bastante solidificados passam a ser repensados, exigindo uma nova reestruturação.

2.1. O PRINCÍPIO DA VERDADE BIOLÓGICA

Segundo o princípio da verdade biológica, o princípio voluntarista ou princípio da responsabilidade, as obrigações paterno-filiais são estabelecidas respectivamente em função da relação genética entre o descendente e o progenitor, da intenção procriadora do progenitor e da responsabilidade pelos próprios atos²⁸.

Podemos afirmar que, hoje, o princípio da verdade biológica rege a maioria das legislações sobre o estabelecimento da filiação, ou seja, a filiação é estabelecida, via de regra, pelo princípio da verdade biológica. Contudo, por razões distintas, a lei pode atribuir a outra pessoa a paternidade de alguém e com ela, os direitos alimentícios e sucessórios.

A prevalência do princípio da verdade biológica teve por fundamento motivações históricas (por exemplo, evitar que a carga do nascimento de um filho pese unicamente sobre a mãe) e desenvolvimento científico (exame de DNA).

Até pouco tempo a presunção do *mater sempre certa est* era incontestável, pois não se cogitava da possibilidade de questionar a maternidade, já que não havia possibilidade de gerar um filho fora do útero materno. Com a possibilidade de uma mulher gerar um filho para outra, a noção de maternidade restou abalada. Segundo Arnaldo Rizzardo:

a paternidade ou maternidade passou a fundar-se em nova explicação: o ato preciso da vontade. Na fecundação artificial não há cópula. Este ato biológico é substituído pela vontade precisa de que o próprio esperma e o óvulo sejam usados para a fecundação de uma

²⁸ **JIMÉNEZ**, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, 1ª edição, Bilbao-Granada: Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de derecho y genoma humano y Editorial Comares, 2006, p. 257.

*determinada mulher, ou para se ter um filho dela. O vínculo da legitimidade ao filho repousa no consentimento expresso dos cônjuges*²⁹.

Assim, a possibilidade de gerar um filho por meio de inseminação artificial heteróloga abalou as presunções antes estabelecidas que não atendem mais a situações inusitadas. Por esta razão, o princípio da verdade biológica deve ser interpretado de forma restritiva no que se refere reprodução medicamente assistida.

O direito à determinação da filiação biológica tem por base o princípio da não discriminação e o dever de cumprimento dos deveres paternos, ou seja, o princípio da verdade biológica está amparado na responsabilidade e voluntariedade. Assim, quando o filho é reconhecido pelo pai afetivo, estes direitos encontram-se satisfeitos, seja em caso de adoção ou em caso de reprodução medicamente assistida³⁰.

De outra sorte, a possibilidade de um doador ter uma numerosa descendência esvaziaria de eficácia as obrigações relativas ao estabelecimento da filiação. Dessa forma, a paternidade no caso da inseminação heteróloga é estabelecida com base no ato de vontade, ou seja, no consentimento dado para realização do procedimento³¹.

2.2. MUDANÇA DE PARADIGMAS SOCIAIS: A FILIAÇÃO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A AFETIVA

Um dos aspectos que ganha relevo diante dos avanços da medicina na área de reprodução humana é a questão da filiação. Se com o exame de DNA a questão fixou-se apenas na quebra das presunções legais de paternidade pela sua natureza de prova do parentesco sanguíneo contestado, hoje os juristas deparam-se com problemas gerados pela utilização de técnicas de reprodução humana medicamente assistida heterológica. De qualquer forma, não há como a ciência do direito escapar de enfrentar tais questões, pois está na mira o *status* familiar.

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo, *Direito de família*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.514.

³⁰ Idem, p. 262-263.

³¹ Nesse sentido Guilherme Calmon Nogueira da Gama para quem *na realidade, toda a construção jurídica sobre a questão deve ser associada à constatação de que o fato jurídico da relação sexual foi substituído pelo ato jurídico complexo que se inicia pela vontade e se termina com a concepção através da procriação assistida heteróloga*. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p.834.

2.2.1. CONCEITO DE FILIAÇÃO

O conceito etimológico de filiação tem origem no latim *filiatio*, termo que definia a relação de parentesco existente entre um ser humano e seus progenitores³². Assim, a ideia de filiação sempre levou as noções de procriação, o qual se encontra ligada a relação sexual entre duas pessoas, evidenciando que o estado de filho é indicativo de um vínculo consanguíneo firmado entre pais e filhos.

O Direito de Família Romano considerava a família como sendo o conjunto de pessoas submetidas ao *paterfamilias*, o pai de família. Portanto, a família romana tinha como característica o patriarcalismo. Assim, o chefe da família era o *pater*, chefe absoluto. Segundo Caio Mário o *pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça*³³. Ainda segundo o autor, o *pater* podia impor aos filhos penas corporais, vendê-los ou matá-los. A mulher era inteiramente subordinada ao marido e não tinha direitos, pois era submetida à *capitis deminutio perpetua*, podendo inclusive ser repudiada³⁴.

Assim, somente ao *paterfamilias* cabia o exercício dos direitos sobre os escravos (*dominica potestas*), sobre os bens (*dominiun*), sobre a esposa (*manus*), sobre os filhos (*pratia potestas*) e sobre as pessoas livres (*mancipium*). A família romana também era monogâmica, assim, só se podia ter uma esposa ou um marido legalmente estabelecido através das justas núpcias, *justae nuptiae*, ou seja, o casamento legal³⁵.

A paternidade era atribuída ao marido da mãe, pois pelo casamento era formada a família, legalizando as relações sexuais que originavam os filhos. A maternidade era sempre certa, *semper est certa mater*³⁶, mas para estabelecimento da paternidade era utilizada a presunção legal de que a criança concebida dentro do casamento é filho do marido de sua mãe, pois *pater est quem nuptiae demonstrant*. Assim, os filhos havidos fora do casamento não faziam parte do núcleo familiar, não podendo ser registrados com o nome paterno, se este era casado³⁷.

Portanto, a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos tem como referência

³² GRUNWALD, Astried Brettas, “Laços de família: critérios identificadores da filiação” in *Jus Navigandi*. Ano 7. V. 112. Teresina: Jus Navigandi. Outubro de 2003. [Consult. 20.10.2010]. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362>.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, 16ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, Vol.V, p. 26.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Ibid, Ibidem.

³⁵ TABOSA, Argerson, *Direito romano*, 1ª edição, Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999, p.166.

³⁶ BARROS, Fernanda Otoni, *Do direito ao pai*, 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2005, p. 57.

³⁷ GRUNWALD, Astried Brettas, *Laços de família: critérios identificadores da filiação*, Op. cit.

a situação dos progenitores. A filiação legítima ocorria quando o nascimento decorria de matrimônio legal e a filiação ilegítima ocorria quando o pai não era casado legalmente com mãe³⁸, independentemente de haver ou não impedimento para o casamento³⁹.

O marido somente podia questionar a paternidade quando houvesse comprovada inexistência de coabitação no período da concepção ou no caso de impotência do marido, pois existia a presunção de fidelidade da mulher. Daí originava-se o parentesco espúrio. Porém, somente nesses casos, pois nem o adultério comprovado da mulher era capaz de desconstituir a filiação legítima da paternidade, pois apesar do adultério, o filho poderia ser do marido, e, na dúvida, prevalecia a presunção legal da paternidade em favor do marido⁴⁰. Assim, já do Direito romano, a paternidade era presumida, enquanto a maternidade era certa.

No Código de Napoleão, a paternidade era baseada no convencimento moral e no princípio expresso que diz: O filho concebido durante o matrimônio tem por pai o marido, *L'enfante conçu pendant le mariage a pour père le mari*⁴¹, resultando daí a famosa presunção *pater is est quem nuptiae demonstrat*, ou seja, pai é aquele que o prova através do contrato nupcial.

Assim, as presunções legais eram estabelecidas devido a dificuldade em se atribuir com segurança a paternidade. Contudo, fatores culturais como as descobertas científicas contribuíram para mudanças sociais, transformando a sociedade e muitas áreas da vida social⁴².

Portanto, a princípio, os valores que sustentaram o direito civil eram

³⁸ No Direito Romano, havia a possibilidade de legitimação por casamento subsequente (*legitimatio per subsequens matrimonium*). Segundo Jose Carlos Moreira Alves esse tipo de legitimação *surgiu, em 335 d.C, graças a Constantino, mas em caráter excepcional, pois somente foi admitida com relação aos filhos naturais já havidos quando da promulgação dessa Constituição Imperial. Com Anastácio, em 517 d.C, tornou-se instituto permanente. O sucessor de Anastácio, Justino, em 519 d.C, aboliu essa forma de legitimação, a qual, no entanto, foi restaurada definitivamente, em 519 d.C, por Justiniano.* ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano, Vol. II*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p.264.

³⁹ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, *Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética*. [Consult. 20.10.2010]. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3670/Filiacao-na-reproducao-assistida-heterologa>.

⁴⁰ BARROS, Fernanda Otoni, *Do direito ao pai*, Op. cit, p.58.

⁴¹ FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, 1ª edição, Caxias do Sul: Editora Plenus, 2007, p. 52.

⁴² *Los principales problemas que se presentaban en la determinación de la filiación tenían su origen en el secreto de las relaciones sexuales, causantes del nacimiento, y en la dificultad para determinar la relación concreta que da origen a la gestación y al nacimiento correspondiente. Esta situación justificó el juego de presunciones, restricciones probatorias y otros formalismos jurídicos que han informado parte del Derecho de Filiación. A medida que ciertas pruebas biológicas pudieron determinar, con precisión creciente, quién era el hombre causante del embarazo, hubo de cambiar la normativa sobre filiación y sus principios informadores. Pero siempre había un elemento común: la necesidad de la existencia de relaciones sexuales para la procreación.* VARGAS, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, 1ª edição, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 104.

estabelecidos, no que diz respeito ao direito de filiação, através do estabelecimento de um estado ficto de filho, derivado da presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. O ato matrimonial, por si só, já definia, tanto no aspecto social, quanto no aspecto jurídico, a situação da prole, pois a condição de cônjuges assumida pelos pais poderia garantir-lhes uma série de direitos e prerrogativas que, ao contrário, não poderiam ser gozados pelos considerados “ilegítimos”⁴³.

Nesse período, a importância conferida ao vínculo biológico para fins de estabelecimento da filiação era praticamente nula, o que pode ser constatado pela discriminação dos filhos ilegítimos, incestuosos ou adulterinos, que, apesar de serem filhos biológicos, não poderiam ser juridicamente considerados como legítimos. Portanto, o fator determinante para constituição da paternidade jurídica era a existência de matrimônio⁴⁴.

Pode-se mesmo afirmar que a não coincidência entre a filiação biológica e a jurídica estava de acordo com valores da época, pois a revelação da existência de filho(s) “ilegítimo(s)” poderia constranger o marido perante a sociedade. De qualquer forma, o vínculo biológico, por si só, não garantia aos filhos “ilegítimos” a possibilidade de reconhecimento pelo pai biológico⁴⁵.

Estabeleceu-se, portanto, naquele período, em relação ao estabelecimento da

⁴³ *Se prohibia la investigación de la paternidad; la verdad legal prevalecia sobre la verdad biológica. La Ley establecía claras diferencias entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los hijos procreados fuera de este. Los hijos extramatrimoniales recibían un tratamiento discriminatório.* VARGAS, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op. cit, p. 106.

⁴⁴ *Os filhos do matrimônio desfrutavam de uma situação privilegiada; a presunção de paternidade permitia determinar a identidade do pai, desde o nascimento, gerando, assim, os direitos do filho e os deveres do pai, que constituíam num complexo de obrigações de sustento, educação, atribuição do nome e exercício pleno do pátrio poder (...). Denomina-se esta forma de determinação do vínculo familiar de ‘filiação jurídica’, porque a lei a define e a impõe, garantindo o que a concepção doutrinária moralista e conservadora denominou ‘paz das famílias legítimas’; e, desta maneira, evitava-se que os filhos havidos durante o casamento contestassem a filiação do marido da mãe, impedia-se que a mãe, ela mesma, ou o pai genético, igualmente o fizesse, e, resguardavam-se homens e mulheres casados de serem considerados pais de filhos havidos fora das relações entre marido e mulher. A mentira protegia a revelação de relações de infidelidade e de adultério, mas causava um mal inominável que consistia em privar os filhos de conhecer seus pais genéticos, de impossibilitar o estabelecimento da filiação e de se beneficiar dos efeitos dela decorrentes, sem deixar-se de perceber a posição de inferioridade em que foi colocada a mulher, impedindo-se que ela pudesse revelar a identidade do pai de seu filho. Se, no início do século, foi preciso valer-se das presunções para definir a paternidade, atualmente este sistema encontra-se superado, tendo em vista que a autoria da filiação pode ser cientificamente comprovado. (...) Desta maneira, o modelo clássico de estabelecimento da filiação dificultava o acesso à criação do vínculo, pois restringia obstinadamente o direito de investigar a filiação, criava uma hierarquia entre os filhos, de cunho nitidamente discriminatório e, assim, mantinha a estrutura de proteção aos interesses patrimoniais dos ‘pais’ irresponsáveis, que negligenciavam suas obrigações para com os filhos gerados de relações havidas fora do casamento.* BRAUNER, Maria Claudia Crespo, *Direito, sexualidade e reprodução humana: Conquistas médicas e o debate bioético*, Op.cit., p.183, 188, 189-190

⁴⁵ SAMPAIO, Vanessa, *A filiação entre a verdade biológica e afetiva*. [Consult. 20.10.2010]. Disponível em www.fdc.br/Revista/..%5CArquivos%5CRevista%5C17/01.pdf.

filiação, os valores do Estado Liberal (patrimônio e casamento), garantindo-se uma paternidade ficta, independente da verdade biológica⁴⁶.

Atualmente, o conceito de filiação tomou outros rumos, especialmente diante dos avanços da ciência. Em 1953, a descoberta do DNA contribuiu para modificar as presunções de paternidade. As novas descobertas da biotecnologia possibilitaram descobrir, com um alto grau de certeza, quem é o pai de um determinado indivíduo. A partir daí, a identificação biológica do pai tornou-se o principal fator para definição da paternidade. Passa a prevalecer o critério biológico para estabelecimento da filiação, que diferentemente do critério jurídico, busca a *verdade real* da filiação. Nesse sentido, a proibição dos filhos adulterinos buscarem a paternidade jurídica perdeu espaço para uma nova visão.

Transformações sociais também foram responsáveis pela superação desse quadro, conferindo aos filhos, de forma gradativa, o alcance e a efetivação do direito à paternidade. Assim, passou a haver a possibilidade de ver juridicamente reconhecida uma relação que a ciência já era capaz de demonstrar através da análise genética. Foi, portanto, neste assunto, primordial a descoberta do exame de DNA, já que este conferiu ao tema da filiação uma grande transformação, em razão de sua precisão e veracidade.

A partir daí, a ideia de igualdade passou a fazer parte das discussões em torno da filiação. Essas transformações sociais trouxeram consigo também transformações legislativas, fixando definitivamente uma nova realidade social. Passou a prevalecer o princípio da verdade biológica, o que caracterizava as decisões relativas ao assunto, desprezando toda a discriminação/ desigualdade antes existente entre filhos legítimos e ilegítimos.

Os novos métodos e técnicas de reprodução humana assistida convidam a ciência jurídica a se posicionar frente às novas situações, com vistas a fixar limites que visem a preservação dos valores fundamentais do indivíduo, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, após a relativização do monopólio jurídico ficto no estabelecimento do vínculo filial, logo se destacou no cenário jurídico o princípio da verdade real para determinação da filiação, ou seja, o conteúdo principal para definição da paternidade é ideia de relação biológica entre pais e filhos. Dentro desse quando, começa a nascer a ideia de direito à identidade pessoal, o que será tratado mais adiante.

⁴⁶ Idem.

2.2.2. A FILIAÇÃO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A AFETIVA

Em um segundo momento, começa-se a perceber uma relativização do princípio da verdade biológica que determina o estado de filiação apenas pelo vínculo biológico. Destaca-se agora no cenário jurídico a ideia de afetividade, ou seja, a própria paternidade biológica pode ser mitigada, se imaginarmos que a mera correspondência genética, por vezes, não é suficiente para a materialização da essência da paternidade, sendo frequentes as situações em que o afeto e o carinho servem de base para o estabelecimento do vínculo filial. Nesse sentido Maria Helena Diniz: *a paternidade apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva*⁴⁷. Assim, por se encontrar a paternidade afetiva de acordo com os valores que cercam a dignidade da pessoa humana, servindo inclusive para a realização humana, impõe-se a sua proteção e consideração jurídica efetiva.

Cada vez mais, a sociedade tem atribuído maior valor ao aspecto sócio-afetivo como determinante da filiação em detrimento do fator biológico. Portanto, no âmbito social, o princípio da afetividade está em ascensão, o que demonstra a importância do elo emocional entre pais e filhos. É exatamente essa nova noção de família, baseada nos laços de afeto, que tem trazido à tona a ideia de que o critério consanguíneo não é o único a determinar o núcleo familiar⁴⁸. Essas mudanças ocorridas no contexto social passaram a exigir do legislador um esforço, a fim de trazer a nova realidade social para o campo da ciência jurídica. O Direito passou, também, a entender a filiação com os olhos da afetividade.

Portanto, amparado na noção de família trazida pelas modificações sociais e nos princípios de responsabilidade dos pais em relação aos filhos, entende-se hoje a filiação como sendo decorrente também do afeto entre pais e filhos. Essa situação pode ou não se confundir com a origem genética do indivíduo, pois o que importa é o bem estar do

⁴⁷ **DINIZ**, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, v.5, p.430.

⁴⁸ *La regulación de las acciones de filiación, desde un punto de vista jurídico, representa la conjunción de dos fuerzas: de una parte, el derecho a la obtención y a la difusión de la verdad, y de otra, la preservación de la paz familiar y, por consiguiente, la limitación de los conflictos que puedan alterarla. Pero este principio de difusión de la verdad o verdad biológica 'no alcanza a tener categoría de imperativo absoluto o unívoco. (...) e ciertos casos, se consagra como verdadera e incontestable la filiación fundada en lazos estrictamente jurídicos sin base genética alguna, como es la adoptiva, sino debido particularmente a las nuevas técnicas de fecundación asistida que no responden a las leyes naturales de la procreación, sino que obedecen tanto en su instrumentación como en su finalidad, exclusivamente a los mandatos de la voluntad humana, que actúa como factor único y determinante de las mismas'*. **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op.cit., p. 147-148.

indivíduo dentro da família⁴⁹. Assim, sem desmerecer os avanços obtidos pela verdade genética com a certeza do exame de DNA, as novas técnicas de reprodução revelam que o critério da verdade biológica não pode ser tomado como uma verdade absoluta e acentuam a validade dos novos princípios informadores da relação entre pais e filhos, como é a afetividade⁵⁰.

Portanto, hoje se reconhece, para caracterização do estado de filiação, o tratamento deferido, onde se verifica a relação afetiva existente entre pais e filhos⁵¹. Neste aspecto, podem existir as assistências material e moral, ou somente a material ou moral. Outro requisito é a aparência social, isto é, esta relação entre pais e filhos deve ser pública de maneira que seja reconhecida socialmente⁵².

Eduardo Leite explica que qualquer homem que tenha capacidade instrumental para gerar pode ser genitor, mas pai é aquele que deseja ter um filho e estabelece uma relação de paternidade voluntária para toda a vida⁵³. Tanto a verdade biológica, quanto a afetiva, constituem meios de determinação da paternidade. Nem um, nem outro, contudo, pode ser considerado como critério absoluto. O bem estar da criança será o fator determinante para definir, em determinadas situações,⁵⁴ qual será desconsiderada em favor da outra.

No que se refere às técnicas de reprodução medicamente assistida, a ideia de paternidade/maternidade como sendo decorrente das relações afetivas ganha

⁴⁹ **CÂNDIDO**, Nathalie Carvalho, *Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética*. Op. cit.

⁵⁰ **LEITE**, Eduardo Oliveira, "Os sete pecados do novo direito de família" in *Revista dos Tribunais*, Ano 94. V. 833. São Paulo: Revista dos Tribunais. Março de 2005, pp.66-81.

⁵¹ *Mas o fenômeno paternidade tem um significado bem mais profundo do que a simples revelação da verdade biológica: ele se completa e se perfaz com a prática reiterada de atos de afeto e cuidados do pai para com seu filho, do sentimento expressado na convivência e no cotidiano, às vezes, colocando a origem genética num patamar secundário, quando se pode desconsiderar a verdade biológica e se consolidar a afetiva ou sociológica. É o elemento socioafetivo da filiação. A paternidade passa a ser um ato da opção, resultante da manifestação espontânea de vontade. Enfim, é inegável reconhecer-se que, para a completa compreensão do fenômeno da paternidade, não basta confirmar que o pai é o pai biológico. Na família autal para a interação do triângulo pai-mãe-filho, é fundamental a presença do outro elemento, o afetivo, necessitando-se valorizar esse aspecto para se poder, finalmente atribuir a filiação jurídica.* **BRAUNER**, Maria Claudia Crespo, *Direito, sexualidade e reprodução humana: Conquistas médicas e o debate bioético*, Op. cit, p. 215-216.

⁵² **CÂNDIDO**, Nathalie Carvalho, *Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética*. Op. cit.

⁵³ **LEITE**, Eduardo de Oliveira, *Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai*, in **LEITE**, Eduardo de Oliveira, et al, *Grandes Temas da Atualidade. DNA e meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais civis e penais*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 77.

⁵⁴ **BRAUNER**, Maria Claudia Crespo, *Direito, sexualidade e reprodução humana: Conquistas médicas e o debate bioético*, Op. cit, p. 202.

relevância⁵⁵. Como o procedimento pode ser feito de forma heteróloga, isto é, com a utilização de material genético de terceiros, a carga genética do indivíduo não pode ser utilizada como argumento para a desconstituição da paternidade, nem da maternidade.

Maricruz evidencia a difença entre pai e progenitor, afirmando que: *Con esta técnica se produce la diferenciación entre los papeles de padre y progenitor. Padre es aquel que asume voluntariamente dicha función social, aunque genéticamente no lo sea, y progenitor el que aporta el material genético(...)*⁵⁶.

Os pais são considerados pais socioafetivos com todos os direitos e responsabilidades derivados do instituto, não podendo essa parentalidade ser confundida com a origem genética do indivíduo, pois aqueles que doaram o material genético para concepção do embrião não são obrigatoriamente pais⁵⁷. Assim, prevace o entendimento de que pais são aqueles que desejam ter um filho através do procedimento e que propiciaram ao indivíduo gerado uma família. Ou seja, pais são aqueles que amam, educam e protegem⁵⁸. Destaca-se, nesse aspecto, a vontade como fator determinante para determinação da filiação, constituindo elemento para desconstituição da verdade biológica e mantendo de forma irrevogável todos os efeitos do consentimento⁵⁹. É este

⁵⁵ *o sangue o os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a affectio constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão de vida.* **PERLINGIERI**, Pietro, *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Renovar Editora, 1999, p. 244.

⁵⁶ **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op. cit, p. 110.

⁵⁷ *Pode-se indagar a respeito de qual argumento que, sendo legítimo, poderia justificar não se considerar como pai aquele homem que ama, que educa, alimenta e protege a criança, fazendo transparecer a todos que é o pai, tendo em vista que assume pacificamente a função do genitor. E, além do mais, acrescenta-se que a situação de segurança e de paz qua a criança usufrui não deveria ser voluntária e abruptamente quebrada, através de uma contestatória de paternidade ou reivindicatória de uma outra relação de paternidade, a não ser que a criança tivesse sido, arbitrariamente, privada da convivência com os pais de sangue.* **BRAUNER**, Maria Cláudia Crespo, *Direito, sexualidade e reprodução humana: Conquistas médicas e o debate bioético*, Op. cit, p. 200-201.

⁵⁸ **CÂNDIDO**, Nathalie Carvalho, *Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética*. Op. cit.

⁵⁹ Nesse sentido: *En la determinación de la paternidad de un niño nacido por la aplicación de una FIVTE juega un papel fundamental el consentimiento del marido o compañero de la mujer. Este será el elemento decisivo de superación de la realidad biológica, para mantener de modo irrevocable todos los efectos del consentimiento, básicamente, en la atribución de la paternidad. Bajo esta situación, el nexa biológico ha dejado de ser el sustento presuntivo del vínculo jurídico paterno-filial. Aparece como un factor o elemento más importante la voluntad procreacional del marido o conviviente de la mujer que la intervención de un donante para suplir carências o deficiências que impedían la procreación natural (...) el consentimiento, cuando hay fecundación asistida, no solo constituye un requisito esencial para que nazcan la relaciones paterno-materno-filiales, sino que a su vez constituye una limitante para las acciones de filiación (...) Em Suíza, el artículo 256 del Código Civil impide al marido intentar la acción de impugnación se ha consentido la concepción por obra de un tercero. (...) Situación similar presenta el Código Civil Holandés que, en su artículo 201.1, dice que no habrá lugar a la acción de impugnación si el marido dio su consentimiento a un acto que pudo tener por consecuencia la concepción de un hijo”.*

também o entendimento de Guilherme de Oliveira:

Este processo exige, por um lado, um compromisso firme do pater; por outro, a omissão do genitor. É nesta separação entre o pai e o procriador, dolorosa na cultura ocidental e exigindo dos cônjuges um compromisso firme, que se encontra o motivo pelo qual se julga contrário à boa-fé- e abusivo- o exercício da impugnação por quem aceitar a investidura do marido na função social de pai⁶⁰.

O anteprojeto do informe do Comitê *ad hoc* de especialistas de engenharia genética – CAHGE (*Campaign against human genetic engineering*) –destacou que, no caso da reprodução medicamente assistida heteróloga (ou seja, quando há um doador do material genético), quando a procriação foi feita por consentimento do companheiro, não se permitirá a oposição deste companheiro à instituição dos direitos e deveres paternos em relação ao filho, salvo se provado que o filho não nasceu como resultado da procriação artificial⁶¹.

Também no informe do CAHB I- Comitê *ad hoc* de especialistas sobre o progresso das Ciências Biomédicas - em seu princípio 16.1 estabelece que, se a mulher está casada, o marido que consentiu na inseminação artificial será considerado pai legítimo e nem ele, nem ninguém, poderá impugnar a paternidade tendo por base a procriação artificial. Estabelece também que, se a mulher não está casada, o companheiro que consentiu na inseminação artificial não poderá se opor ao estabelecimento de relações parentais com o filho, salvo se provar que a criança não nasceu com resultado de procriação artificial⁶².

O Informe do Congresso dos Deputados espanhol, na sua recomendação nº108 destacou que *Debería prohibirse cualquier acción de filiación, cuando los padres hayan consentido la realización de estas técnicas a la mujer, previa y espresamente por escrito*. A lei espanhola estabeleceu em seu artigo 8º, item 1 a proibição de impugnar a paternidade quando se tenha prestado seu consentimento prévia e expressamente a

En las Proposiciones de Ley italianas correspondientes a los Grupos Liberal y Radical se establece que no será posible la acción de impugnación de la paternidad si previamente se prestó su consentimiento. VARGAS, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiacion* Op. cit, p. 112-148.

⁶⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério jurídico da paternidade*, 1ª edição, Coimbra: Almedina, 2003, p.352.

⁶¹ VARGAS, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiacion*, Op. cit, p. 149-150

⁶² VARGAS, Maricruz Gomez de la Torre, *Ibid*, *Ibidem*.

determinada fecundação com contribuição de doador⁶³. Obviamente que o consentimento deve ser válido, ou seja, obtido sem violência ou coação.

Portanto, no caso de reprodução humana heteróloga, o consentimento deve ser capaz de determinar a paternidade e, sob esse aspecto irrevogável. De outro modo, os direitos de personalidade de uma pessoa (que são irrenunciáveis, intransmissíveis e indisponíveis) estariam a mercer da vontade de alguém.

Assim, em uma época em que é possível inclusive a reprodução *in vitro*, o conceito de pai/filho passa por transformações jurídico-culturais⁶⁴. A ideia de afeição tem ganhado maior relevância, reconhecendo-se “pai” como aquele que agiu como tal, protegendo, amando, zelando e educando o filho. Portanto, a verdadeira filiação nem sempre decorre da filiação biológica. Com as palavras de Paulo Lobo, a verdade real da filiação surge *na dimensão cultural, social e afetiva, donde emerge o estado de filiação efetivamente constituído*. Segundo o autor *o direito deu um salto à frente do dado da natureza, construindo a filiação jurídica com outros elementos*⁶⁵.

2.3. HARMONIZAÇÃO DO DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS COM O DIREITO À FILIAÇÃO.

Se ter um pai é um direito inquestionável, resta ainda estabelecer a diferença entre a definição de filiação e a definição de identidade genética, em razão da clara distinção entre os dois conceitos.

Estabeleceu-se a compreensão de que a vinculação biológica, por si só, poderá não acarretar uma relação materna ou paterna incondicionalmente, diante da existência da prevalência da filiação socioafetiva. É o que ocorre diante da adoção e da inseminação artificial. Adriana Feijó acerca do assunto afirma: ... *afirmamos que a*

⁶³ VARGAS, Maricruz Gomez de la Torre, Ibid, Ibidem.

⁶⁴ *Con las nuevas técnicas, las cuestiones de fondo ya no van unidas al conocimiento de una ‘causalidad biológica’, sino a establecer la filiación del nacido respecto a personas determinadas con independencia de su causalidad. Esta técnica produce una disociación entre sexualidad y procreación, entre concepción y filiación, entre filiación biológica y formal. Esto pone en entredicho los conceptos de maternidad y paternidad, así como la determinación legal de la maternidad, la cual se basaba en el hecho de la gestación. Madre es la que ha gestado y há dado a luz a la criatura. La maternidad era un hecho cierto y para determinarla bastaba probar el hecho del parto y la identidad del hijo. La posibilidad de que una mujer dé a luz un hijo cuya concepción se ha conseguido con la implantación de un embrión producto de una donación de óvulos, sea con la finalidad de ser su madre o de cederlo a otra mujer que alquiló su vientre, plantea una confusión de las maternidades genéticas, biológica y formal o jurídica.* Idem, p. 108-109.

⁶⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto, *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária* in DIDIER JUNIOR, Fredie, *Leituras complementares de processo civil*, 8ª edição, Salvador: Editora Podivm, 2010, p.443.

*paternidade socioafetiva substitui a biológica em muitos casos, principalmente na adoção, inseminação artificial heteróloga e posse de estado de filho*⁶⁶.

Porém, não se pode afirmar que haja, de um modo geral, uma primazia de um vínculo sobre o outro, o que somente poderá ser afirmado diante do caso concreto.

Diante dessas questões, importante fazer a distinção entre direito à filiação e direito à identidade genética, face ao objeto da presente pesquisa, tendo em vista as implicações jurídicas que a confusão dos dois conceitos pode trazer.

A filiação está ligada à relação de parentesco entre o filho e os pais, podendo se falar em filiação biológica, jurídica e socioafetiva. As três categorias podem ou não estar presentes em uma mesma relação. No caso da adoção e da inseminação artificial heteróloga, pode haver a filiação jurídica e socioafetiva, não havendo a filiação biológica. Nesse caso, a revelação da identidade de quem seja o progenitor de um indivíduo nascido através de técnicas de reprodução medicamente assistida não determina a constituição de um vínculo jurídico, isto é, relação paterno-filial. Assim, a ação que visa o conhecimento da origem genética tem um âmbito distinto da ação que visa o reconhecimento da paternidade⁶⁷. Portanto, esse “novo biologismo”⁶⁸ busca apenas assegurar o acesso à historicidade, o conhecimento de si e o desenvolvimento da personalidade.

⁶⁶ **FEIJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p.57.

⁶⁷ *Lo esencial, en el derecho a la investigación de la paternidad, es exigir al padre el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad, en el supuesto que éste se desligue de ellos. En este contexto, la investigación de la paternidad sería una medida instrumental dirigida a la protección del niño y a sua legítima reclamación de responsabilidad y tutela de sus padres. Pero en la FIVTE con donante, el progenitor por propio imperativo del sistema queda excluido desde un principio de todos sus derechos de paternidad y, por tanto, queda exonerado de sus obligaciones, porque hay otra persona- “el padre legal”- que asume las responsabilidades propias de la paternidad, desde el momento que otorga su consentimiento a la práctica de esta técnica (...). Además, los motivos que impulsan a una persona a la investigación aquí no se dan. A priori ya se conoce que no concuerda, uno de los padres legales, la paternidad-maternidad legal con la genética, al haber consentido de forma libre y voluntaria a la aplicación de esta técnica y asumir las consecuencias legales que se derivan de la misma, sin olvidar que el donante es anónimo y no tiene ninguna relación jurídica con el niño.* **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op. cit, p. 140-141.

⁶⁸ *Portanto, se o biologismo clássico se preocupava com a coincidência entre vínculos jurídicos e biológicos, um novo ‘biologismo’ procura apenas assegurar o direito de auto-acesso à história genética. Aliás, a procriação medicamente assistida contribuiu decisivamente para a separação entre o direito a conhecer a identidade dos progenitores e o direito a conhecer a identidade dos progenitores e o direito aos vínculos que referimos, embora a adoção já tivesse demonstrado que, sendo justificável (por razões de ordem pública ligadas à proteção do instituto) o afastamento da possibilidade de estabelecer vínculos contrários aos que resultavam dos vínculos adotivos a discussão em torno do direito ao conhecimento das origens genéticas podia perfeitamente colocar-se ao nível do direito a conhecer a identidade dos progenitores sem implicações no estatuto pessoal.* **REIS**, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p.117.

Tradicionalmente, os códigos consagraram o critério de filiação jurídica para aferir a relação de paternidade, tendo por base as relações familiares calcadas no matrimônio com aplicação da presunção *pater is est*, segundo o qual o filho nascido de mãe casada era filho do marido⁶⁹.

Em 1985, o inglês Alec Jeffreys descobriu que as sequências de combinações que formavam a estrutura da molécula de DNA eram únicas em cada indivíduo, razão pela qual era possível haver a identificação de cada um através da herança genética. Essa descoberta trouxe profundas alterações no meio jurídico, principalmente no que se refere às ações de investigação de paternidade, passando a prevalecer o critério biológico para estabelecimento da filiação, conforme analisamos alhures.

Verifica-se, hoje, porém, que esse critério não atende à estrutura das relações familiares. Entende-se, hoje, que o estado de filiação decorrente da estabilização dos laços construídos entre pais e filhos em cima de laços afetivos tem natureza de direito de família. Os laços afetivos decorrem ainda, na grande maioria das vezes, do fator biológico, mas pode ser determinado por outros fatores como a adoção e a inseminação artificial heteróloga⁷⁰.

O critério afetivo assume relevância na determinação da filiação, tendo em vista que a paternidade biológica, por si só, não substitui os laços de afetividade gerados através da convivência. A filiação, nesse sentido, decorre dos atos de afeição e cuidado que demonstram a existência da relação pai-filho-mãe.

Portanto, verifica-se que, para o estabelecimento da filiação, nem sempre se poderá aceitar o critério puramente biológico (genético) para identificar a paternidade/maternidade, uma vez que existem outros elementos que também estruturam a paternidade/maternidade.

Superada a fase da supremacia do exame de DNA que, por sua certeza científica, trouxe a impressão de que as decisões nas ações de investigação de paternidade deveriam basear-se somente no critério biológico da paternidade, observa-se uma tendência doutrinária a dar prevalência à paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, tendo por fundamento a ideia de que *a paternidade é função, na*

⁶⁹ FACHIN, Luz Edson, *A nova filiação: crise e superação do estabelecimento da paternidade*, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha, et al, *Repensando o direito de família*, 1ª edição, Belo Horizonte: Del Rey editora, 1999, p. 124.

⁷⁰ Artigo 1. 597 do Código Civil Brasileiro: *Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido...*

*qual se insere a construção do amor paterno-filial cuja base é o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação*⁷¹.

A convivência entre o filho e os pais deve ser considerada na resolução das questões sociais oriundas da filiação, devendo entender a filiação, no caso de indivíduos gerados de reprodução medicamente assistida, como resultado das relações interpessoais estabelecidas pelo desejo da paternidade.

Com o avanço da tecnologia e considerando o sentido dado à paternidade ou maternidade, gerar um ser humano não significa necessariamente ser pai ou mãe, pois prevalece hoje o entendimento de que a filiação socioafetiva prevalece sobre a relação biológica. Ademais, a investigação de paternidade visa o estabelecimento da relação jurídica e de obrigações, dirigindo-se ao estabelecimento da responsabilidade do pai e proteção do filho. No caso de técnicas de reprodução medicamente assistida, porém, já existe um pai, aquele que autorizou a realização da técnica e assumiu as obrigações de pai, ou seja, o objetivo de proteção da criança, sob esse aspecto, está cumprido⁷².

A fixação da responsabilidade no caso de reprodução decorrente de conjunção carnal é feita pela adoção dos critérios normativos existentes, determinando-se a filiação pelo critério biológico. Porém, independente da fixação ou não da regra do anonimato, na procriação medicamente assistida heteróloga, haverá o estabelecimento de vínculos jurídicos que não correspondem aos biológicos. Conforme tratamos em item antecedente, embora na reprodução decorrente de conjunção carnal o critério biológico seja prevalente, a afetividade tomou seu espaço na análise do caso concreto.

No caso da reprodução medicamente assistida homóloga, a situação não apresenta grandes problemas, pois o material genético utilizado é do próprio casal. No caso da reprodução assistida heteróloga, entra em cena a vontade como fator básico a ser utilizado na fixação da paternidade. A referida vontade tem por objeto o ato da inseminação propriamente dito e a assunção do papel de pais da criança. Diferentemente do que acontece na reprodução que decorre da conjunção carnal, na reprodução medicamente assistida ocorre a separação entre o fator biológico e intenção de procriar. Portanto, as normas tradicionais relativas à fixação da paternidade não podem servir, nem mesmo por analogia, para regular a paternidade em caso de reprodução humana,

⁷¹ DONIZETTI, Leila, *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*, Op. cit, p. 25.

⁷² VARGAS, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiacion*, Op. cit, p. 146.

tendo em conta as peculiaridades da matéria⁷³.

Portanto, o critério biológico é importante da fixação da paternidade, porém, no que se refere à reprodução assistida heteróloga, devem ser fixados os efeitos da vontade de quem desejou realizar o projeto parental⁷⁴. Dessa forma, o consentimento outorgado na inseminação artificial gera responsabilidade na concepção da criança nascida, devendo ser atribuída a responsabilidade aos anuentes⁷⁵.

O direito ao conhecimento da origem genética decorre do fator biológico e corresponde a um direito fundamental implícito, relativo aos direitos de personalidade, resultado dos avanços da ciência e tem por fundamento o direito à saúde, integridade física, à vida, à historicidade, entre outros. Está ligado à constituição genética de cada um, única, característica da identidade pessoal, não tendo como consequência jurídica direitos de natureza pessoal e patrimonial ligados ao direito de filiação como, por exemplo, direito a alimentos, guarda, herança, registro civil ou quaisquer outros direitos de natureza pessoal ou patrimonial⁷⁶. Pode-se dizer, portanto, que conhecimento da origem genética não altera a parentalidade do indivíduo⁷⁷.

⁷³ **AGUIAR**, Mônica, *Direito à filiação e bioética*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 94-95.

⁷⁴ Nesse sentido: *O critério biológico é relevante para atribuir essa responsabilidade, na relação paterno filial, àquele que deu ensejo ao nascimento. Se o dado biológico tem esse peso na concepção sexual, impõe-se, para geração levada a efeito sem prévia conjunção carnal, a redefinição do valor e dos efeitos que a vontade deve ter, mantido, de qualquer sorte, o critério da responsabilidade, no sentido de que a paternidade e a maternidade devem ser exercidas com o cumprimento dos direitos e deveres a elas inerentes, e com vistas à proteção dos interesses da criança, seja qual for a forma de procriação. (... O fato de ter o(a) doador(a) ciência de que uma das possibilidades de aplicação do seu sêmen ou óvulo é, exatamente, fazer nascer uma pessoa, não se põe como suficiente ao preenchimento do critério voluntarístico necessário à procriação. Doar gameta para uma finalidade qualquer não se equipara a usá-lo para o fim específico de procriação. Disso decorre que, somente o consentimento prestado com o fito de procriar pode gerar a responsabilidade inerente ao poder familiar. Se o consentimento dos doadores limita-se ao ato de fornecimento dos gametas aos centros de saúde competentes, falta aos atos subseqüentes de fecundação e gestação o elemento voluntário mínimo para, à luz de qualquer conceito de razoabilidade, admitir-se vínculo jurídico de paternidade e maternidade.* In: Idem, p. 95-96.

⁷⁵ De outro modo, estar-se-ia admitindo que, a qualquer momento, um homem que houvesse assumido a paternidade de um filho que não fosse seu, pudesse, em separando-se da mãe, buscar exonerar-se da responsabilidade que assumiu frente a criança. E, além de cortar os laços de afeto que existiam entre ambos, prejudicaria profundamente essa pessoa, através da rejeição moral e material que seria imposta à criança, ao adolescente, ou quem sabe, até mesmo, ao maior de idade, de modo a ultrajar a dignidade devida a qualquer pessoa. **BRAUNER**, Maria Claudia Crespo, *Direito, sexualidade e reprodução humana: Conquistas médicas e o debate bioético*, Op. cit, p. 212.

⁷⁶ Otra cosa es que los progenitores carezcan de derecho de herencia en el procreado y que la patria postestad sobre éste competa a los padres legales como en la adopción. (...) este conocimiento no debe significar ninguna relación jurídica con el donante. **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op. cit, p. 143.

⁷⁷ A identidade genética integra o universo da identidade pessoal, que hoje é vista de forma pluralista, correspondendo ao gênero do qual aquela é espécie. **FEIJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p. 84

À semelhança da adoção, o direito ao conhecimento da origem genética relativo às técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga, não está ligado às ações de investigação de paternidade e/ou maternidade e tem o estabelecimento do estado de filiação fixado em outros alicerces: a filiação socioafetiva e jurídica.

Assim, quando já existe uma relação de parentalidade estabelecida sob o aspecto socioafetivo e jurídico, o direito ao conhecimento da origem genética não se associa ao direito à filiação e aos outros direitos a ele correlacionados. Dessa forma, decorre do conhecimento das informações relativas aos dados biológicos uma série de direitos intrinsecamente ligados ao estado de filiação que não deve ser confundido com o direito ao conhecimento das origens genéticas.

O direito ao conhecimento das origens genéticas não estabelece predominância da filiação biológica em detrimento da filiação socioafetiva, nem busca desconstituir filiação jurídica⁷⁸. Pelo contrário, a lei deve amparar a situação de quem se comportou como pai, ainda que biologicamente não seja o progenitor⁷⁹.

O conhecimento das origens genéticas é um bem jurídico a ser tutelado, sendo uma dos aspectos da personalidade humana, ligado à identidade pessoal do indivíduo e somente será determinante para o direito de filiação quando o estado de filiação ainda não estiver constituído.

Mais precisamente, o direito à identidade genética está consubstanciado na possibilidade de cada pessoa identificar os seus genitores na sociedade. A elucidação da identidade genética pode conferir à pessoa a possibilidade de evitar e tratar doenças de disfunções de ordem hereditária, além de trazer benefícios nos casos em que seja necessária a realização de transplante. Ou seja, a informação genética poderá ajudá-lo a compreender suas características, proteger sua saúde e conhecer eventuais impedimentos matrimoniais. Parece claro que, sendo anônima a paternidade biológica, nada impede que irmãos (filhos nascidos de material pertencente ao mesmo doador) ou mesmo o próprio doador(a) e um(a) filho(a) contraíam casamento por absoluta ignorância com relação às suas verdadeiras origens. Além disso, a distinção localiza-se também entre as figuras de pai/mãe e genitor e genitora e evita o que Adriana Maria de

⁷⁸ **DONIZETTI**, Leila, *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*, Op. cit, p. 126.

⁷⁹ *El interés prevalente es el del mantenimiento de la relación jurídica familiar en la que se integra el hijo, de suerte que el derecho debe amparar esta situación jurídica impidiendo el ejercicio abusivo y hasta , incluso, extemporáneo, de acciones por quienes sólo pretendieran poner de manifiesto la no coincidencia de la verdad formal con la biológica real. La Ley debe amparar, proteger y tutelar al que ética y socialmente se ha comportado como un padre- aunque biológica o genéticamente no fuera progenitor- en las relaciones de estado familiar.* **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op. cit, p. 142.

Vasconcelos Feijó chama de *biologização da maternidade e paternidade*⁸⁰.

Todas essas questões fáticas representam também importante fundamento da tutela do direito ao conhecimento da origem genética e sua inclusão na categoria dos direitos fundamentais. Portanto, ainda que haja uma filiação pré-estabelecida (jurídica e/ou socioafetiva), o direito ao conhecimento da origem biológica deve ser reconhecido para assegurar o acesso à informação sobre a origem genética do indivíduo concebido por técnicas de reprodução humana⁸¹. Assim, quando destacada do direito à filiação, o direito ao conhecimento da origem biológica integra os direitos de personalidade, assumindo dimensão mais ampla.

Destaque-se, porém que, uma vez estabelecida a paternidade pelo consentimento na situação de reprodução medicamente assistida heteróloga, como se demonstrou no item antecedente, nem mesmo o filho poderá impugnar a paternidade. Portanto, ainda que se conheça a identidade do doador, não será possível nova determinação legal da filiação.

⁸⁰ FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit., p. 94.

⁸¹ Como registrado, a fertilização “*in vitro*” homologa é a técnica pioneira nas procriações artificiais, onde os óvulos são retirados do ovário da mulher e fertilizados com espermatozóides do marido em laboratório, enquanto os embriões resultantes são recolocados no útero, dando início a uma gravidez normal. Quanto à fertilização “*in vitro*” heteróloga, a fecundação se dá com sêmen colhido de uma terceira pessoa, isto é, um doador fértil anônimo, que geralmente encontra-se armazenado em banco de sêmen.

CAPÍTULO 3: DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

O direito à intimidade é um dos direitos fundamentais da pessoa reconhecidos e protegidos em grande parte dos ordenamentos jurídicos e também em muitos documentos de âmbito internacional. Sua proteção engloba o respeito à intimidade familiar e à própria intimidade pessoal e tem por objetivo oferecer garantias de privacidade e de não intromissão na vida privada e familiar⁸².

Uma das questões mais problemáticas que se apresentam no âmbito das técnicas de reprodução humanamente assistida reside em harmonizar o direito à intimidade dos doadores do material genético com o direito dos filhos nascidos através de técnicas de reprodução medicamente assistida conhecerem a identidade dos pais biológicos.

Portanto, imprescindível para a pesquisa que se propõe que se faça um estudo acerca do direito à intimidade. É a tutela desse direito que poderia amparar mais fortemente, nos casos de reprodução humana assistida heteróloga, o anonimato do doador do material genético.

3.1. O DIREITO À INTIMIDADE E A INEXISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS

3.1.1. EVOLUÇÃO CONCEITUAL DO DIREITO À INTIMIDADE

A ideia de intimidade chega mesmo a confundir-se com a noção de anonimato (ideia que se produz quando a pessoa decide não se identificar) e com a noção de reserva (no sentido de defesa frente às intromissões que se produzem por parte de terceiros). Também se confunde com a ideia de vida privada, ou seja, o respeito a uns comportamentos determinados, ao anonimato e as relações pessoais. Não obstante, podemos considerar a intimidade como o conjunto de faculdades relativas a facetas da vida íntima que cada um considere conveniente guardar para si e que permitem a uma pessoa desenvolver-se no meio social, respeitando-se os direitos dos demais. É precisamente essa noção de individualidade que, segundo Maria Lúcia Espino, qualifica

⁸² RUIZ, Yolanda García, *Reproducción humana assistida: Derecho, conciencia y libertad*, Op. cit, p. 269.

a intimidade como integrante dos direitos fundamentais individuais, destacando-o dos direitos sociais⁸³.

Contudo, o conceito de direito à intimidade tem experimentado significativa evolução. Assim, na sua primeira acepção, o direito à intimidade era entendido como um direito conectado a ideia de propriedade. Nesse contexto, era o homem proprietário que gozava de todos os direitos, ou seja, a ideia de intimidade estava vinculada a propriedade burguesa, característica do mercantilismo⁸⁴.

No final do século XIX, começou a perceber-se a transição da ideia de intimidade-propriedade para a intimidade pessoal de cada um. Nessa primeira formulação, a intimidade era concebida em termos negativos como exigência de um espaço de reserva ou isolamento. Na definição de Maria del Carmen Rivero:

*la búsqueda de un santuario personal en el que el sujeto pudiera refugiarse y vivir aislado del mundo y, en definitiva, estar tranquilo de que no sufrirá interferencia exterior alguna que perturbase el reducto más inalienable de su ser y su actuación, de lo que es y lo que hace; um derecho que, por eso, se cifra en la pretensión de 'ser dejado sólo'*⁸⁵.

A autora explica também que a ideia de intimidade está também ligada à ideia de liberdade, pois falar em intimidade significa assegurar ao indivíduo um âmbito vital próprio e reservado, alheio ao conhecimento dos demais, garantindo-se reserva de um espaço de liberdade protegido contra a interferência de outros. Portanto, nesse sentido, direito à intimidade seria também direito à liberdade, com a preservação de âmbitos vedados ao conhecimento de terceiros⁸⁶.

A configuração inicial do conteúdo do direito à intimidade era uma relação de propriedade entre o titular e sua vida privada nas sociedades onde imperava o individualismo possessivo. Propriedade e contrato eram princípios jurídicos que fundamentavam a intimidade. Privacidade é o direito de todo cidadão ser resguardado

⁸³ **ESPINO**, Maria Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, 1ª edição, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 57.

⁸⁴ **RIVERO**, Maria del Carmen Gómez, *La protección penal de los datos sanitarios: especial referencia al secreto profesional médico*, 1ª edição, Granada: Editorial Comares, 2007, p. 8.

⁸⁵ *Idem*, p. 9.

⁸⁶ **RIVERO**, Maria del Carmen Gómez, *La protección penal de los datos sanitarios: especial referencia al secreto profesional médico*, *Ibid*, *Ibidem*.

de intromissões⁸⁷. Nesse sentido, o direito à intimidade é concebido como o respeito à vontade do indivíduo de forma que nada interfira em seus assuntos, ou seja, como manifestação do seu direito à liberdade de decidir que ninguém interfira em parcelas de sua vida que dizem respeito somente a ele mesmo.

Essa primeira formulação negativa da intimidade foi completada, posteriormente, por uma vertente positiva do controle da informação, caracterizando-se como um direito humano e, portanto, ligado aos valores inalienáveis do homem e ao reconhecimento da dignidade, tendo sido incluído na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948⁸⁸. Portanto, na segunda metade do século XX, o direito à intimidade adapta-se às novas necessidades que surgem de vários fatores estruturais e culturais e passa a adquirir um sentido positivo. A evolução baseia-se nos direitos fundamentais, superando sua construção inicial baseada na concepção de direitos fundamentais como direitos de defesa para dar lugar a direitos de participação e liberdades individuais. Assim, a intimidade passa a significar liberdade de decisão e liberdade para determinar quem, o que e em que ocasião se conhecerá informações pessoais⁸⁹. A ideia de direito à intimidade como um direito a manter uma esfera da vida reservada (*right to be alone*) aperfeiçoa-se para um direito de autonomia, para a capacidade para tomar decisões sem interferências alheias. Essa nova concepção do direito à intimidade implica que o indivíduo tem o direito de controlar sua vida, não somente evitando ingerências externas, mas também exercendo sua liberdade de decisão no âmbito reservado⁹⁰.

Essa mudança fundamental na concepção do direito à intimidade, isto é, de uma concepção negativa para outra positiva, dotando o titular de faculdades ativas, contempla a intimidade sobre o aspecto da autodeterminação e do livre desenvolvimento da personalidade⁹¹. Isso significa dizer que o conhecimento ou a revelação de aspectos da vida privada atentaria contra o direito à intimidade e, via de consequência, contra a ideia de dignidade que lhe é conexas. O direito à intimidade

⁸⁷ JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 110.

⁸⁸ “Artigo 12: Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou a na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

⁸⁹ LUNO, Antonio Pérez, *Intimidad y protección de datos personales: del hábeas corpus al hábeas data, Estudios sobre el derecho al intimidad*, 1ª edição, Madrid: Luis García San Miguel Editora-Tecnos, 1992, p. 38-39.

⁹⁰ JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 112.

⁹¹ JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Ibid, Ibidem, p. 113.

informativa conferiria à pessoa o poder jurídico de impor a terceiros o dever de abster-se de qualquer intromissão na esfera íntima do outro ou de fazer uso de informação de que tenha conhecimento, protegendo o indivíduo contra qualquer invasão na sua vida privada e familiar, bem como de intromissões de terceiros contra a sua vontade.

A intimidade integra o conjunto de aspectos que estão relacionados à individualidade e identidade de cada pessoa e que trazem informações sobre sua condição, sua vida familiar, social e sobre todos os aspectos que afetem de alguma forma, o sujeito em particular ou a sua atividade. Ainda citando Maria del Carmen Rivero:

*ha de referirse a toda aquel conjunto de cualidades inmanentes a al
própria naturaleza corporal que no solo se incardinan desde un punto
de vista somático, a todo lo que concierne a su própria fisiologia, tanto
en sua gênesis constitutiva como en su porte exterior, sino que abarca
sua acervo actuatorio tendente a indispensables actos de pervivencia o
desarrollo con su sello personalíssimo cuya indemnidad ha de estar
tutelada frente a cualquier injerencia extraña(...)no se conozca o que
no se transmita la información que afecta a la persona y que concierne
a aspectos ya pasados de sua vida o bien a características de su
personalidad, forma de ser o modo de vida que ya de hecho practica*
92.

Dessa forma, o conceito de intimidade, tal como o conhecemos atualmente, tem sua origem em um artigo escrito pelos autores norte-americanos Warren e Brandeis, em 1890, o qual foi publicado na revista *Harvard Law Review*. Nesse artigo, os autores expressam seu descontentamento com a intromissão da imprensa na vida das pessoas e expressam a necessidade de formular uma proteção jurídica contra as ingerências na esfera íntima e familiar das pessoas sobre todas as intromissões de uma imprensa que começava a ter influência sobre a sociedade. Assim, o “*The right to privacy*” do final do século XIX, consagrou o direito de não ser molestado, a estar sozinho (*the right to be let alone*). Maria Lúcia Espiro destaca, porém, que Warren e Brandeis construíram sua teoria de defesa da intimidade sobre razões equivocadas, pois partiram de precedentes

⁹² RIVERO, Maria del Carmen Gómez, *La protección penal de los datos sanitarios: especial referencia al secreto profesional médico*, Op.cit., p. 16.

que protegiam o direito à propriedade, incompatível com o direito personalíssimo à intimidade. Contudo, o trabalho teve o mérito de vincular diretamente, pela primeira vez, o respeito à intimidade com a dignidade e a inviolabilidade da pessoa, pois até então o direito à intimidade se fundamentava no direito à propriedade ou na existência de contratos prévios⁹³.

Atualmente, a intimidade tem evoluído de uma concepção mais estrita, que se refere somente as facetas de vida das pessoas que, por natureza, entendiam-se reservadas, a outra que se identifica mais com as facetas consideradas de caráter pessoal como sendo privadas do indivíduo⁹⁴. Assim, Pilar Jiménez, citando Carlos Romeo Casabona, afirma que prevalece hoje o conceito de direito à intimidade como sendo aquelas manifestações da personalidade individual ou familiar, cujo reconhecimento fica reservado ao seu titular ou a quem exerce alguma forma de controle, quando há terceiros envolvidos⁹⁵.

Há inclusive quem afirme que o conceito de intimidade está dotado de alto grau de indeterminação, estando sujeito a numerosas modificações em razão das circunstâncias sociais de cada época, o que dificultaria precisar seu conteúdo e alcance, pois estaria dotado de um alto conteúdo emocional⁹⁶.

Susana González afirma que:

*la idea de intimidad se deriva de una propensión del ser humano de buscar un espacio propio, que se traduce en una reivindicación teórica de esta necesidad, y, posteriormente, en su formulación teórico-jurídico como derecho.(...) Se trata, en definitiva, de reservar a la individualidad aquella parte de la vida en la que la persona es la principal interesada*⁹⁷.

Para José Afonso da Silva, o conceito de privacidade é mais abrangente que o de intimidade. Assevera o referido autor, citando Ariel Dotti, que o direito à intimidade é a

⁹³ **ESPINO**, Maria Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, Op.cit., p. 202-203.

⁹⁴ Nesse sentido: **ESPINO**, Maria Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, Op.cit., p. 57-58.

⁹⁵ **JIMÉNEZ**, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 163.

⁹⁶ **GONZALÉZ**, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, 1ª edição, Madrid: Colección Derechos Humanos e Filosofía del Derecho, Editorial Dykinson, 2007, p. 82.

⁹⁷ *Idem*, p. 83 e 85.

*esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais*⁹⁸.

São Tomás definiu intimidade como “*o pensamento dos corações*”. Para ele, a intimidade é tida como sagrada, já que ninguém pode descobri-la, nem o Direito pode julgá-la ou valorá-la, porque isso seria uma presunção temerária. Apenas quando a intimidade for manifestada publicamente pela pessoa que a possui, é que ela pode ser julgada e valorada⁹⁹.

A proteção do direito à intimidade e do direito à vida privada foi necessária devido à evolução do homem e à busca pela sua dignidade, representando a luta contra a opressão e o arbítrio. É a busca por sua liberdade e positivação de seus direitos de cunho personalíssimo. Inicialmente, estes direitos passaram a ser tutelados por julgados, para depois ganharem corpo nas Constituições.

A proteção do direito à intimidade traz consigo a ideia de segurança e tranquilidade para que o indivíduo possa atuar na sociedade sem temer as consequências de seus atos lícitos, podendo assim atuar com liberdade, sem pressões externas, com liberdade para escolher sua personalidade social, garantindo-se a não revelação dos dados privados que o sujeito não deseja que sejam conhecidos. Garante também que os aspectos íntimos de sua vida já conhecidos sejam utilizados de forma reservada.

Dessa forma, segundo a vertente negativa de interpretação do direito à intimidade tem-se o não conhecimento de dados reservados do indivíduo por terceiros. Segundo a vertente positiva, o direito à intimidade garante a manutenção do controle dos dados já conhecidos, ou seja, havendo-se necessidade de conhecimento dos dados do indivíduo, exige-se a garantia de que esse conhecimento limite-se aos âmbitos sociais necessários e nos limites estritamente necessários¹⁰⁰. Melhor dizendo, hoje se entende que a dimensão negativa ou defensiva não esgota a proteção dispensada pelo

⁹⁸ **SILVA**, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 204.

⁹⁹ **DELGADO**, Lucredo Rebollo, *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, 1ª edição, Madrid: Dykinson-2000, p. 39.

¹⁰⁰ *Siguiendo esta definición el derecho a la intimidad no implica simplemente una barrera frente a las intromisiones en los asuntos íntimos del sujeto sino también la posibilidad de controlar o el poder de resguardar las informaciones que pertenecen a tal ámbito frente a la divulgación efectuada por terceros. De esta forma, como señala Pérez Luño, la doctrina ha trasladado la delimitación conceptual del derecho a la intimidad desde el “ius solitudinis” al poder de control de la informaciones, atribuyendo al individuo un poder jurídico sobre la información relativa al círculo reservado de su persona y de su familia, con independencia de aquello que desea mantener al abrigo del conocimiento público.* **GONZALÉZ**, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Op.cit., p. 90.

direito à intimidade, o qual requer uma dimensão positiva ou de ação que permita o livre desenvolvimento da personalidade¹⁰¹, como afirma Denise Hammerschmidt:

*Atualmente se mostra insuficiente a compreensão da intimidade como um direito garantista ou de defesa em decorrências das intromissões na vida íntima e privada; é preciso acrescentar o complemento de uma faculdade ativa de controle sobre a informação, os dados e tudo que concerne a essa esfera que afete a cada sujeito*¹⁰².

Na Constituição Portuguesa de 1976 podemos encontrar a previsão acerca do direito à intimidade no artigo 33º. Já na Constituição Brasileira de 1988 encontramos a previsão, no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais no capítulo I referente aos direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º, inciso X¹⁰³). A Constituição Espanhola de 1978 consagra, também, no seu artigo 18º, a intimidade como um direito autônomo.

Contudo, na maioria dos textos constitucionais não existe um reconhecimento expresso sobre o direito à intimidade. Porém, pode-se concluir a existência do direito à intimidade na maioria dos ordenamentos jurídicos, por via indireta, através de outros valores explicitamente reconhecidos, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana¹⁰⁴.

Portanto, com o transcurso do tempo, a ideia de privacidade ampliou consideravelmente seu âmbito e conteúdo. Inicialmente ligada ao direito de propriedade, baseada no *common law* inglês até chegar ao sentido personalista do direito¹⁰⁵. Daí que podemos afirmar que a ideia de intimidade varia segundo a realidade histórica e a

¹⁰¹ Nesse sentido também o Tribunal Constitucional da Espanha na sentença nº 292 de 30/11/2000: *Dicha peculiaridad radica em su contenido, ya que a diferencia de este último (intimidad), que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.*

¹⁰² **HAMMERSCHMIDT**, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 95.

¹⁰³ Artigo 5º, inciso X da Constituição Brasileira: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

¹⁰⁴ Exemplo da Constituição Alemã, onde a proteção a intimidade é reconhecida pela doutrina e jurisprudência através da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1.1. **ESPINO**, Maria Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, Op.cit., p. 63.

¹⁰⁵ **RODRÍGUEZ**, José Antonio Seoane, “De la intimidad genética al derecho a la protección de dado genéticos (Parte I)” in *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Ano 9. V. 16. Bilbao: Universidade de Deusto, Cátedra Interuniversidade de Derecho y Genoma Humano; Fundación BBV. Janeiro a Junho de 2002, pp. 85.

cultura de cada povo que define o que se deve entender por íntimo, tornando o conceito mais amplo ou limitado, variando segundo os pensamentos, ideologias e crenças¹⁰⁶.

3.1.2. A INEXISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o direito à intimidade não é um direito absoluto. Portanto, admitem-se certas ingerências na esfera privada de uma pessoa sempre que se observem cumpridos os requisitos para busca de um fim legítimo, ou seja, havendo necessidade da medida e proporcionalidade com relação ao objetivo que se pretende alcançar.

Os direitos fundamentais representam os valores predominantes em uma determinada época em uma determinada sociedade, ou seja, não significam somente os direitos subjetivos atribuídos a qualquer pessoa física em qualquer momento ou lugar. Um dos seus objetivos é orientar a sociedade e as autoridades públicas em sua atuação. Como os valores não são imutáveis, pois evoluem junto a com a sociedade, o direito deve ocupar-se de incorporar aos seus preceitos tais valores, atendendo assim, aos novos reclames sociais.

Walter Nunes Junior entende que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são realidades históricas, surgidos em razão de determinadas condições de vida, sendo, portanto, apenas relativos, não resultando, como defendiam os

¹⁰⁶ Seone Rodriguez apresenta os pontos principais do direito à intimidade nos dias de hoje: a) a intimidade é um bem, algo valioso para os seres humanos(...); b) a intimidade é um direito constitucionalmente reconhecido, que parte da ideia originária do respeito a vida privada, pessoal e familiar; c) a intimidade merece respeito porque se considera um bem ou um valor para os seres humanos preservar sua esfera mais íntima, e não pelos conteúdos que nela se guardam; d) o direito a intimidade está ligado aos respeito da dignidade da pessoa, o direito da intimidade deriva da dignidade da pessoa, sem a garantia da intimidade não é possível, nem sequer conceber sua existência digna; e) o direito a intimidade está estritamente vinculado a própria personalidade; f) o núcleo essencial da intimidade tem de ser determinado em cada sociedade e em cada momento histórico; g) o objeto de proteção do direito a intimidade é um âmbito reservado da vida dos indivíduos, não se restringindo somente ao foro íntimo, mas que se estende também a esfera privada, tanto pessoal como familiar; h) a função do direito à intimidade é proteger o titular frente a qualquer invasão no âmbito reservado contra sua vontade; i) a proteção no âmbito reservado se garante: pela intromissão que consiste no conhecimento não consentido do que não existe ou ocasiona na divulgação não consentida de dados assim obtidos; a ingerência que supõe ação alheia; j) a proteção jurídica da intimidade desloca-se em duas dimensões: garantir o amparo frente as agressões que um indivíduo pode experimentar em seu âmbito íntimo por parte de terceiros, tanto particulares como dos poderes públicos; atribuir um poder de disposição ou controle sobre esse âmbito reservado da vida de um indivíduo, que quer manter-se a margem do conhecimento de terceiros, seja qual for o seu conteúdo; l) o atributo ou faculdade mais importante da intimidade é a faculdade de exclusão dos demais do âmbito reservado; m) o direito a intimidade é um direito erga omnes: todos, poderes públicos e particulares devem respeitá-lo; n) o critério decisivo do acesso, conhecimento e utilização da informação pessoal ou familiar garantida pelo direito a intimidade é consentimento do titular; o) o direito a intimidade não é um direito absoluto(...). In: GARCIA, Luis San Miguel, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, 1ª edição, Madrid: Tecnos, 1992, p. 330.

jusnaturalistas, da própria natureza do homem. O estudioso ressalta que os direitos fundamentais do homem podem ser definidos por naturais apenas sob o aspecto de que cabem ao homem pela sua própria condição humana. Por isso mesmo, o que se apresenta como direito fundamental para uma determinada época e em um determinado lugar, não o é em relação a outras épocas e/ou culturas¹⁰⁷.

Edilson Farias afirma que não existem direitos fundamentais absolutos, ilimitados, mas apenas direitos fundamentais relativos: *sendo o conteúdo dos mesmos quase sempre conhecido apenas nas relações que travam entre si ou com outros bens jurídicos*. O autor afirma ainda que:

*a despeito de a pessoa humana encontrar-se alçada ao vértice dos valores normativos ou jurídicos, contudo, ela não deve ser vista como um valor absoluto no sentido de prevalecer sempre sobre os outros em todas e quaisquer circunstâncias. É necessário compatibilizá-la com outros valores sociais e políticos. (...) Ele está sujeito também à lei de colisão e, sob determinadas circunstâncias, poderá não prevalecer sobre princípios colidentes, são as condições do caso concreto que irão indicar precedência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana*¹⁰⁸.

De fato, os direitos não são absolutos, até porque eles nascem da evolução da sociedade e da luta por melhores condições de vida. O entendimento sobre cada um deles pode modificar-se com o tempo, de acordo com o contexto social e as necessidades da pessoa humana¹⁰⁹.

O direito à intimidade, embora seja um direito individual indisponível, não é absoluto, podendo ser limitado no caso concreto. Mesmo o direito de liberdade que engloba vários outros (trabalhar, casar, ir e vir etc) tem sua limitação pela necessidade de respeito aos direitos e liberdades do outro.

¹⁰⁷**SILVA JUNIOR**, Walter Nunes da, *Direitos fundamentais absolutos?* [Consult. 12.12.2009]. Disponível em www.jfrn.gov.br/docs/especial23.doc.

¹⁰⁸ **FARIAS**, Edilson Pereira de, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, 1ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 20, 47-52.

¹⁰⁹ Sobre o assunto cabe registrar a posição de Ingo Sarlet para quem inexistem princípios absolutos, pois tal entendimento contraria a própria essência da noção e a estrutura normativa dos princípios. **SARLET**, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2ª edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002, p. 81.

Bobbio defende que os direitos fundamentais, caso entendidos como absolutos, não poderiam ser cumpridos de forma total porque, a fim de que fossem observados num mesmo instante, seria necessária a conciliação entre eles de forma que não interagissem de tal forma que um anulasse o outro¹¹⁰.

O autor registra ainda que os direitos fundamentais são *direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas*. Segundo Bobbio, *a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas*. Ainda segundo o mesmo autor, *não se deve falar em direitos fundamentais absolutos, mas apenas relativos, pois a proteção desses direitos encontra limites na proteção de outros direitos fundamentais concorrentes*. Dessa forma, embora reconheça que alguns direitos que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente, como o caso do direito de não ser escravo ou de não ser torturado, lembra Bobbio que os direitos são heterogêneos, e, muitas das vezes, incompatíveis entre si. Por esta razão, direitos que possuem fundamentos tão diversos devem ser limitados, quando balanceados entre si, de forma que todos sejam observados, perfazendo um sistema harmônico¹¹¹.

Eduardo Jordão explica que relativizar direitos significa impor limites e parâmetros de avaliação ou *relativizar os textos normativos equivale a confrontá-los com a própria razoabilidade ou ao senso comum de Justiça, devendo sobressair este último, numa hipotética impossibilidade de conciliação*¹¹².

Sarmiento também trata da “relatividade” dos direitos fundamentais, afirmando ser esta inerente ao fato de que vários direitos convivem entre si no sistema constitucional, de forma que a proteção incondicional de um deles causaria a inoperância dos outros. Utilizando-se a ponderação de interesses visando a promoção da dignidade humana, não haveria um prejuízo dos direitos fundamentais¹¹³. Portanto, o que se busca não é a concretização ilimitada de um direito, o que ultrapassaria os limites de sua atuação no ordenamento jurídico. O que se busca é eficácia de uma norma em

¹¹⁰ NOBERTO, Bobbio, *A era dos direitos*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 05

¹¹¹ Idem, p.42.

¹¹² JORDÃO, Eduardo Ferreira, *Repensando a teoria do abuso de direito*, 1ª edição, Salvador: JusPodivm Editora, 2006, p. 24.

¹¹³ SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 138.

harmonia com as outras existentes dentro de um ordenamento jurídico¹¹⁴.

Assim, a ideia de que o direito à intimidade garante ao indivíduo um poder jurídico sobre a informação relativa à sua pessoa e/ou de sua família, podendo impor a terceiros sua vontade de não conhecer ditas informações, deve encontrar limites nos outros direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. A solução encontrada utiliza o princípio da proporcionalidade, o que será tratado mais adiante.

Nos Estados Unidos, o termo privacidade tem abandonado a ideia de privacidade como sendo a ideia de excluir a terceiros de sua parcela de privacidade para basear-se na ideia de domínio e capacidade de decisão dos indivíduos com relação à informação, isto é, a faculdade de controlar a informação relativa à sua vida pessoal. Contudo, mesmo diante dessa noção de privacidade, a doutrina norte-americana tem entendido que o direito à intimidade tem um caráter extremamente relativo, pois varia segundo os dias e circunstâncias, como manifestado no *Office of Science and Technology of the Executive of the President*¹¹⁵.

O Tribunal Constitucional espanhol na sentença nº 171/1990 de 5 de novembro também entendeu que o conceito de intimidade tem um caráter relativo, pois sua extensão vem determinada em cada sociedade e em cada momento histórico e cujo núcleo essencial em sociedades pluralistas devem determinar os órgãos do poder judicial. O Tribunal Supremo daquele país também entendeu que *la delimitación de la esfera de la intimidade es eminente relativa, y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudencialmente delimite el ámbito de protección*¹¹⁶. Portanto, na Espanha entende-se que é o Judiciário que deve interpretar, em cada momento histórico, o que deve ser incluído no conceito de intimidade.

Sendo assim, ao considerarmos que nenhum direito fundamental é ilimitado e

¹¹⁴ Rafael Reis tratando sobre a harmonização de dois direitos fundamentais, porém entendendo que, na situação concreta um deles prevalece, registra que: *Depois, ao consagrar, em abstrato, por exemplo, prazos de caducidade do direito de investigar a maternidade ou paternidade dos progenitores se estiverem verificadas determinadas condições, ou ao estabelecer que o sujeito pode conhecer a identidade do dador de gametas ou do embrião se razões ponderosas assim o justificarem, diríamos que o legislador mais não está a fazer do que a procurar uma adequada harmonização de dois direitos fundamentais que se intersectam.*

(...)

Porém, porque esses valores são de relativização hetero-excludente (o direito a conhecer afasta a reserva da intimidade) o legislador está, afinal, a criar as condições para que, na situação concreta, um deles prevaleça, traduzindo-se a aplicação da norma num resultado restritivo. REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit., p 138.

¹¹⁵ ESPINO, Maria Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, Op.cit., p. 55.

¹¹⁶ Idem, p. 56.

que, de qualquer modo, a ideia de direito à intimidade tem um caráter relativo segundo o lugar e o tempo¹¹⁷, não há impedimentos jurídicos de que se estabeleça um limite ao direito à intimidade nos casos de reprodução medicamente assistida, desde que se possa validamente justificar a razão da limitação. Utilizando as palavras de René Ariel Dotti:

O direito à intimidade da vida privada tem um conteúdo extraordinariamente amplo e variável, em função do titular a que respeite, por outro lado, mesmo no plano da tutela do núcleo essencial da intimidade que se considera comum a toda pessoa humana, há que atender a que o direito à intimidade que se pretende tutelar, como qualquer outro, não é ilimitado, antes deve ser cercado pelas limitações inerentes à sua eventual subordinação a outros interesses superiores ou de igual valor¹¹⁸.

Contudo, utilizando as palavras de Adriana Feijó:

a restrição a direitos fundamentais é uma necessidade imposta em face da unidade da Constituição e da harmonização dos direitos e bens protegidos por esta, daí advindo o princípio da excepcionalidade da restrição, uma vez que a aceitação da restrição como regra ocasionaria a relativização completa dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a destruição da Constituição¹¹⁹.

¹¹⁷ Sobre a evolução do conceito de intimidade na atualidade: *En la actualidad se ha venido apreciando, por un lado, un acortamiento de lo que entendemos por esta esfera íntima del ser humano, debido al mayor intervencionismo estatal que requiere por parte del Estado un mayor conocimiento sobre aspectos más o menos íntimos de la vida de los ciudadanos para dar cumplimiento a las exigencias propias de un Estado social y democrático de Derecho; por otro lado, también es posible hablar de un proceso que apunta en sentido contrario, es decir hacia una extensión tanto cuantitativa como cualitativa del ámbito privado de la persona, que viene derivado en parte por la irrupción de las nuevas tecnologías en la sociedad, especialmente la informática. Actualmente, hay situaciones que si bien antes no se encuadraban dentro de la intimidad personal de un individuo. Ahora si forman parte de este ámbito. Cualitativamente, porque ahora lo que se entiende por íntimo trasciende de o que supone la mera identificación de la persona y comportamientos que tradicionalmente se han considerado íntimos, para pasar a englobar un conjunto de conductas y creencias personales que antes se consideraban totalmente incluidas en la esfera pública del ciudadano, como su afiliación u opinión política o sindical y que en la actualidad han pasado a constituir un ámbito reservado sobre los que su titular tiene en muchos casos un interes en que permanezcan dentro de un círculo más o menos reservado. Idem, p. 57.*

¹¹⁸ **DOTTI**, René Ariel, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 73.

¹¹⁹ **FEIJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p. 141.

Dessa forma, a restrição que se impõe a um direito a fim de harmonizar o ordenamento jurídico, não deve perder de vista o conteúdo essencial desse direito.

Portanto, o entendimento de que os direitos fundamentais não são absolutos possibilita uma maior adaptação da ideia de intimidade aos novos avanços tecnológicos. Assim, em que pese a grande importância da proteção do direito à intimidade, sua ligação com o direito à liberdade, bem o fato de estar amparado pela dignidade da pessoa humana, não há um direito à intimidade absoluto. Tal reconhecimento perante a lei tornar-se-ia impraticável na vida social, devendo-se amparar o correto uso dados conhecidos¹²⁰.

3.2. INEXISTÊNCIA DE EXPECTATIVA DE SIGILO ACERCA DA IDENTIDADE DO DOADOR.

O fato de um dado estar relacionado a aspectos privados da vida do sujeito, por si só, não se afigura argumento definitivo para reclamar sua tutela no âmbito do direito à intimidade, havendo necessidade de fazer-se uma valoração de outros aspectos sociais, bem como da expectativa do sujeito de que tais dados sejam mantidos em sigilo. Por exemplo, no caso do médico que divulga determinada enfermidade de seu paciente que este não desejava que se tornasse pública, pode-se afirmar que havia uma expectativa por parte do paciente de que o médico mantivesse sigilo em relação ao seu quadro clínico. De outra sorte, no caso do indivíduo gerado através de técnicas de reprodução medicamente assistida, não deve haver uma expectativa do doador de que o indivíduo gerado não venha a desejar conhecer o doador do material genético, seja por questões de saúde, seja por impedimentos matrimoniais, seja por um desejo meramente psicológico.

Trata-se de informação que revela diversas particularidades sobre a pessoa, informações de caráter pessoal que podem relacionar-se com o sujeito, revelando numerosas características sobre a pessoa, como as relativas ao aspecto físico, raça, padecimento de enfermidades etc.

¹²⁰ Nesse sentido: *El derecho a la intimidad no puede concebirse más en términos de una protección absoluta a que los terceros no tengan conocimiento de los datos personales, algo impracticable en la vida en sociedad. Por el contrario, las necesidades de desenvolvimiento social del individuo así como, con ellas, de hacer partícipes de sus datos a terceras personas ha determinado que en las modernas sociedades las máximas exigencias de protección se concentren de forma singular en la garantía del correcto uso de los datos conocidos, la mayoría de las veces por razones funcionales, por los distintos agentes sociales (empresas, administración penitenciaria, sanitaria, etc).* RIVERO, Maria del Carmen Gómez, *La protección penal de los datos sanitarios: especial referencia al secreto profesional médico*, Op.cit., p. 23.

Inegável que a intimidade deve ser considerada como um bem jurídico e que o direito à intimidade configura-se também um pressuposto para o exercício pleno e potencial de outros direitos e liberdades constitucionais, devendo entender-se que a utilização ilegítima de dados de caráter pessoal como uma afronta ao direito à intimidade. Contudo, não se pode afirmar que há uma tutela absoluta do direito à intimidade, seja em razão do necessário confronto com outros direitos fundamentais e bens jurídicos tutelados constitucionalmente, seja pela valoração que deve haver no caso concreto com outros aspectos sociais, como a expectativa do sujeito e/ou da sociedade de tais dados sejam mantidos em segredo.

Os defensores da tese do anonimato defendem que o anonimato do doador tem o intuito de proteger a integridade psíquica do indivíduo gerado por meio de técnicas de reprodução assistida. Argumenta-se que a quebra do anonimato do doador implica em diminuição do número de fornecedores, o que dificultaria o acesso às técnicas de reprodução assistida por aqueles que necessitam dela para realizar o projeto parental¹²¹. Argumenta-se ainda que as possíveis consequências negativas derivadas da possibilidade de conhecer o doador justificariam a proteção da intimidade em detrimento dos direitos dos filhos. Afirma-se que as relações familiares poderiam ver-se prejudicadas caso se acenda a informação identificativa do doador, tanto na família do doador, quanto na família que utilizou das técnicas para ter um filho¹²², causando uma interferência prejudicial à família¹²³. Afirma-se também que o anonimato é a melhor

¹²¹ Nesse sentido: *En términos globales, podemos decir que mientras en los países de tradición jurídica romana existe una tradición de defensa del anonimato, no ocurre lo mismo en los Estados germánicos, donde la doctrina es mayoritariamente contraria a mantener en secreto la identidad del donante. Entre los argumentos esgrimidos por los defensores del secreto esta el interés de la familia que acogerá al niño, pues el anonimato es una forma de evitar que el donante de los gametos interfiera en las relaciones que va a tener el hijo con su familia social. Por otro lado, se ha intentado igualmente proteger al donante de posibles atentados contra su intimidad, lo que incluso podría llegar a conducir a una reducción de donaciones.* **ESPINO**, Maria Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, Op.cit., p. 155.

¹²² **JIMÉNEZ**, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 268.

¹²³ *Los que consideran que tanto la dación de gametos y embriones como su recepción integraban el ámbito de la intimidad del individuo, Por tanto, debe proteger-se el secreto de quien o quienes son donantes y receptores. Así entienden que los intereses de la pareja que recurre a la fecundación asistida con donación de un tercero, con la finalidad de tener hijos, son de tal categoría que ponen fuera de juego el interés del hijo para indagar sobre su padre. (...)Entre los argumentos que defienden el anonimato del donante, prohibiendo su identificación, se encuentra el que señala que de no garantizarse el anonimato del donante, existiría una interferencia real (al menos psicológica) de una tercera persona en algo que debe ser una relación interpersonal, exclusivamente de pareja.* **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op. cit, p. 93- 94.

forma de impedir reclamação de direitos entre o doador e o nascido, protegendo o doador contra consequências não desejadas.¹²⁴

Contudo, o anonimato reforça as atitudes negativas ante as técnicas de reprodução medicamente assistida e a possibilidade de quebra do anonimato em favor do direito ao conhecimento favorece as técnicas reprodutivas, pois leva os doadores a uma postura madura e responsável na cooperação que prestam¹²⁵. No que se referem as “possíveis consequências negativas”, os direitos do concebido devem prevalecer, sob pena de implatar-se uma discriminação em razão do nascimento¹²⁶. Ademais, não se pode querer a obtenção de doadores a todo custo ou mesmo a custa do desrespeito aos direitos do concebido, o que é inaceitável.

Há de argumentar-se também que se tem delineado na doutrina claramente a distinção entre a declaração de filiação e o conhecimento das origens genéticas e suas consequências jurídicas bem diferenciadas, conforme tratamos no item 2.3.

Ademais, o perigo para a estabilidade da família não se aplica ao caso de técnicas de reprodução humana, pois uma paternidade biológica não é vista como uma conduta reprovável, ou pelos menos, não deveria ser, pois ante a nova situação, possibilidade de um ser humano nascer através do material genético de uma terceira pessoa, a percepção social deve evoluir para a modificação da regra do anonimato, tendo em conta precisamente o interesse do indivíduo nascido que não teve a chance de escolher.

A tese do anonimato é contrária aos interesses do filho nascido por essas técnicas e leva a eliminação de responsabilidades das pessoas envolvidas no procedimento, centrando as atenções nos interesses dos pais e cerceando o direito do

¹²⁴*De otra parte, se considera que la mejor forma de impedir cualquier relación jurídica y de reclamación de derechos entre donante y nacido es estableciendo el anonimato del donante. El anonimato protege al donante de cualquiera relación que pudiera involucrarlo más allá los padres y a los hijos de cualquier intromisión del donante en una relación conyugal y paterno-filial. Se agrega que el desvelamiento del secreto desencadenaría efectos contrarios a la voluntad del propio donante, puesto que no cabe establecer en su contra ningún vínculo de filiación. Idem, p. 95.*

¹²⁵Comissão encarregada do informe sobre inseminação artificial na Suécia, citada por Pilar Jiménez. A autora entende, porém, que *la prevision de incidência positiva del anonimato en las donaciones de gametos o embriones parece más realista. JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal, Op. cit, p. 267-268.*

¹²⁶*Los pretendidos peligros derivados de la posibilidad de identificación, tanto del donante, en general, como de la persona receptora, deben ceder en favor de intereses superiores, como son los derivados de los derechos concedidos al niño nacido de estas técnicas. Derechos que, de mantenerse el principio del anonimato, quedarían limitados, dando lugar precisamente a supuestos de discriminación en razón del nacimiento(...). VARGAS, Maricruz Gomez de la Torre, La fecundación in vitro y la filiación, Op. cit, p. 97.*

indivíduo nascido por essas técnicas, parte hipossuficiente e titular de direitos fundamentais¹²⁷.

Maricruz de la Torre Vargas registra que uma pesquisa realizada por Robyn Rowland, da Universidade de Deakin, em Victoria (Austrália), revelou que sessenta por cento dos doadores entrevistados informaram que não veriam problema em relacionar-se com o filho depois que ele completasse dezoito anos¹²⁸.

Deve-se registrar também que a doação de gametas não se assemelha à doação de sangue, medula ou órgãos, pois a doação de gametas constitui a essência da vida do indivíduo gerado, isto é, características físicas, psicológicas, predisposições genéticas, entre outras¹²⁹. Porém, os pais, em geral, ansiosos por realizar o sonho de ter um filho, não questionam se o indivíduo gerado terá, no futuro, o desejo de saber sua origem biológica. O doador é visto como mero instrumento para gerar um filho, ou seja, mero fornecedor da matéria prima necessária para realização do desejo de realizar um projeto pessoal.

Portanto, os motivos evocados para possibilitar um acesso ilimitado às técnicas amparam-se em tratar a criança como uma “coisa” e o doador como um instrumento, negando-se a dignidade da pessoa humana¹³⁰. Assim, os pais não têm direito de roubar do filho o direito de conhecer suas origens. A imposição da regra do anonimato soa como uma clara afronta à dignidade da pessoa humana, ao passo que o direito ao

¹²⁷ *Outro sector estima que cuando se lleva el anonimato al extremo, en vez de defender los intereses del hijo y su derecho a conocer sus orígenes, solamente se están preocupando de eliminar las responsabilidades que cabrían al donante. Se estaria instrumentalizando al hijo que puede ver cerceado su derecho a conocer quién fue su progenitor biológico o contar con ese dato para la defensa de intereses morales o materiales. (...) Los que disienten de los argumentos antes señalados, consideran que todos éstos se centran más en el interés de los padres que del hijo. Señalan que este último es el más necesitado de protección y, además, titular de un derecho fundamental – el de conocer sus Orígenes-, calidad que no tendría el derecho o interés de los padres. Otra de las razones favorables al anonimato es aquella que estima que debe darse al niño nacido por estas técnicas de reproducción asistida ‘exactamente la misma situación que si hubiese nacido de los mismos padres em forma natural. Idem, p. 93, 95- 96.*

¹²⁸ **DELGADO ECHEVERRIA, J.**, *Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde*, em vol, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en matéria de reproducción humana*, Madrid: II Congreso Mundial Vasco- Editorial Trivium S.A, 1988, p. 211.

¹²⁹ Acerca do assunto Maricruz de la Torre Vargas, fazendo referência a Eser, registra que: *Algunos consideran que la donación de gametos es equiparable a la donación de sangre. Disiente de esta opinión, entre otros, Eser, quien considera que no se puede equiparar, puesto que la sangre se integra en el cuerpo de um tercero y el gameto da continuidad a la própria persona.* **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op.cit., p. 61.

¹³⁰ Nesse sentido: *A dignidade da criança é lesionada quando lhe é retirado o direito de ter acesso às suas origens, uma vez que ao privá-la desse conhecimento ela é quase que transportada para o mundo animal. Afinal, o que diferencia a reprodução dos seres humanos e dos animais é o conhecimento das origens e a vinculação que se estabelece com quem lha concedeu.* In **DONIZETTI**, Leila, *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*, Op. cit, p. 121.

conhecimento das origens genéticas representa uma das facetas do direito de personalidade.

É certo também que a promessa de anonimato feita pelos pais afetivos e pelo médico torna-se sem efeito em relação ao filho, pois este não teve a possibilidade de optar¹³¹. Mais uma vez, também nesse aspecto inexistente expectativa de sigilo sobre a identidade do doador.

Alguns países concedem o direito ao conhecimento da origem genética apenas quando possa ser justificada por um tratamento médico ou quando o indivíduo atingir a maioridade. Outras legislações permitem aos filhos nascidos por técnicas de reprodução humana ter acesso à forma de concepção e/ou características do doador. Essas normas são baseadas na posição intermediária que propicia o anonimato, permitindo, contudo, ao filho ter acesso a algumas informações, excluída a identidade do doador¹³². Leila Donizetti afirma que essas restrições retiram do indivíduo a inteireza que lhe é devida, concedendo-lhe apenas uma meia-verdade, uma quase história¹³³.

Sob esse aspecto, não há como deixar de reiterar que a criança gerada não é uma coisa, um objeto, mas um ser humano que tem inerente a sua dignidade como pessoa e sua identidade particular e irrepetível. Portanto, a imposição do anonimato como regra não pode ser aceita, pois vai de encontro a dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade do indivíduo gerado. Sendo um novo indivíduo, com suas peculiaridades, pode desejar conhecer sua origem biológica, ainda que por razões psicológicas.

O ser humano deve sempre ser considerado como sujeito de direitos e o legislador deve ser cauteloso, de forma a não converter o ser humano e seus componentes biológicos em objeto de direito e/ou transação comercial, resultando na coisificação da pessoa humana. Melhor dizendo, o legislador não deve esquecer que os

¹³¹ Nesse sentido: *Nenhuma cláusula contratual assinada em clínicas e laboratórios de reprodução humana assistida poderá retirar o direito fundamental do concedido de conhecer a sua identidade biológica, por isso não poderá prevalecer a tese do sigilo absoluto quanto ao doador de gametas humanos; esse sigilo não obriga o concebido. A informação sobre sua origem genética é devida e o Direito deve tutelar eventual conflito interpessoal com base na dignidade humana.* In **FEIJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p. 129.

¹³² *Uma posición intermedia es aquella que propicia el anonimato y, al mismo tiempo, permite que el niño, al llegar a la edad apropiada, pueda tener acceso a la información sobre la forma de la concepción y las características del donante. Se indica que la única forma de compaginar el derecho del donante al anonimato con el derecho de toda persona a conocer su origen genético, estaría en encontrar una fórmula que permita la investigación sobre el origen genético que excluya la identidad del donante.* **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op. cit, p. 94.

¹³³ **DONIZETTI**, Leila, *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*, Op. cit, p. 123.

direitos fundamentais têm por base o ser humano, devendo ser considerado não só como titular de direitos, mas também como um fim em si mesmo¹³⁴.

Outro argumento apresentado a favor do anonimato ou mesmo de uma possível limitação do direito ao conhecimento das origens genéticas é a possibilidade de restrições do legislador, em razão do princípio da proporcionalidade face à proteção do sossego familiar e o casamento. Contudo, verifica-se que o argumento também não pode ser considerado válido se não há uma expectativa de sigilo, ou seja, não existe por parte do doador uma expectativa de que o indivíduo gerado não deseje conhecer sua ascendência biológica. Na inseminação artificial heteróloga, o doador tem conhecimento de que seu ato é determinante para gerar uma vida e que suas características genéticas serão transmitidas ao novo indivíduo, o que perdurará por toda a vida. O doador não tem a convicção absoluta de que o indivíduo gerado não desejará conhecer sua ascendência genética, melhor dizendo, não se pode esperar com cem por cento de certeza que o indivíduo concebido por técnicas de reprodução medicamente assistida não venha a querer conhecer sua origem biológica. Então, ante essa perspectiva, não há que se falar em quebra do sossego familiar.

Adriana Feijó lembra que:

na inseminação artificial heteróloga é forçoso reconhecermos que o doador não tenciona, a priori, a constituição de laços familiares com o concebido. Mas também é forçoso reconhecermos que aquele, o doador, tem plena convicção de que o material genético doado poderá ser determinante para a concepção de uma vida humana com a qual manterá um vínculo genético¹³⁵.

Ademais, negar ao indivíduo o conhecimento de sua origem genética é o mesmo que negar-lhe a identidade e a sensação de pertencimento, uma das bases de existência. O tratamento dado a esse indivíduo seria diferente do tratamento conferido aos demais indivíduos, ferindo também o ideal de igualdade.

Existindo uma legislação que vede o anonimato, mais ainda se poderá afirmar que inexistente a expectativa de sigilo, pois a própria legislação imporia de forma diversa.

¹³⁴ **ESPINO**, Maria Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, Op.cit., p. 22-23.

¹³⁵ **FELJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p. 129.

Ou seja, o prévio conhecimento e aceitação dos termos em que a técnica seria realizada, incluída a possibilidade de que o indivíduo gerado venha a conhecer seus ascendentes genéticos, estabelece uma espécie de contrato prévio entre as partes, evitando assim, conflitos futuros.

3.3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HIPÓTESE DE CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DO CONCEBIDO E OS DO DOADOR.

Uma das características dos direitos fundamentais é o seu aspecto de não ser absoluto e ilimitado, conforme explicitamos em item antecedente. Contudo, considerando que podem ocorrer colisões ou relativas contradições entre tais direitos, faz-se necessária a utilização do princípio da proporcionalidade para que haja uma ponderação entre os mesmos perante o caso concreto. Assim, entendemos pertinente abordar o princípio da proporcionalidade no presente momento da discussão, buscando, através deste, ponderar o direito ao conhecimento às origens genéticas com outros direitos conflitantes.

3.3.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.3.1.1. ORIGEM DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A origem do princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição de excesso, remonta aos séculos XI e XVII, com as teorias jusnaturalistas da Inglaterra que defendiam ter o homem direitos inerentes à sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado. Defendiam que, por esta razão, o soberano tinha o dever de respeitar esses direitos. Contudo, é durante a transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito que, pela primeira vez, emprega-se o princípio da proporcionalidade com a intenção de limitar a atuação do monarca¹³⁶.

Nesse primeiro momento, o jusnaturalismo buscou garantir os direitos individuais da classe burguesa, a fim de consagrar meios capazes de garantir a não

¹³⁶ **BARROS**, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1ª edição, Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 1996, p. 34-35.

intervenção do Estado nas esferas em que sua omissão era essencial ao exercício de direitos individuais dessa classe. Assim, a classe burguesa buscava mecanismos para controlar o Poder Executivo no exercício da suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder.

De fato, o nascimento do princípio deveu-se às revoluções burguesas do século XVIII, amparadas na doutrina iluminista, especialmente no que refere à crença na intangibilidade do homem e na necessidade de respeito à sua dignidade.

Como regra de razoabilidade, o princípio da proporcionalidade desde cedo influenciou decisões dos países de *Common Law*, pois por meio dela, o juiz tenta avaliar a situação de fato segundo ideia de razoável e segundo a norma precedente¹³⁷.

Sendo assim, a origem e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade estão ligados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, ocorrida a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa.

O instituto francês do *récurso pour excès de pouvoir* abriu espaço para interpor recurso junto ao Conselho de Estado a fim de reformar qualquer ato administrativo, por violação ao princípio da legalidade ou por abuso de poder, o que permite controlar os atos do Poder Executivo e indagar a proporção entre os fins almejados e os meios utilizados¹³⁸.

Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade foi delineado no campo dos direitos fundamentais. A jurisprudência no período pós-guerra inclinou-se no sentido de não ter o legislador poder ilimitado para a formulação de leis tendentes que restrinjam direitos fundamentais. Neste país, a jurisprudência foi elaborada no sentido de reconhecer a necessidade, adequação e proporcionalidade de medida restritiva¹³⁹.

Segundo Wilson Steinmetz, *rapidamente, essa nova leitura do princípio da proporcionalidade cruzará a fronteira tedesca, sendo incorporada pela jurisprudência constitucional de inúmeros países e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*¹⁴⁰. Assim, sob a influência do direito alemão, outros países europeus, começaram a acolher, em sede constitucional, o princípio da proporcionalidade. Atualmente, o princípio constitucional da proporcionalidade é um princípio consagrado no âmbito dos

¹³⁷ **CANOTILHO**, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 267.

¹³⁸ **BARROS**, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Op.cit., p. 40-41.

¹³⁹ **BONAVIDES**, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 404.

¹⁴⁰ **STEINMETZ**, Wilson Antônio, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 1ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146.

ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos de Direito¹⁴¹.

No Brasil, por exemplo, o princípio da proporcionalidade foi influenciado pela doutrina portuguesa que, por sua vez, apreendeu seu conteúdo de fontes europeias, especialmente a alemã. O artigo 18º da Constituição Portuguesa de 1976 estabelece o critério da necessidade como parâmetro inafastável na formulação e aplicação de leis que restrinjam direitos e garantias constitucionais.

3.3.1.2. BREVE COMENTÁRIO SOBRE O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

O princípio da proporcionalidade está amparado na ideia de adequação entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo. Baseia-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, idoneidade ou conformidade traz a ideia de exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios utilizados para sua consecução, ou seja, a norma poderá ser afastada quando incapaz de produzir o resultado a que se propõe¹⁴². Em outras palavras, a medida adotada deve ser apta para atingir os fins pretendidos.

A necessidade ou exigibilidade está ligada ao fato de ser a restrição do direito indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro de igual ou superior importância¹⁴³. Assim, deve ser adotada a medida menos gravosa possível para alcançar o objetivo.

A proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à valoração, pois para garantir um direito pode ser preciso restringir outro, o que é juridicamente possível, desde que se conclua que o direito protegido por uma norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido¹⁴⁴. Assim, o princípio da proporcionalidade

¹⁴¹ CAMPOS, Helena Nunes, “Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais” in *Cadernos de Pós-graduação em direito político e econômico*. Ano 1. V. 4. São Paulo: Mackenzie. 2004, pp. 23-32.

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op.cit., p. 269.

¹⁴³ Idem, p. 270.

¹⁴⁴ Exemplo de aplicação do princípio da proporcionalidade é o citado por Pilar Jiménez, fazendo referência a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol nos Autos 103/1990 (f.j.45) e 221/1990 (f.j.3): *En los procesos civiles de filiación, la jurisprudencia que admite como medio de prueba esta pericia es abundante, y el criterio que se sigue es el que dictó el Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de enero de 1994, según la cual no se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante*

permite equilibrar o fim almejado e o meio empregado ¹⁴⁵. A proporcionalidade em sentido estrito corresponde ao próprio critério de ponderação, constituindo uma técnica jurídica para solução de conflitos normativos em que as formas tradicionais de hermenêutica não se revelam suficientes para alcançar. O intérprete buscará harmonizar os direitos em rota de colisão, levando em consideração a coerência do ordenamento jurídico em relação as normas em colisão ¹⁴⁶.

Dessa forma, através da análise da adequação da medida a ser adotada, de uma reduzida interferência sobre os direitos envolvidos e de uma limitação ao estritamente necessário para atingir a finalidade que a justifica, torna-se o princípio da proporcionalidade instrumento útil na ponderação da medida a ser utilizada no caso de conflito de direitos. Ou seja, se há um conflito aparente de normas, o princípio da proporcionalidade poderá fornecer uma solução coerente ¹⁴⁷, pesando-se a incidência de cada um e preservando-se, ao máximo, os direitos e garantias individuais ¹⁴⁸.

Assim, o direito de conhecer as origens genéticas reflete em outros direitos da pessoa humana como a prevenção, tratamento de doenças e impedimentos matrimoniais e fixação da identidade. Desta forma, esse direito não deve ser preterido ou limitado em face dos direitos à intimidade e direito à vida privada do doador. Conforme se registrou em item antecedente, esse direito fundamental não é absoluto, podendo sofrer restrição diante de outro direito fundamental, fazendo uma ponderação de interesses diante do caso.

3.3.2. A PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HIPÓTESE DE CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DO CONCEBIDO E OS DO DOADOR.

Os princípios são espécies do gênero norma, considerados diretrizes a serem seguidas na interpretação do ordenamento jurídico. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello princípio:

pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. In: JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 87.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op.cit., p. 270.

¹⁴⁶ FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p. 149, 152-153.

¹⁴⁷ Sarmiento apresenta solução no sentido de que a colisão de princípios deve ser solucionada observando-se o princípio da proporcionalidade, adotando-se a solução que mais se aproxima dos valores humanos. In SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição*, Op.cit., p. 74.

¹⁴⁸ CAMPOS, Helena Nunes, *Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais*, Op.cit., p. 23-32.

*é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico*¹⁴⁹.

Os princípios são *indicadores de opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis*¹⁵⁰. São mais genéricos que as regras, o que auxilia na interpretação de normas e resolução de conflitos.

Na existência de princípios opostos, estes devem ser objeto de ponderação, não sendo concebível dentro de um ordenamento jurídico à interpretação que possa levar à existência de regras contraditórias ou mesmo a validade absoluta de uma das normas. Nesse sentido o ensinamento de J.J.Gomes Canotilho:

*A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta de que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do tudo ou nada, antes podem ser objeto de ponderação ou concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso*¹⁵¹.

Assim, em caso de conflito entre princípios, estes devem ser objeto de ponderação, de forma a harmonizá-los e encontrar uma concordância prática, razão pela qual não se pode falar em princípios contraditórios.

¹⁴⁹ MELO, Celso Antonio Bandeira, *Curso de direito administrativo*. 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.545-546

¹⁵⁰ PINHO, Judicael Sudário de, *Apostila de Direito Constitucional*, Fortaleza: UNIFOR, 2002.

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op.cit., p. 1182.

No caso de conflito entre direitos fundamentais, de forma semelhante aos princípios, aplica-se a mesma sistemática de resolução de conflitos, visto que os direitos fundamentais são direitos que têm por objetivo manter a vida humana dentro dos parâmetros da liberdade e da dignidade, além de servirem de alicerce ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, razão pela qual não podem ser excluídos em caso de conflito¹⁵².

Registre-se que os direitos fundamentais, tal como os princípios, são normas genéricas. Por esta razão, em caso de colisão, não há contrariedade, pois um direito fundamental não pode ser contrário a outro direito fundamental, havendo apenas oposição no caso concreto¹⁵³. Nesse sentido, Edílson Farias: *Os princípios são utilizados para a tarefa importante de solucionar o conflito ou colisão de normas tão frequentes nos ordenamentos jurídicos, devido à expansão dos direitos fundamentais e a outros valores constitucionais relevantes, ambos possuidores do caráter de princípios*¹⁵⁴.

Assim, no caso de colisão de direitos fundamentais podem ser utilizados os seguintes princípios para verificar-se qual direito deve prevalecer: o princípio da unicidade da Constituição ou da concordância prática, o princípio da proporcionalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵⁵.

Com a utilização do princípio da unicidade da Constituição pode-se identificar qual dos direitos deve ser mantido, de forma a harmonizar o texto constitucional.

O princípio da dignidade humana será tratado no próximo capítulo.

O princípio da proporcionalidade se aplica para definir qual dos princípios prevalecerá tendo em vista os fins buscados, isto é, afasta-se um direito para resguardar outro que protege, naquela situação, um bem superior. Portanto, ao garantir-se um direito, pode ser necessária a limitação de outro que, no caso concreto, considera-se ter um valor superior.

Como esclarecido, o princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deva ser proporcional, não-excessivo, ou seja, deve

¹⁵² **CÂNDIDO**, Nathalie Carvalho, *Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética*. Op. cit.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ **FARIAS**, Edílson Pereira de, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, 1ª edição, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996, p. 41.

¹⁵⁵ **BESSA**, Leandro Sousa, *Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução*. [Consult. 03.07.2009]. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=636>.

haver uma relação adequada entre eles. Assim, o princípio da proporcionalidade é utilizado quando há colisão de direitos fundamentais, pois como esclarecido, os direitos fundamentais não são ilimitados ou absolutos e encontram seus limites em outros direitos, também fundamentais. Contudo, para que possam ter aplicabilidade, devem ser balanceados quando estiverem em ‘conflito’, pesando a incidência que cada um deve ter no caso concreto, preservando-se ao máximo o conteúdo de cada um.

A ponderação de interesses torna-se necessária quando de fato estiver caracterizada a colisão de direitos em um caso concreto. Mas isto não faz com que um direito seja considerado mais importante ou mais fundamental que outro. Diante de uma situação específica e bem determinada, um direito será preterido em relação ao outro, pela sua importância naquele caso em questão. Assim, tem-se que é através do princípio da proporcionalidade que se permite fazer o balanceamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos, quando se encontrem em choque, trazendo à tona a solução que respeite, quanto possível, todos os direitos envolvidos. Portanto, quando se tem direitos fundamentais em conflito perante um caso concreto, é necessário que eles sofram uma ponderação em razão do bem ou do valor que se pretende tutelar naquele caso específico. É necessária a constante busca da harmonia entre os direitos, para que, conforme já fora dito, eles não se tornem sem efetivação e aplicabilidade.

Diante da colisão de direitos fundamentais, o que não pode ocorrer, segundo Adriana Feijó é a *eliminação completa da dignidade humana de qualquer deles, fato inconcebível e desnecessário nos dias atuais*¹⁵⁶. Assim, de acordo como o princípio da proporcionalidade, sempre que houver colisão de direitos será necessária a utilização de tal princípio, como princípio de justa-medida. Poderá em certos casos um ter maior peso que outro, traduzindo-se o princípio da proporcionalidade na busca do equilíbrio e harmonia, da ponderação de direitos e interesses à luz do caso concreto como melhor forma de efetivação destes mesmos direitos¹⁵⁷.

Pode-se perceber que todos os argumentos favoráveis à tese do anonimato chocam frontalmente com os direitos fundamentais do indivíduo nascido através destas técnicas. O direito a conhecer a origem genética está muito relacionado com a dignidade da pessoa humana, com o livre desenvolvimento da personalidade, o direito à saúde,

¹⁵⁶ FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit., p. 130.

¹⁵⁷ CAMPOS, Helena Nunes, *Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais*, Op.cit., p. 23-32.

entre outros. O indivíduo nascido traz consigo a herança genética do doador de gametas que se refletirá nas suas características físicas e psíquicas. O conflito de interesses gerado dessa relação deve ser resolvido a favor daqueles considerados mais valiosos diante do caso concreto.

O direito à intimidade do doador ou mesmo o direito dos pais a não sofrerem interferências de um terceiro na sua relação com o filho não sustentam o anonimato do doador, pois diante desta colisão de interesses, deve prevalecer o direito do filho¹⁵⁸, tanto pela sua condição de hipossuficiência, como pelo fato de que o direito ao desenvolvimento da personalidade do filho deve ser considerado como hierarquicamente superior na escala dos direitos fundamentais¹⁵⁹.

Registre-se também que a ponderação de interesses é necessária também em razão da natureza aberta dos direitos fundamentais e dos avanços sociais que modificam a situação fática com o passar do tempo.

¹⁵⁸ Em sentido contrário, Guilherme de Oliveira para quem *o fornecedor de esperma age na expectativa legítima de jamais ser reconhecido socialmente como o pater, ou mesmo como o simples genitor de um certo indivíduo que acabou por nascer graças à sua participação.* **OLIVEIRA**, Guilherme de, *Critério jurídico da paternidade*, op.cit, p. 500.

¹⁵⁹ **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op. cit, p. 102.

CAPÍTULO 4 - FUNDAMENTOS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA.

4.1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

4.1.1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDAMENTAL

*todo hombre, por la sola circunstancia de serlo, tiene un valor infinito*¹⁶⁰.

A palavra dignidade deriva do latim *dignitas*, isto é, tudo que merece respeito, consideração, honra¹⁶¹. José Panea afirma que a dignidade não é um fato de caráter empírico, como uma mesa que nos serve de apoio; nem um teorema que podemos demonstrar matematicamente; nem ideal, como os números. Sua realidade é prática, ou seja, pertence à ordem axiológica; não pertence à ordem das coisas, existentes ou futuras, mas à ordem das valorações. É uma qualidade que outorgamos, que queremos outorgar e que realiza o homem¹⁶².

A doutrina kantiana é o referente filosófico em que se concebe a ideia de dignidade da pessoa humana baseado na razão e na autonomia da vontade, características que distinguiriam o ser humano dos demais seres vivos¹⁶³. Segundo Kant, a dignidade da pessoa humana é apresentada como *princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si, e jamais meramente como um meio*

¹⁶⁰ VARELA, Alberto Rodríguez, *Aproximación a la persona antes de nacer*, 1ª edição, Buenos Aires: Educa: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2006, p. 33-34.

¹⁶¹ SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, 2ª edição, V. II, Rio de Janeiro: Forense Editora, 1990, p. 72.

¹⁶² PANEA, José Manuel, *La imprescindible dignidad*, in CUESTA, Antonio Ruiz de la, et al, *Bioética y Derechos Humanos*, 1ª edição, Sevilla: Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla-Santander Central Hispano, 2005, p. 21.

¹⁶³ *La dignidad es, en este sentido, un referente crítico, una suerte de Canon, de medida, con el que cabe enjuiciar los hechos, que pueden estar o no en concordancia con ese ideal o referente crítico que la dignidad incorpora. Por ello resulta tan importante que no percatemos del contenido, o si lo queremos decir de un modo más clásico, del eidos, de la esencia de la dignidad, de aquello que la hace peculiar frente a otras dimensiones de lo humano. En este sentido, conviene subrayar de nuevo que es la dignidad un realce, un elevarnos, un hacernos valer, un valor, algo que nos otorga valía y, por tanto, algo que nos hace, en consecuencia con ello, merecedores de un trato debido, adecuado y no de cualquier otro. La dignidad nos coloca, de este modo, en la posición de acreedores, si hablamos de nuestra dignidad, y de deudores, si hablamos de la dignidad del otro.* Idem, p. 20.

*que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo*¹⁶⁴.

Edilson Farias define a dignidade da pessoa humana como sendo *as exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades*¹⁶⁵.

Consiste hoje em uma das grandes conquistas da humanidade, se não a maior delas¹⁶⁶, o reconhecimento de que os direitos humanos são o alicerce para uma sociedade manter-se¹⁶⁷. Por esta razão, os direitos humanos são caracterizados como universais, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, indivisíveis e interdependentes. Qualquer discussão jurídica que se proponha acerca do assunto, não pode afastar-se desse critério¹⁶⁸, sob pena de torna-se inócua e incoerente¹⁶⁹.

Segundo Adriana Feijó:

a dignidade da pessoa humana consiste no valor e no princípio fundamental da ordem jurídica contemporânea, enquanto construção

¹⁶⁴ **KANT**, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Tradução Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 29.

¹⁶⁵ **FARIAS**, Edilson Pereira de, *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Op.cit., p.47

¹⁶⁶ Sarlet define a dignidade da pessoa humana como sendo a *qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão como os demais seres humanos*. **SARLET**, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Op.cit., p. 62.

¹⁶⁷ *A consciência dos direitos humanos é uma conquista fundamental de toda humanidade e os Direitos Humanos se transformaram na principal referência ética para todos os habitantes da Terra, sem considerar esta ou aquela religião a qua a pessoa pertença, nem a cultura, nem a raça ou a língua à qual se está ligado*. **BENTO**, Luís Antonio, *Bioética: desafios éticos no debate contemporâneo*, Op. cit, p. 214.

¹⁶⁸ Adriana Feijó entende que *a dignidade da pessoa humana não pode ser tomada por um direito fundamental, mas como valor e princípio fundamental, conforme enfatizamos, cujo conteúdo se refere a uma construção filosófico-teológica e não um conteúdo jurídico propriamente*. *A dignidade da pessoa humana deve ser considerada como uma norma de maior relevância dentro do sistema jurídico, cuja observância deve prevalecer quando em conflito com outro princípio ou norma, influenciando, em regra, os direitos fundamentais, podendo ser considerada em alguns casos como cerne de tais direitos*. **FEIJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p. 116-117.

¹⁶⁹ *Se, todo ser humano merece respeito em virtude de sua qualidade intrínseca de pertencer á comunidade humana, essa qualidade lhe é irrenunciável e inalienável, constituindo um elemento que qualifica o ser humano como tal e, por esses motivos, dever ser protegida, promovida e fortalecida pelo Direito*. **BRAUNER**, Maria Claudia Crespo, *Direito, sexualidade e reprodução humana: Conquistas médicas e o debate bioético*, Op. cit, p. 169.

*filosófica que expressa o valor intrínseco de todo indivíduo. (...) mantém estreita conexão com os direitos fundamentais, inclusive nos sistemas jurídicos em que aquela não está expressamente prevista nos textos de direito positivo, por se tratar de um dos postulados do Direito na contemporaneidade, devendo ser assegurada a toda pessoa desde a sua concepção, como valor irrenunciável, indisponível e inalienável*¹⁷⁰.

Historicamente, a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, são os principais instrumentos normativos sustentadores da proteção universal dos direitos humanos¹⁷¹.

Toda construção jurídica das Nações Unidas tem por base a dignidade do ser humano, o princípio da não discriminação e a liberdade do indivíduo. Em razão disso, os procedimentos médicos devem ser feitos de forma a preservar a liberdade e a dignidade humana.

Além disso, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, diversos outros instrumentos normativos, tratados e convenções internacionais foram elaborados visando à promoção e proteção dos direitos humanos, destacando-se ainda a previsão feita nos textos constitucionais dos Estados Nacionais¹⁷². Cabe lembrarmos da Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética Genética (1996), a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do ser humano em face das aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo, 1997) e a Declaração Universal sobre Genoma Humanos (1997).

¹⁷⁰ **FEIJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p. 109-112.

¹⁷¹ O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estatui: *Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.* Cabe registrar que, nesse artigo, verifica-se que a declaração foi influenciada pela concepção naturalista, na qual prevalece a ideia da dignidade como qualidade inerente ao ser humano, detentor de direitos, ou seja, a ideia de dignidade independente de circunstância. Consta ainda da declaração: *Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultam em atos bárbaros que ultrajam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade, de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do termo de necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.*

¹⁷² **BORGES**, Alci, *Sistema de proteção dos direitos humanos*, in **BORGES**, Alci, et al, *Iniciação ao estudo dos direitos humanos*, 1ª edição, Teresina, Instituto Camilo Filho-2008, p. 103.

A Declaração Ibero-latino-americana sobre ética e genética, elaborada em Manzanillo em 1996 e revisada em Buenos Aires em 1998, registra a importância da Declaração Universal da Unesco sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997, do Convênio do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina. O referido documento destaca também a necessidade em garantir-se o respeito à dignidade, à identidade e à integridade humanas e aos direitos humanos previstos em diversos documentos jurídicos internacionais¹⁷³.

A dignidade da pessoa humana é o primeiro fundamento de um sistema constitucional posto e um dos pilares direitos individuais. Assim, as expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais" são largamente utilizados juntamente com outras semelhantes, como direitos naturais, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, compreendendo-se, ainda, os direitos da personalidade¹⁷⁴.

De acordo com Regina Muniz,

*os direitos fundamentais são os direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, enquanto direitos humanos têm relação com o direito internacional, pois se referem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com uma determinada ordem constitucional, sendo válidos para todos os homens em todos os tempos e lugares, revelando um caráter supranacional*¹⁷⁵.

Segundo Alexandre de Moraes, a expressão direitos humanos designa o *conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana*¹⁷⁶.

Edílson Farias prefere conceituar a expressão direitos humanos como aqueles

¹⁷³ **BRAUNER**, Maria Claudia Crespo, *Direito, sexualidade e reprodução humana: Conquistas médicas e o debate bioético*, Op. cit, p. 171.

¹⁷⁴ **MUNIZ**, Regina Maria Fonseca, *O direito à educação*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 45.

¹⁷⁵ **MUNIZ**, Regina Maria Fonseca, *O direito à educação*, Ibid, Ibidem.

¹⁷⁶ **MORAES**, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, 4ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 39.

*constituídos pelas posições subjetivas e pelas instituições jurídicas que, em cada momento histórico, procuram garantir os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da fraternidade ou da solidariedade*¹⁷⁷.

José Afonso da Silva define a dignidade da pessoa humana como um atributo intrínseco, parte da essência do ser humano, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente, confundindo-se com a própria natureza do ser humano¹⁷⁸.

Emanuel Kant já tratava da dignidade humana defendendo que o ser humano não tem preço, tem valor absoluto, não podendo ser considerado como simples instrumento, pois tem dignidade¹⁷⁹. De fato, a dignidade da pessoa humana, na sua delimitação mais precisa, consiste em que o homem não seja tratado como coisa, nem seja reduzido a condição de instrumento, de objeto. Assim, poderá desenvolver-se de forma integral e socialmente. Nesse contexto, respeitar a dignidade não significa apenas não utilizar os seres humanos como meios, nem significa unicamente não prejudicá-los, mas significa especialmente ajudá-los positivamente para que possam levar adiante seus projetos de vida¹⁸⁰.

Em que pese a importância de conceituar a expressão, o fato é que a dignidade da pessoa humana constitui o principal fundamento e núcleo essencial dos direitos humanos, tornando-se também o princípio que deve nortear todo ordenamento jurídico¹⁸¹. Na verdade, os direitos humanos são também fruto da elaboração coletiva da sociedade em um processo de aprendizado que continua a operar-se¹⁸².

Portanto, podemos olhar a dignidade da pessoa humana como um princípio, isto é, com força interpretativa e norteadora, podendo embasar o surgimento de novos

¹⁷⁷ **FARIAS**, Edílson, *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

¹⁷⁸ **SILVA**, José Afonso da, *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, RT, v.212. abr/juh.1998, p. 89.

¹⁷⁹ **KANT**, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Tradução Leopoldo Holzbach, Op.cit., p. 58-59.

¹⁸⁰ Segundo Kant no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, sendo, portanto, perfeitamente substituível, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e por isso não permite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. Sendo assim, concebese como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de tudo o preço, com o qual não pode se pôr em confronto nem em cálculo comparativo sem de um modo ou de outro ferir a sua santidade. Idem, p. 65-66.

¹⁸¹ **EDILSON**, Farias, *Introdução*, in **BORGES**, Alci, et al, *Iniciação ao estudo dos direitos humanos*, 1ª edição, Teresina: Instituto Camilo Filho, 2008, p.17.

¹⁸² **RODRIGUES**, Chagas, *Evolução histórica dos direitos humanos*, in **BORGES**, Alci, et al, *Iniciação ao estudo dos direitos humanos*, 1ª edição, Teresina: Instituto Camilo Filho, 2008, p.64.

direitos¹⁸³ não explicitados no ordenamento jurídico¹⁸⁴. Por outro lado, como valor fundamental e como parte do ser humano, qualidade intrínseca, apenas reconhecido, não poderá ser retirada, excluído do ordenamento jurídico, mas somente violado¹⁸⁵.

Assim considerado, como valor e princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana pode ser tratada como base para tutela do direito ao conhecimento das origens genéticas e como critério de interpretação das normas, pois os genitores, o Estado e toda a sociedade têm um dever de solidariedade para com o concebido.

Nesse sentido, Jussara Meirelles afirma que *a interpretação de todas essas questões científicas deve ser levada a efeito a partir de uma perspectiva integral do ser humano e é tarefa a realizar a partir da dignidade da pessoa humana, entendida como elemento fundante do Estado Democrático de Direito*¹⁸⁶.

No Brasil, uns dos suportes dos direitos de personalidade é o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III da CF¹⁸⁷. Na Constituição Brasileira esse princípio representa uma verdadeira cláusula geral, aberta e sem conteúdo, o que faz com que não se esgote em listas prévias constantes em leis específicas. Desse modo, como o direito ao conhecimento das origens genéticas não está previsto em nenhum ato normativo, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento para erigi-lo a alçada de um dos direitos de personalidade da pessoa humana.

¹⁸³ Nesse sentido: (...) *a dignidade humana recebe a influência dos padrões e convenções sociais, que variam de acordo com a época e o local, consistindo no resultado das lutas das gerações passadas, ligada a uma dimensão prestacional que impõe um dever de respeito e proteção aos direitos fundamentais, quer por parte do Estado, quer dos particulares, ao menos aqueles direitos ligados à dignidade.* **FEIJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p. 119.

¹⁸⁴ Nesse sentido: *A dignidade humana e inviolabilidade da vida humana surgem como critério de resolução de quaisquer conflitos entre valores e princípios jurídicos.* **OTERO**, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, 1ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 44.

¹⁸⁵ Nesse sentido Sarlet: *Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. (...) Assim, vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que esta a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.* **SARLET**, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Op.cit., p. 41-42.

¹⁸⁶ **MEIRELES**, Jussara Maria Leal de, *Com a cabeça nas nuvens, mas os pés no chão: discurso inicial sobre o biodireito e alguns dos instigantes questionamentos que constituem o seu objeto*, in **MEIRELES**, Jussara Maria Leal de, et al, *Biodireito em discussão*, 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 16.

¹⁸⁷ Artigo 1º da Constituição Brasileira: *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; (...).*

A Constituição Portuguesa estabelece em seu artigo 16º que trata do âmbito e sentido dos direitos fundamentais que: *1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.* Portanto, estabeleceu-se também na Constituição Portuguesa uma cláusula aberta, aceitando no ordenamento jurídico português, outros princípios não expressos na Constituição. O item 2 do mesmo artigo estabelece que: *os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.* Esse último item traz à tona o princípio da dignidade da pessoa humana e todos os direitos fundamentais a ele relacionados, razão pela qual pode ser interpretado como cláusula aberta que pode justificar o direito ao conhecimento das origens genéticas. Verifica-se também que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se não só como critério de interpretação, mas também de integração da ordem jurídica.

Portanto, o legislador não pode prever todas as situações e ainda que pudesse, a dignidade da pessoa humana deve ser levada em consideração na interpretação das normas¹⁸⁸. Em todas as considerações jurídicas que se façam acerca das questões surgidas deve ser levada em conta a dignidade da pessoa humana, olhando o ser humano como um fim e não como um meio.

¹⁸⁸ Sobre a impossibilidade de utilização de interpretações exclusivamente positivistas: “*Esto plantea, igualmente, la dificultad que surge de entender que el Derecho puede resolver las cuestiones desde una posición exclusivamente positiva; es decir, desde la consideración de que la ley dada por el legislador es el único referente jurídico, y puede hacer cualquier cosa que determine la voluntad de dicho legislador, eso sí, manteniendo ciertas características formales. Los nuevos campos como el de la Bioética prueban como desde esta perspectiva reduccionista es imposible reaccionar con acierto cuando no se tiene el bagaje, que no es de origen positivista, que se encuentra dado en la legislación y en el resto de las ramas del Derecho*”. RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano, *Bioética, Genética y derecho*, in VALLE, Carlos José Pérez Del, et al, *Genética y Derecho: Cuadernos de Derecho Judicial VI-2004*, Madrid: Consejo General Del Poder Judicial- Centro de documentación Judicial, 2004, p. 43.

4.1.2. O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A cada indagação efetuada, a cada investigação instigante, é o dado axiológico representado pelo ser humano que sustenta o viés que deve nortear as respostas. Essa noção clara, esse reconhecimento sobre a dignidade do ser humano foi o que sempre me fez manter ‘os pés no chão’¹⁸⁹.

Como registrado no item antecedente, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se também como parâmetro na solução de conflitos de direitos fundamentais na medida em que dá sentido ao leque de direitos fundamentais. Na lição de Edílson Farias: *O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais*¹⁹⁰.

A colisão de direitos fundamentais que ocorre quando a área de atuação de um entra em choque com a área de atuação do outro pode ser solucionada quando, analisando-se o caso concreto, vislumbra-se qual direito melhor protege a dignidade da pessoa. Na verdade, estes direitos não são excluídos, em razão de sua semelhança com os princípios. O que ocorre é uma ponderação de interesses quando há um conflito. Utilizando as palavras de Ingo Sarlet:

(...) no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua

¹⁸⁹ MEIRELES, Jussara Maria Leal de, *Com a cabeça nas nuvens, mas os pés no chão: discurso inicial sobre o biodireito e alguns dos instigantes questionamentos que constituem o seu objeto*, Op.cit., p 15.

¹⁹⁰ FARIAS, Edílson, *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, Op.cit., p. 54.

*humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser*¹⁹¹.

No caso das técnicas de reprodução assistida heteróloga, para definir se o interesse que deve prevalecer é o do ser gerado em conhecer sua ascendência genética ou do doador ao anonimato, é preciso verificar em cada situação de conflito, o quanto de dignidade da pessoa humana o direito fundamental pretende proteger¹⁹². Segundo José Roberto Moreira Filho:

*Ao legar ao filho o seu direito de conhecer a sua verdadeira identidade genética, estamos retirando-lhe o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole e do comportamento social(...)*¹⁹³.

Assim, considera-se que o direito do indivíduo nascido através de técnicas de reprodução assistida conhecer suas origens prevalece sobre o direito à intimidade, pois a *diminuição da proteção à intimidade no caso concreto pode gerar apenas poucos embaraços, o desconhecimento da ascendência genética pode interferir na vida do indivíduo causando-lhe sequelas morais para o resto de sua existência*¹⁹⁴. Isso não significa que o direito à intimidade deverá ser totalmente desconsiderado. A intimidade do doador será mantida, pois a revelação ocorrerá apenas a pedido da pessoa interessada.

No caso em que o indivíduo deseja conhecer o ascendente para preservação de sua vida, considera-se incontestável a superioridade em termos de importância do direito ao conhecimento da origem genética em detrimento do direito à intimidade. O resguardo da intimidade de alguém não pode ter um valor maior que a vida ou a integridade física de outra, pois o direito à vida é o bem mais valioso do indivíduo, pois

¹⁹¹ **SARLET**, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1ª edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 374.

¹⁹² **CÂNDIDO**, Nathalie Carvalho, *Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética*. Op. cit.

¹⁹³ **MOREIRA FILHO**, José Roberto, "Direito à identidade genética" in Jus Navigandi, Ano 6. V.55. Teresina: Jus Navigandi. Março de 2002. [Consult. 20.10.2010]. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>.

¹⁹⁴ **CÂNDIDO**, Nathalie Carvalho, *Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética*. Op. cit.

sem ele, os outros direitos não poderão ser exercidos.

No que se refere à possibilidade de o indivíduo desejar conhecer sua origem genética para saber sobre possível impedimento matrimonial, registre-se que, sendo anônima a identidade dos pais biológicos, existe, de fato, a possibilidade de ocorrência de relações incestuosas, isto é, o estabelecimento de relações entre irmãos ou mesmo o doador(a) vir a relacionar-se com a própria filha(o). Nesse caso, mais uma vez o direito à intimidade deve ser relegado ao segundo plano, pois o anonimato seria uma agressão à dignidade da pessoa¹⁹⁵.

Ainda usando como parâmetro a dignidade da pessoa humana, o direito a conhecer sua origem não implica em modificação da filiação jurídica e não poderá nunca ser renunciado¹⁹⁶. Utilizando as palavras de José Roberto Moreira Filho:

*O direito ao reconhecimento da origem genética não importa, igualmente, em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva e apenas assegura a certeza da origem genética, a qual poderá ter preponderância ímpar para a pessoa que a busca e não poderá nunca ser renunciada por quem não seja o seu titular*¹⁹⁷.

Portanto, utilizando como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao conhecimento da ascendência genética prevalece sobre o direito à intimidade do doador, nos casos de reprodução assistida heteróloga, permitindo o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e manutenção da vida¹⁹⁸.

Contudo, a título de registro, o respeito ao princípio da dignidade humana impõe ainda que o conhecimento da ascendência genética seja um direito e não um dever. Assim entendido, como uma faculdade, poderá seu titular permanecer, se assim desejar,

¹⁹⁵ *Los sectores contrarios al anonimato del donante consideran que el derecho a conocer su origen biológico, por parte del nacido por estas técnicas y la investigación de la paternidad/maternidad genética constituyen un derecho inalienable e innegable a quien tenga aquel origen. Constituye un derecho por el mero hecho de haber nacido y es uno de los derechos fundamentales de la persona (...).* VARGAS, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op. cit, p. 96.

¹⁹⁶ O direito é irrenunciável, havendo apenas a possibilidade de não exercício desse direito pelo titular.

¹⁹⁷ MOREIRA FILHO, José Roberto, *Direito à identidade genética*, Op.cit. .

¹⁹⁸ Oportuno registrar o comentário de Daniel Sarmento: *Pretensões cuja concretização se afigure essencial à vida humana afirmam-se como direitos fundamentais, ainda que não encontrem previsão explícita no texto constitucional*. In SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição*, Op.cit., p. 73.

na ignorância a respeito da identidade de sua origem biológica¹⁹⁹. Nesse caso, não há renúncia ao direito, visto que o direito é irrenunciável. É simplesmente um caso de não exercício de um direito pelo titular²⁰⁰.

Assim, a dignidade encerra a ideia de que não basta ao homem existir, mas carece de proteção contra atos que lesionem a sua condição humana, ou seja, sua integridade, sua ideia de si mesmo, seus direitos fundamentais. A dignidade, por vezes, chega mesmo a confundir-se com os direitos fundamentais, ao tempo de podermos mesmo afirmar que a dignidade humana sintetiza toda a doutrina que cerca os direitos fundamentais.

Acerca da noção de direitos fundamentais, registre-se que os direitos fundamentais não se mantiveram estáticos no tempo, tendo sido classificados em quatro gerações de acordo com a abrangência de sua proteção. Os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais e realçam o princípio da liberdade. Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) identificam-se com as liberdades positivas, concretas, relacionando-se com o princípio da igualdade. Os direitos de terceira geração materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as aglomerações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela característica essencial da inexauribilidade²⁰¹.

Na quarta geração dos direitos fundamentais surgidos neste fim de século²⁰², destacam-se entre esses principalmente os que têm por finalidade normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral. O direito ao conhecimento da ascendência genética está no rol destes direitos de quarta geração²⁰³.

¹⁹⁹ **WELTER**, Belmiro Pedro, *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*, 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 232.

²⁰⁰ Nesse sentido também: *é importante ter claro que o conhecimento da ascendência biológica é um verdadeiro direito, não é um dever. Em outras palavras, ninguém pode ser obrigado a conhecer sua ascendência biológica, mas todos os filhos têm o direito de conhecê-la caso o queiram, pouco importando a natureza de seus vínculos familiares (adoção tradicional, recurso às técnicas de reprodução medicamente assistida etc.)*. In: **SILVA**, Reinaldo Pereira e, *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*, São Paulo, v.92, n. 816, p.62-93, Revista dos Tribunais, out. 2003, p. 87.

²⁰¹ **MORAES**, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 11ª edição, São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002, p. 59.

²⁰² Nesse sentido também: *O acesso à informação sobre a origem biológica decorre da quarta dimensão dos direitos fundamentais (direitos do genoma humano) (...), que tem como base os direitos ao respeito à dignidade humana e à identidade genética*. **FELJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p. 134.

²⁰³ **SAUWEN**, Regina Fiúza; **HRYNIEWICZ**, Severo, *O direito 'in vitro': da bioética ao biodireito*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000, p. 74.

Portanto, os direitos fundamentais não constituem uma realidade estática²⁰⁴., pois se adaptam aos contextos históricos nos quais serão aplicados, através de uma readaptação dos direitos existentes em outras épocas e à incorporação pelo ordenamento jurídico da nova realidade²⁰⁵.

No momento atual da realidade sócio-jurídica, entende-se que a construção da individualidade pressupõe o acesso à identidade dos seus progenitores como pressuposto para encontrar referências genéticas, características físicas, psicológicas e afetivas. A própria ideia de dignidade da pessoa leva à noção de identidade como referência social ou, individualmente, trazendo a identificação de quem é cada indivíduo e quais são suas características que o singularizam socialmente.²⁰⁶

A ideia da dignidade da pessoa humana está ligada aos direitos de personalidade que estão também relacionados ao direito ao desenvolvimento físico, psíquico e moral do indivíduo, tendo por objeto a personalidade. Portanto, a tutela da dignidade da pessoa humana está irremediavelmente ligada ao desejo do homem de descobrir-se, suas origens, seu sentido de pertencimento.

Os direitos de personalidade estão insertos na categoria dos direitos fundamentais não afetos à esfera pública, ou seja, são aqueles restritos ao âmbito privado. Daí decorre que todos os direitos de personalidade são direitos fundamentais²⁰⁷.

Embora a personalidade possa ser definida como a possibilidade de o sujeito de direitos adquirir direitos e obrigações na esfera civil (nesse caso, vista não como um direito, mas um atributo da pessoa humana nascida com vida), a ideia de direitos de personalidade está ligada a garantia dada pelo direito privado para afirmar a dignidade da pessoa humana. Assim, o conceito de direito de personalidade pode ser definido como sendo *direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual*²⁰⁸.

²⁰⁴ Nesse sentido: *O pluralismo e a diversidade de valores que norteiam a sociedade contemporânea tornam inadequada a conceituação rígida, fechada, do princípio da dignidade da pessoa humana, reclamando que este seja considerado como categoria axiológica aberta, acompanhando a evolução dos tempos.* **FELJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p.131.

²⁰⁵ **GONZALEZ**, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Op.cit., p. 75-76.

²⁰⁶ Nesse sentido: **REIS**, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p 16.

²⁰⁷ **DONIZETTI**, Leila, *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*, Op. cit, p. 63.

²⁰⁸ **AMARAL**, Franciso, *Direito Civil: introdução*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 249.

Daí a ideia de personalidade como objeto de relação jurídica e não somente como atributo, havendo, portanto, direitos cujo objeto é os próprios atributos da pessoa humana. Resulta dessa inalação o encontro entre o direito privado e as liberdades públicas, fundindo-se em uma relação mista, porém indispensável à defesa dos direitos fundamentais. Portanto, o objeto dos direitos de personalidade é a própria personalidade.

Tais direitos podem ser caracterizados como essenciais, inatos, permanentes, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e de valor absoluto (não podem ser objeto de avaliação pecuniária). Podendo-se citar como exemplo o direito à vida, o direito à integridade física, nome, imagem, liberdade de pensamento etc, ou seja, um conjunto de direitos reconhecidos tendo por base a dignidade da pessoa humana. O direito ao conhecimento da identidade genética, especificamente, está ligado ao direito à identidade pessoal.

Stela Barbas registra que o anonimato do doador *ofende o direito essencial à identidade da pessoa subalternizando-o a um discutível direito dos inférteis a terem um filho; este é, assim, instrumentalizado*, concluindo que “*o anonimato pode estar, em termos gerais, em profunda contradição com direitos fundamentais*”²⁰⁹.

Portanto, os direitos de personalidade surgem com o objetivo de trazer garantias aos valores da pessoa humana no âmbito privado, sendo tutelados na relação entre particulares.

4.2. O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

*a descoberta da origem biológica é um dado que identifica a pessoa, seja em nível de percepção individual ou particular (eu comigo), seja em nível coletivo ou social (eu com os outros), integrando a existência e compondo a natureza de sua alma, ao identificá-lo com seus progenitores*²¹⁰.

Uma das primeiras indagações do ser humano é conhecer sobre sua origem. Para determinadas perguntas, só existem respostas a partir do conhecimento da própria

²⁰⁹ **BARBAS**, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao patrimônio genético*, 2ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 174.

²¹⁰ **FELJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p. 97.

origem genética. Portanto, ainda que a criança gerada por meio de procriação medicamente assistida heteróloga nunca venha a conhecer sua origem genética, impossível apagar de sua identidade a existência de genes de seus pais biológicos²¹¹.

Segundo Paulo Otero, a identidade pessoal tem uma dimensão absoluta ou individual, pois

cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do caráter único de indivisível e irrepetível de cada ser humano: cada pessoa humana é, por isso, uma realidade singular, dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais”; e uma dimensão relativa ou relacional, na medida em que cada pessoa tem uma identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respectivos progenitores, podendo falar-se num ‘direito à historicidade pessoal’²¹².

Nessa ordem de ideias, cada pessoa é uma realidade única, dotada de uma individualidade própria que a difencia de todas as outras. A identidade pessoal, segundo o mesmo autor, comporta também uma dimensão relativa ou relacional, visto que cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função da história familiar adquirida dos antepassados, ressaltando o importante papel dos progenitores, razão pela qual se pode dizer que existe um *direito à historicidade pessoal*²¹³. Vendo sob esse enfoque analisado pelo autor temos a compreensão do acesso à informação genética como base da identidade pessoal.

Assim, cada pessoa é um indivíduo singular em relação a todos. Nesse aspecto, o indivíduo é identificado integralmente, conhecendo sua historicidade pessoal, preenchendo um vazio ligado ao sentido de pertencimento, de origem. Esse, dentre

²¹¹ Nesse sentido: *É precisamente a possibilidade de aceder a essa referenciação pessoal que o direito fundamental à identidade pessoal procura tutelar, e ela obter-se-á, basicamente, através do “tracing the releante past”, com o sentido de que cada ser humano deve poder conhecer as circunstâncias respeitantes aos termos em que foi gerado, assumindo aqui particular importância o conhecimento das pessoas que, no plano biológico, determinaram imediatamente a sua existência.* REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p 63.

²¹² OTERO, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, Op.cit., p. 61-81.

²¹³ OTERO, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, Ibid, Ibidem.

outros aspectos que serão mencionados na presente pesquisa, demonstra que o conhecimento da verdade biológica é um bem jurídico a ser protegido como espécie do direito de personalidade, do qual cada indivíduo é titular, inerente à natureza da pessoa humana.

O conhecimento das origens genéticas apresenta-se como uma informação que, indo além do conhecimento, revela o mais íntimo de sua essência: a sua identidade pessoal e a de sua família. De fato, a informação sobre a origem biológica apresenta-se como parte do indivíduo, devendo ser considerado como um bem pessoal, patrimonial e familiar. Assim, o indivíduo deverá ter acesso à informação genética ainda que para satisfazer um desejo psicológico, por ser tal informação parte integrante de sua vida, de sua identidade²¹⁴.

Sobre a relação da identidade pessoal com a historicidade pessoal, Stela Barbas afirma que:

*A identidade pessoal comporta também uma identidade histórica, em termos de cada pessoa ter a sua identidade também determinada em relação à sua família, aos seus antepassados, podendo-se falar aqui de um direito à historicidade pessoal, ou, noutro sentido, de um direito às raízes pessoais*²¹⁵.

Maricruz de la Torre Vargas registra que uma investigação com filhos adotados nos Estados Unidos, Canadá e Gran Bretanha apontou a necessidade de que filho conheça a verdade sobre sua origem, sendo de grande importância para o desenvolvimento da personalidade. Afirma também que organizações suecas confirmaram estas conclusões e que os legisladores suecos se basearam nessas pesquisas para elaborar a lei sobre inseminação artificial de 20 de dezembro de 1983, onde se reconheceu o direito do nascido, uma vez alcançada a maioridade, conhecer o doador do material genético que deu origem ao seu nascimento. A autora registra que a similitude do adotado com os nascidos por técnicas de reprodução humana permite

²¹⁴ Na mesma linha: *Na verdade, se esse direito, nas suas duas dimensões (integridade moral e física), visa tutelar a incolumidade psicossomática do indivíduo, e se o desconhecimento de elementos relativos à "localização individual" pode afectar profundamente o bem-estar físico e psicológico do indivíduo, a conclusão será a da pertinência da sua mobilização.* In REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 64-65.

²¹⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, 1ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2007. p. 496.

utilizar os referidos estudos para avaliação do último caso²¹⁶.

Quesada Gonzalez chega mesmo a afirmar que o direito a conhecer a própria origem biológica é um dos elementos mais relevantes da identificação da pessoa e a manifestação mais ostensiva do direito personalíssimo à própria identidade²¹⁷. Na verdade, é nesse sentido que o conhecimento da origem biológica tem sua aceção mais coerente, como um direito independente das considerações acerca do melhor interesse da criança. Melhor dizendo: as escolhas legislativas e judiciais devem ter em conta o melhor interesse da criança, mas o direito ao conhecimento da origem está amparado independentemente dessa consideração²¹⁸.

A Convenção sobre Direitos do Homem e da Biomedicina (CDHB) de 4 de abril de 1997²¹⁹ foi assinada por diversos países que deverão ajustar suas legislações internas para efetivá-la. As partes convencionaram que protegerão dignidade e a identidade de todos os seres humanos e que garantirão a todas as pessoas, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina, bem como deverão tomar as medidas necessárias no direito interno para efetivar o disposto na Convenção²²⁰. Entre os seus dispositivos, a CDHB reafirmou o primado do ser humano sobre os interesses exclusivos da sociedade ou da ciência²²¹.

A Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (DUBDH) de 25 de junho de 2005²²² declara que tem por escopo tratar das questões éticas relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias aplicadas aos seres humanos, levando em conta suas dimensões sociais, legais e ambientais. É dirigida aos Estados e oferece

²¹⁶ **EWERLÖF, G.**, *Swedish Legislations on artificial insemination*, en vol., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, Madrid: Editorial Trivium S.A, 1988, p. 74.

²¹⁷ **QUESADA GONZÁLEZ**, *El derecho a conocer el propio origen*, in Anuário de Derecho Civil, 1994-II, p. 237-289. apud. **REIS**, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 51.

²¹⁸ Nesse sentido: *Defendemos, por isso, uma construção dogmática do direito ao conhecimento das origens genéticas, no plano das bases constitucionais, a partir da consideração do indivíduo autónomo, e com plena capacidade de gozo e de exercício, desligando essa tarefa inicial de quaisquer considerações relativas ao interesse da criança. Só assim se compreenderá, por exemplo, que o direito ao conhecimento das origens genéticas envolve um simples direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, independentemente do estabelecimento dos vínculos jurídicos correspondentes*. In **REIS**, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 52.

²¹⁹ Elaborada pelo Conselho da Europa em 1997, é também conhecida por Convenção de Oviedo. Foi ratificada em Portugal em 2001 através do Decreto do Presidente da República nº 1 de 3 de janeiro de 2001 (publicado no Diário da República I Série A, nº2 de 3 de janeiro de 2001), ganhando força de lei.

²²⁰ Artigo 1º da CDHB.

²²¹ Artigo 2º da CDHB.

²²² Proclamada na 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, em Paris, dia 24/6/2005. [Consult. 20.10.2010]. Disponível em: <http://www.sbbioetica.org.br/dub>.

orientação para decisões ou prática de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas públicas e privadas²²³. Quanto aos princípios que devem nortear os Estados, as diretrizes são as seguintes: respeitar a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais, maximizar os benefícios diretos e indiretos e minimizar os possíveis danos aos pacientes envolvidos em pesquisas, respeitar a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, precedida de consentimento prévio, livre e esclarecido, com especial proteção às pessoas sem capacidade de consentir; respeitar a vulnerabilidade humana, protegendo a integridade pessoal; respeitar a privacidade dos indivíduos e a confidencialidade das informações pessoais; respeitar a igualdade fundamental entre todos os seres humanos em termos de dignidade e direitos²²⁴.

O Tribunal europeu dos direitos do Homem tem retirado da própria tutela da vida privada e familiar um direito à identidade e ao desenvolvimento pessoal, fundamentando seu posicionamento na ideia de que o respeito pela vida privada²²⁵ exige que cada pessoa possa estabelecer os detalhes de sua identidade. As conclusões do Tribunal europeu podem alicerçar um direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas²²⁶.

A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa adotou a Recomendação nº1443 de 26 de janeiro de 2000 sobre o respeito dos direitos da criança na adoção internacional, reafirmando a ideia de que deve ser assegurado *o direito da criança adotada a conhecer as suas origens, o mais tardar ao tempo de sua maioridade*²²⁷.

Também a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 20 de

²²³ Artigo 1º, a e b da DUBDH.

²²⁴ Artigos 3º, a e b; 4º, 5º e 7º a 10º da DUBDH.

²²⁵ O artigo 8º, nº1 da Convenção Européia de dos Direitos do Homem de 1950 preceitua que “*qualquer pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, do seu domicílio e de sua correspondência*”.

²²⁶ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 24 de setembro de 2002, Case Of M. G The United Kingdom. O autor alega que durante a infância ficou sob os cuidados do serviço social. Pretendia ter acesso aos respectivos registros para saber se alguma vez o seu nome havia constado do “*risk register*” e se o seu pai havia sido investigado ou condenado por crimes contra crianças. Desejava também obter informações sobre a responsabilidade das autoridades acerca dos abusos que havia sofrido durante a infância. *In such circumstances, the Court concludes that there has been a failure to fulfil the positive obligation to protect the applicant's private and family life in respect of his access to his social service records from April 1995 when the applicant first requested them.*

However, from 1 March 2000 (the date of entry into force of the Data Protection Act 1998) the applicant could have, but has not, appealed to an independent authority against the non-disclosure of certain records on grounds of a duty of confidentiality to third parties. He has not demonstrated therefore any failure by the State to fulfil a positive obligation after 1 March 2000 since he failed to use the appeal process available from that date.

Accordingly, the Court concludes that there has been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the applicant's access, between April 1995 and 1 March 2000, to his social service records”. [Consult. 20.10.2010]. Disponível em www.echr.coe.int/echr.

²²⁷ Disponível em www.coe.int. [Consult. 20.10.2010].

novembro de 1989, no seu artigo 7º estabelece de forma expressa que *a criança (...) terá direito(...), na medida do possível, a conhecer seus pais e ser cuidado por eles*. Dispõe também o mesmo diploma no seu artigo 8º, nº2 que *quando uma criança for privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade*²²⁸.

Doutrinariamente, entende-se que a intenção do artigo 7º da Convenção dos Direitos da Criança foi garantir o conhecimento da sua identidade, origens e paternidade biológica²²⁹. Partindo dessa ideia, resta questionar se o dispositivo aplica-se aos casos de crianças nascidas através de reprodução humana medicamente assistida. Não há razão para um tratamento diferenciado.

A resolução do Parlamento europeu sobre a fecundação artificial *in vitro* de 16 de março de 1989 determina aos Estados o respeito pelo direito da pessoa, gerada com recurso a essas técnicas, a conhecer a sua origem genética, nos mesmos termos em que um tal direito do adotado fosse tutelado²³⁰.

A Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional adotada em Haia em 29 de maio de 1993 determina em seu artigo 30º, que:

§º1º: *As autoridades competentes de um Estado devem assegurar a proteção das informações que detenham sobre a origem da criança, em particular informações relativas à identidade dos seus pais, assim como a história clínica da criança e da sua família.*

§º 2: *estas autoridades assegurarão o acesso da criança ou do seu representante legal, mediante orientação adequada, a estas informações, na medida em tal seja permitido pela lei desse Estado*²³¹.

Portanto, em todos os textos citados percebemos a preocupação com o ser humano. O ser humano deve ser preservado e, portanto, a identidade genética da pessoa humana é também um bem jurídico a ser preservado, enquanto uma das manifestações

²²⁸ Disponível em www.rebidia.org.br/noticias/direito. [Consult. 06.12.2009].

²²⁹ RUIZ, Yolanda García, *Reproducción humana assistida: Derecho, conciencia y libertad*, Op. cit, p. 275.

²³⁰ Citado por REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 33.

²³¹ Disponível em www2.camara.gov.br. [Consult. 20.10.2010].

essenciais da pessoa humana.

Stela Barbas afirma que *o sentido do direito à identidade pessoal é o de garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo singular e irreduzível*, definindo também o direito à historicidade pessoal como *o direito que todo o indivíduo tem ao conhecimento da identidade dos progenitores*²³².

Como registrado, Paulo Otero refere-se a duas dimensões do direito à identidade pessoal: uma individual que torna cada ser humano um ser único, original e irrepitível, cuja diversidade enriquece a humanidade *integrando o núcleo da respectiva dignidade o respeito pelo caráter único e diverso de seus elementos genéticos*; uma relativa à da identidade pessoal que compreende a relação com outras pessoas, ou seja, toda construção da história pessoal. O significado do direito à identidade genética está focalizado na aceção individual, ou seja, na identidade genética como base biológica da identidade pessoal que corresponde ao genoma de cada ser humano, ou melhor, ao genoma humano de cada pessoa humana individual. Daí conclui-se que identidade genética é igual à individualidade genética²³³.

Como base nesses conceitos, Selma Petterle afirma que o direito à identidade genética é um direito de personalidade que tem por objetivo salvaguardar a identidade genética que se apresenta como uma das manifestações essenciais da personalidade humana. Conclui ainda que, quando a doutrina faz referência a um direito fundamental à identidade genética, pretende proteger a constituição genética individual, ou seja, a identidade genética única e irrepitível de cada ser humano, enquanto base biológica de sua identidade pessoal²³⁴.

Essa visão, que considera a identidade genética com um bem jurídico fundamental, pretende proteger a constituição genética individual como uma das manifestações essenciais da personalidade humana. Ou seja, o direito ao conhecimento das origens genéticas não está alicerçado apenas na dignidade da pessoa humana, devendo ser considerado como espécie do direito de personalidade.

O direito a uma identidade, adquirindo um sentido de direito à historicidade tem encontrada muitos defensores na doutrina. Stela Barbas, por exemplo, defende claramente essa ideia ao afirmar que *o anonimato aos doadores dos elementos*

²³² **BARBAS**, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao patrimônio genético*, Op.cit., p. 173.

²³³ **OTERO**, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, Op.cit., p.66.

²³⁴ **PETTERLE**, Selma Rodrigues, *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*, 1ª edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 111.

fertilizantes ou à mãe portadora implica negar à criança, para cuja vida concorrera, uma parte das suas razões, da sua história, em suma da sua própria identidade. Conclui pela necessidade de consagração a nível constitucional do que chamou *direito à paternidade real*, ou seja, o direito de todo ser humano de saber quem são seus pais biológicos. Ainda segundo a mesma autora *o anonimato conduz, necessariamente, ao nascimento de uma pessoa sem raízes como um qualquer produto industrial*²³⁵. Rafael Reis também afirma que *um tal direito, no ordenamento constitucional português, se é verdade que admite o seu fundamento a partir da dignidade humana e inter-conexões relevantíssimas como direito ao desenvolvimento da personalidade, encontra no direito à identidade pessoal a sua mais importante fonte*²³⁶.

O Tribunal alemão, apreciando caso prático, concluiu que o direito geral de personalidade abrange também o direito ao conhecimento das origens genéticas²³⁷. Portanto, na Alemanha o direito ao conhecimento das origens genéticas foi reconhecido, sob uma perspectiva constitucional, a partir do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O conhecimento dos antepassados constitui uma característica da individualidade do ser humano e o conhecimento das origens genéticas proporciona-lhe informações importantes no processo de identificação e auto-conhecimento²³⁸. Daí pode-se afirmar também que o conhecimento das origens genéticas pode ser compreendido a partir do direito geral de personalidade.

Sendo assim, o conhecimento das origens genéticas é um aspecto relevante da personalidade individual do ser humano que tem direito à identidade pessoal, integrando a própria dignidade da pessoa humana. Assim, o direito ao conhecimento das origens genéticas advém da própria condição humana e possui um caráter inviolável e universal por integrar a própria identidade do indivíduo²³⁹.

²³⁵ **BARBAS**, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao patrimônio genético*, Op.cit., p. 174-175.

²³⁶ **REIS**, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 63.

²³⁷ Filho maior com paternidade estabelecida por presunção marital pretendia impugnar essa presunção. **REIS**, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p 41-42.

²³⁸ Na mesma linha: *De qualquer forma, se a função do direito ao desenvolvimento da personalidade se reconduz à tutela das condições adequadas ao surgimento de uma individualidade autónoma e livre, o entendimento que o conhecimento das próprias origens genéticas constitui um factor primordial nesse processo construtivo (que pode ser agravamente afectado se a vontade de conhecer as circunstâncias da própria geração, gestação e nascimento (pelo menos), for injustificadamente cerceado), determina a incortornável relevância do contributo daquela previsão constitucional no processo de delimitação de uma tutela específica do direito à historicidade pessoal.* Idem, p. 66-67.

²³⁹ **SILVA**, Sandra Maria da, *O Ministério Público e a garantia do direito fundamental à ascendência genética*. In: *XVII Congresso Nacional do Ministério Público: Os novos desafios do Ministério Público-Livro de teses*, Salvador: Conamp, 2007, p. 347

4.3. O DIREITO À VIDA E O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA.

*o respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto erga omnes, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer*²⁴⁰.

A vida é a fonte primária e essencial de todos os outros bens e direitos. Engloba o direito à dignidade da pessoa humana, à existência e integridade física²⁴¹, podendo-se considerar a vida humana como bem jurídico fundamental e autônomo.

O conhecimento de dados genéticos é fundamental para o diagnóstico e prevenção de enfermidades, pois a informação genética pode ser decisiva para comprovar se vão aparecer ou não certas patologias. Nesse sentido é que os estudiosos do assunto têm chamado a atenção para as implicações negativas do desconhecimento dos pais biológicos para a saúde dos indivíduos nascidos através das técnicas reprodução assistida. Sobre esse aspecto, o direito ao conhecimento das origens genéticas é parte do conteúdo do direito à saúde e do direito à vida.

É indubitável o dever de respeitar o direito à vida e o direito à integridade física das pessoas envolvidas nas técnicas reprodutivas, o que implica certos deveres do Estado para proteger de forma efetiva estes direitos, ainda que não possam ser considerados como bens absolutos sem nenhuma limitação.

Pilar Jiménez, analisando a questão do direito de acesso aos dados de saúde, afirma que o familiar consanguíneo do sujeito, cujos dados genéticos estão armazenados, pode invocar a condição de “sujeito biológico” para ascender a informações e conhecer, ao menos, os dados relativos ao genótipo e onde se encontram, de maneira a lhe garantir um controle sobre a informação que também se refere a ele mesmo. Contudo, a autora entende que o direito à vida e o direito à proteção à saúde não justificam o acesso a estes dados, salvo situações de efetivo perigo, o que deve ser aplicado também a indivíduos nascidos através de técnicas reprodutivas²⁴².

²⁴⁰ **DINIZ**, Maria Helena, *O estado atual do Biodireito*, 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p.22-23.

²⁴¹ Sobre o direito à vida: *funda todos os direitos constitutivos da pessoa humana, cujo conteúdo engloba o direito de ser respeitada em sua própria identidade, o direito de não ser instrumentalizada e o direito de ser considerada como portadora de uma dignidade específica que não se reduz à dignidade de qualquer outra pessoa humana.* **SILVA**, Reinaldo Pereira e, *Introdução ao Biodireito: Investigações Político-Jurídicas sobre o Estatuto da Concepção Humana*, 1ª edição, São Paulo: Editora LTR, 2002, p. 200.

²⁴² **JIMÉNEZ**, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 240-264.

A ciência tem avançado muito no que se refere ao conhecimento das bases moleculares de enfermidades como câncer, por exemplo, em que pode haver predisposição genética. Também há estudos que apresentam a genética como um fator para a incidência de fatores como inteligência, afetividade, sociedade, criminalidade, tendência ao consumo de drogas e álcool.

Desta feita, conhecido o histórico médico familiar de um indivíduo, pode-se deduzir, em termos de probabilidade, se este indivíduo terá determinada enfermidade de origem genética ou se há possibilidade de transmiti-la à sua descendência. Portanto, as novas técnicas genéticas representam um avanço para a evolução do diagnóstico de enfermidades, pois permitem o tratamento da doença antes mesmo do surgimento dos sintomas, definindo-se na ciência as chamadas enfermidades hereditárias. Dessa maneira, a evolução da ciência no que se refere às enfermidades hereditárias tem ampliado as possibilidades de diagnóstico, prevenção e terapia destas doenças.

A Organização Mundial de Saúde recomenda que os filhos adotados ou concebidos com gametas de doadores, ao chegar à maioridade, devem ter a possibilidade de ter acesso aos nomes dos seus pais biológicos, sempre que estes tenham consentido, e dos dados genéticos de seus progenitores biológicos em todo caso²⁴³.

Infere-se daí que o direito ao conhecimento da origem genética como requisito para efetivação do direito à vida e do direito à integridade física produz um desvio do individualismo tradicional, pois se entende que o terceiro tenha, nesse caso, o dever jurídico de prestar a informação ao indivíduo gerado ou a alguém que tenha um interesse, pelo menos, equivalente ao seu.

Em relação ao requisito do perigo iminente, registre-se que, considerando-se o direito de conhecer a origem biológica somente quando existente o perigo iminente, estaríamos estabelecendo uma situação de desigualdade em relação ao filho nascido através de reprodução natural. Sendo assim, desnecessário o perigo iminente para o conhecimento das origens biológicas como requisito para efetivação do direito à saúde e o direito à vida.

²⁴³ WHO, Guidelines on ethical issues in medical genetics and the provision of genetic services, p. 14: *Children who are adopted or who are conceived from donor gametes should be able to find out the names of their biological parents, on attaining legal majority, if and only if the parent(s) have consented to be found. Discovery should be mutual. This end is best achieved by establishing consensual registers of donors or birth parents to whom disclosure is acceptable. These registries should be periodically updated and registrants should have the option of removing their names. Children should be provided with a genetic health history of their biological parents even if names are not revealed.*

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 16 de dezembro de 1966²⁴⁴ define o direito à saúde como o direito de toda pessoa a desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental.

Nesse caso, ao identificar-se um dever jurídico que proteja um bem mais valioso este terá prevalência sobre o menos valioso²⁴⁵, pois parece óbvio que a vida e a saúde prevalecem sobre o direito à intimidade. Mesmo a violação do segredo profissional médico estaria justificada por um estado de necessidade quando se revelam dados genéticos para evitar um dano à vida e à integridade de terceiro, como pode ocorrer com o indivíduo gerado por técnicas reprodutivas.

É indiscutível hoje a ideia de que o conhecimento da origem genética é indispensável para que o indivíduo possa detectar doenças genéticas e anomalias graves. Os avanços científicos em genética demonstram que o fator hereditário é determinante para o desenvolvimento de várias enfermidades genéticas, de tal forma que a predisposição de uma pessoa para o padecimento de uma doença genética implica, possivelmente, que seus parentes próximos possam apresentar a mesma suscetibilidade.

Ademais, a vida humana é o valor central e primeiro aspecto da dignidade da pessoa humana. Utilizando as palavras de Stela Barbas:

*O Direito à vida aparece pois como valor 'fundamentante da defesa de todos os demais'. É a vida humana que aparece como valor central anterior e superior à Constituição e ao Direito em geral. O Estado de Direito material é necessariamente um 'Estado humano'. (...). Assim, contra a vida humana, seja qual for o seu estágio, e seja qual for o seu valor, não podem ser invocados interesses estranhos, alegadamente superiores, que a reifiquem, ponham em causa ou eliminem*²⁴⁶.

²⁴⁴ Adotada pela Resolução nº 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16/12/66.

²⁴⁵ **CASABONA**, Carlos María Romeo, *Los genes y sus Leyes. El derecho ante el genoma humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA- Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao-Granada: Editora Comares, 2002, p. 72-73.

²⁴⁶ **BARBAS**, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Op.cit., p.494.

4.4. O DIREITO À IGUALDADE

*não importa se a reprodução humana é sexual (corporal, natural) ou assexual (extra-corporal, artificial, medicamente assistida, científica, laboratorial), pois, em qualquer caso, o filho, o pai e a mãe têm o direito de investigar e/ou de negar a paternidade biológica, como parte integrante de seus direitos de cidadania e de dignidade humana*²⁴⁷.

A impossibilidade de conhecer as origens genéticas fere também o direito à igualdade, configurando uma discriminação em razão do nascimento através de procriação artificial, sem causa que o justifique. Impedir o conhecimento da origem genética é o mesmo que impedir que o indivíduo possa estabelecer sua identidade pessoal, ferindo gravemente o princípio da igualdade, via de consequência, a dignidade humana.

O direito à igualdade proíbe tratamentos diferentes entre as pessoas²⁴⁸. Assim, vedar a possibilidade de um indivíduo nascido através de técnicas de reprodução medicamente assistida conhecer a identidade biológica dos seus pais representaria uma diferenciação dos filhos havidos pelos métodos naturais dos havidos por meio de reprodução assistida, uma vez que assiste aqueles o direito a ter sua paternidade conhecida. Nesse sentido, Tycho Fernandes afirma que *ao se negar a possibilidade do aforamento de ação investigatória por criança concebida por meio de uma das técnicas de reprodução assistida, em inaceitável discriminação, se estará negando a ela o direito que é reconhecido a outra criança, nascida de relações sexuais*²⁴⁹.

Além disso, nos casos em que não existe pai afetivo (legal), a impossibilidade de conhecer o doador (pai biológico), tem como consequência que os nascidos de reprodução artificial carecem também de um direito que os nascidos através de reprodução natural possuem: o de reclamar a filiação.²⁵⁰ Assim, inexistindo, o pai

²⁴⁷ WELTER, Belmiro Pedro, *Igualdade entre filiações biológica e socioafetiva*, Op.cit., p. 229.

²⁴⁸ “Toda vida humana tem um valor fundamental igual. Toda vida humana possui a mesma dignidade. Toda vida humana se faz credora da mesma proteção. Toda discriminação é uma incoerência. Toda vida humana é um valor fundamental, embora não absoluto”. BENTO, Luís Antonio, *Bioética: desafios éticos no debate contemporâneo*, Op. cit, p. 219.

²⁴⁹ FERNANDES, Tycho Brahe, *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e das sucessões*, 1ª edição, Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 86.

²⁵⁰ Nesse sentido: *el ordenamiento no garantiza en forma absoluta un padre a todo nacido, ni siquiera una acción de reclamación de la filiación, que dependerá en buena parte de la información que la madre*

social (afetivo), compartilhamos da opinião de Diaulas Ribeiro que afirma que o anonimato acaba por retirar direitos do filho, isto é:

*uma procriação contratual em que se cria para a criança um dever, o dever de viver sem a respectiva obrigação do pai com ela: o dever de ajudá-la a viver. Essa obrigação paterna não pode ser suprida pela mãe, que já possui uma obrigação idêntica, não havendo espaço legal para cumulação de obrigações maternas e paternas na mesma pessoa*²⁵¹.

Dessa forma, o fato de não poder conhecer sua origem biológica já representa, por si só, uma situação de desigualdade do indivíduo nascido por técnicas de reprodução medicamente assistida em relação ao indivíduo de forma natural²⁵². Contudo, no caso em que há também a inexistência de um pai afetivo (legal), levará naturalmente a uma situação de desigualdade ainda mais explícita entre os indivíduos nascidos de forma natural e os nascidos por técnicas de reprodução medicamente assistida, pois este indivíduo não poderá também reclamar a paternidade do pai biológico, permanecendo sem os direitos decorrentes da filiação conferidos aos demais cidadãos.

comunique, no parece oportuno que los poderes públicos deban prever y regular esta situación. Por esta razón, la regla del anonimato no debe incidir en el derecho a la determinación de la filiación y el hijo nacido de mujer sola con sêmen de donante, que carece de padre legal y de posibilidad de reclamarlo se encuentra en una situación injusta de desigualdad. TORRE, Mari Cruz Gómez de la, La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida, Actualidad Cvil, número 16/19, 1993, p. 304-305. apud JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal, Op. cit., p. 256.

²⁵¹ **RIBEIRO, Diaulas Costa, Reprodução Medicamente Assistida: parentalidade contratual e Biológica Controvérsias e Certificações, in DINIZ, Débora, et al, Quem pode ter acesso às Tecnologias Reprodutivas? Diferentes perspectivas no Direito Brasileiro, 1ª edição, Brasília: Editora Letras Livres, 2002, p. 39.**

²⁵² *Diaulas Ribeiro afirma ainda que As obrigações devidas pelo ascendente genético não se resumem a pagar pensão alimentícia. O direito de ser filho do pai biológico é o outro lado do direito individual de procriar. E esse débito paternal- a dívida moral, patrimonial e genética do pai para com o filho- estabelece-se com base numa verdade biológica que não alcançará a criança caso seja admitida a figura do doador anônimo de sêmen. O direito constitucional à intimidade do filho se consolida nesse momento: o filho tem direito à sua perfilhação biológica, tem direito a exigir o débito paternal, que é inalienável e não pode ser obstaculizado pelo legislador. A lei não pode proibir ou inviabilizar a investigação de paternidade de um filho gerado com sêmen de um fornecedor não correlacionado com sua mãe. E a solução constitucional não é o 'aggiustamento materno', em que a mãe renuncia á promoção de qualquer medida que vise a identificação do pai do seu filho. O direito de ter um pai biológico é inalienável e irrenunciável.... RIBEIRO, Diaulas Costa, Reprodução Medicamente Assistida: parentalidade contratual e Biológica Controvérsias e Certificações, Op.cit., p.40.*

4.5. DIREITO À VERDADE

*a filiação decorrente do vínculo fixado com base na vontade de fazer nascer uma criança, independentemente de atividade sexual, não pode obstacularizar o exercício pleno do direito à verdade sobre a origem do indivíduo, enquanto manifestação da sua personalidade*²⁵³.

Podemos afirmar que a verdade é um bem de direito e, portanto, dotado de um valor jurídico de natureza moral. Tal afirmação consubstancia-se em algumas normas legais como, por exemplo, a norma que determina a retificação de registro que não exprima a verdade ou a norma que exige que a testemunha diga a verdade sob pena de prisão²⁵⁴.

Vários ordenamentos jurídicos acolhem princípios relacionados à ética e a verdade como, por exemplo, o princípio da moralidade, amparado na Constituição Brasileira no seu artigo 37º, caput. O princípio da moralidade baseia-se na ideia de que o ato da Administração deve ser não só legal, mas também moralmente aceito. Assim, a tarefa de interpretar a aplicação de uma norma diante do caso concreto deve seguir uma linha de orientação que não venha amparar a mentira jurídica.

A mentira jurídica difere das presunções. As presunções são usadas para reduzir desordens que o seu não estabelecimento poderia causar, aproximando a realidade possível da norma jurídica. Dessa forma, o objetivo da presunção é evitar os danos que a incerteza poderia causar, privilegiando a verdade conhecida por ser essa que provavelmente mais se aproxima da verdade plena. Se o legislador, amparando-se na discricionariedade, estabelece uma presunção que não é revelada pela experiência, não estaremos diante de uma presunção, mas de uma mentira jurídica. Ademais, as presunções não absolutas cabem prova em contrário. Portanto, no caso da presunção, a verdade real não será suprimida, caso possa ser demonstrada e provada. No caso da mentira jurídica, o fato não é verdadeiro e o conteúdo normativo sabe que não é verdadeiro, mas o amparou para defender outro(s) interesse(s).

²⁵³ AGUIAR, Mônica, *Direito à filiação e bioética*, Op.cit, p. 69.

²⁵⁴ Artigo 1.247 do Código Civil Brasileiro: *Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.*

Assim, a opção por um caminho de interpretação da norma não pode deixar de lado à verdade²⁵⁵ em detrimento de normas supostamente superiores, sob pena de incidirmos em condutas não éticas. Sobre a questão ética, Mônica Aguiar comenta: *A opção por uma linha, diante de várias alternativas praticáveis, mas entre si excludentes, deve se lastrear em uma conduta ética que justifique a recusa das vias excluídas.* E prossegue: *Urge alcançar certo nível de certeza que possa superar a subversão da tradicional distinção entre pessoa e coisa, de modo que a opção seja sempre no sentido de afirmar o homem como pessoa infungível e portadora de uma dignidade inalienável*²⁵⁶.

Admitir-se que o indivíduo nascido através de técnicas de reprodução medicamente assistida não tem direito a conhecer sua origem genética é o mesmo que amparar a mentira jurídica, ou seja, uma inverdade juridicamente garantida. Obviamente que não se pretende rejeitar o consentimento válido manifestado por cada um dos pais que desejou o nascimento da criança, pois conforme tratamos anteriormente, o direito ao conhecimento da origem genética difere da questão dos critérios de estabelecimento da paternidade e não implica modificação do vínculo de filiação estabelecido. Porém, sabe-se que muitas correntes na área da psicologia enfatizam a importância do conhecimento da ancestralidade para o desenvolvimento da personalidade. Assim, coloca-se na mira a questão de saber se o fingimento da paternidade teria mais valor jurídico do que o desejo da verdade. Parece-nos que a solução pelo anonimato em detrimento do direito ao conhecimento às origens genéticas seria invocada apenas para afirmar a prevalência do interesse próprio dos pais em relação ao interesse do indivíduo nascido através das referidas técnicas.

O objetivo que se busca na utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida é que seja um caminho para os casais com problema de infertilidade realizarem o projeto parental. Esse objetivo não leva consigo justificção para que os indivíduos que venham a nascer mediante essas técnicas tenham que viver na obscuridade sobre a forma de seu nascimento e suas origens. Nesse sentido Mônica Aguiar:

²⁵⁵ *...a responsabilidade pela mudança (em favor do direito de investigar) está também difusa, na obsessão pela verdade e pela transparência, na preocupação pelo acesso a dados pessoais e pelo seu controlo, na promoção jamais vista do valor do indivíduo e da sua realização pessoal, que inclui, inevitavelmente, o conhecimento de sua origens genéticas e culturais.* OLIVEIRA, Guilherme de, *Caducida das Ações de Investigação*, in Revista Lex Familia, Revista Portuguesa de Direito de Família, Centro de Direito da Família da FDUC, Coimbra. Ano I, nº 1, 2004, p.7-13 apud REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit., p. 215.

²⁵⁶ AGUIAR, Mônica, *Direito à filiação e bioética*, Op.cit., p. 56.

As soluções encontradas não satisfazem a esses pólos, posto que se deve privilegiar o interesse da pessoa em conhecer sua origem, e esse seu direito- integrante de sua personalidade como aspecto do direito à identidade por todos possuído e, quiçá, o que maior repercussão tem sobre os demais direitos compreendidos nessa esfera-, por vezes afeta a harmonia existente no seio familiar, a qual, entretanto, somente é durável se repousa sobre a realidade²⁵⁷.

O direito não deve amparar o desejo de alguém viver uma fantasia, uma mentira, pois a criança não pode ser vista como um instrumento do direito alheio, sob pena de ser transformada em coisa, instrumento do bem estar dos pais²⁵⁸. O desejo dos pais de realizarem o sonho da paternidade/maternidade não pode justificar que o indivíduo nascido viva para sempre na obscuridade sobre si mesmo, sua identidade, sua historicidade pessoal²⁵⁹.

A afirmação de que o anonimato deve ser estabelecido para manter-se uma estabilidade familiar também não se sustenta porque a pretensa harmonia somente pode ser sustentada sobre a verdade²⁶⁰.

Se o jurista é chamado para interpretar a melhor solução sobre um caso concreto, não pode perder de vista que o ser humano, enquanto pessoa e dotado de dignidade não pode ser alvo de soluções duvidosas sob o ponto de vista ético. A verdade para indivíduos nascidos de reprodução humana assistida ganha relevos importantes, porque referente a própria pessoa, eu pessoal, devendo ser entendida como bem de personalidade. Walter Moraes entende que fazer afirmação falsa sobre a saúde física, a

²⁵⁷ Idem, p.70.

²⁵⁸ Nesse sentido Heloísa Helena Barboza: *Constata-se preocupação marcante com os direitos do novo ser que não pode, em caso nenhum, ser considerado um mero instrumento para a satisfação de objetivos alheios.* **BARBOZA**, Heloísa Helena. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*, in **LEITE**, Eduardo Oliveira, et al, *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*, 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.159-160.

²⁵⁹ Nesse sentido, Antunes Varela fala de *um outro valor, do mais alto nível ético-jurídico, a qual as leis e as próprias Constituições não fazem, por via regra, nenhuma directa alusão, mas que nem por isso deixa de constituir uma das traves-mestras da nova ordem jurídica das nações mais evoluídas*". E continua dizendo que o direito "*de cada um saber quem foram os seus reais progenitores, que sangue lhe corre nas veias, em que medida intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenómeno capital do seu nascimento.* **VARELA**, João de Matos Antunes, "A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro" in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 127. V. 3853. Coimbra: Coimbra Editora. Agosto de 1995, pp.100-101.

²⁶⁰ **AGUIAR**, Mônica, *Direito à filiação e bioética*, Op.cit., p.70.

saúde mental ou a filiação viola a verdade da pessoa no tocante a bem de personalidade.²⁶¹

O titular do direito à verdade é aquele cujas informações estão ligadas à sua personalidade, ou seja, as informações verdadeiras que se deseja estão ligadas à própria pessoa que pretende obtê-las²⁶². Se a verdade que se questiona fosse sobre o outro, entraria em campo o direito à intimidade com todos os seus aspectos já abordados, que não é o caso. Mas a verdade sobre si não conhece essa barreira, chegando mesmo a se encontrar harmonicamente com o direito à intimidade, pois o conhecimento do “eu próprio” também é objeto da intimidade.

Portanto, quando da interpretação da norma na aplicação do caso concreto, o jurista deve sempre perquirir se a solução proposta encontra harmonia com a verdade.

4.6. O DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA.

*A garantia da intimidade genética e controle da informação genética são indispensáveis a configuração da identidade e da personalidade, porquanto evitam discriminação, facultando a autodeterminação, bem como o livre desenvolvimento da personalidade*²⁶³.

O direito à intimidade tem apresentado características distintas ao longo da história, conforme se registrou no capítulo 3. Significa dizer que a intimidade passou de privilégio de uma pequena minoria possuidora de bens à categoria de direito universal disposto no artigo 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948²⁶⁴.

Alguns autores tentam especificar o direito à intimidade, que já protege o indivíduo de divulgações de suas informações genéticas, em uma nova vertente chamada “direito à intimidade genética”. Tal denominação é relacionada com a proteção do direito à intimidade ligada aos diversos aspectos da genética.

²⁶¹ MORAES, Walter, *Adoção e Verdade*, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 50.

²⁶² Nesse sentido: *Se o direito à identidade é aquele que a pessoa detém de ser conhecida como aquela que é, então, somente a verdade material importa para ela, devendo prevalecer sobre qualquer outro interesse, inclusive o da família legalmente reconhecida, de manter em sigilo a origem do filho.* In: AGUIAR, Mônica, *Direito à filiação e bioética*, Op.cit., p.72.

²⁶³ HAMMERSCHMIDT, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, Op.cit., p. 103.

²⁶⁴ *Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.*

Como afirma Miguel Sánchez, a proteção de dados é mais complexa e mais ampla que o direito à intimidade, o qual consiste em rechaçar intromissões ilegítimas na vida privada²⁶⁵. Seguindo o mesmo entendimento, Seoane Rodríguez entende que o direito à proteção dos dados genéticos supera os limites do direito à intimidade genética, visto que o âmbito de proteção do primeiro seria mais amplo, pois além de englobar as informações e dados genéticos em relação ao âmbito reservado da vida dos indivíduos, engloba também as informações e dados que se encontrem no âmbito público ou de terceiros, garantindo o controle do interessado²⁶⁶.

O direito à intimidade genética encontra fundamento em vários documentos internacionais, como ocorre, por exemplo, no artigo 7º²⁶⁷ da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos de 25 de julho de 1997²⁶⁸ e no artigo 10º²⁶⁹ do Convênio de Oviedo²⁷⁰.

Maria Lúcia Espino define intimidade genética como aquele que confere ao seu titular a faculdade de determinar as condições em que se poderá ascender à informação contida em seus genes. Afirma também que o direito à intimidade genética desborda no conceito de intimidade mais clássico, pois não é um simples direito de defesa frente às ingerências externas, mas também um direito mais ativo que confere ao seu titular a faculdade de atitudes mais ativas, como o direito de acesso, retificação, cancelamento da informação. A mesma autora destaca ainda os elementos que compõe o direito à intimidade genética: um objetivo formado por um genoma humano e, por extensão,

²⁶⁵ SÁNCHEZ, Noelia Miguel, *Tratamiento de Datos Personales en el ámbito sanitario: intimidad versus interes público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 32.

²⁶⁶ RODRÍGUEZ, José Antonio Seoane, *De la intimidad genética al derecho a la protección de dado genéticos (Parte I)*, Op.cit., p. 85.

²⁶⁷ *Dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação.*

²⁶⁸ O Comitê de Especialistas Governamentais, convocado para conclusão de um projeto de declaração sobre o genoma humano, examinou o esboço preliminar redigido pelo Comitê Internacional de Bioética. Em 25/07/97, o Comitê de Especialistas Governamentais, no qual mais de 80 Estados estavam representados, adotou por consenso o Projeto de uma Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, que foi apresentado para adoção na 29ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO de 21 de outubro e 12 de novembro de 1997.

²⁶⁹ “1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud.

2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada.

3. De modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2”.

²⁷⁰ Ver nota 210.

qualquer parte do corpo cuja análise permita ascender a informação genética²⁷¹, e outro subjetivo constituído pelo consentimento do titular desse direito, lembrando o conceito de autodeterminação informativa que se entende como a faculdade que tem toda pessoa para determinar as condições em que se poderá ascender a seus dados pessoais²⁷².

Segundo ela, o direito à intimidade genética é um direito subjetivo, pois requer uma atitude ativa do titular e confere a seu titular a possibilidade de defender-se de intromissões não consentidas em sua esfera privada, embora contenha também uma dimensão objetiva. Essa dimensão objetiva, segundo a autora, devido a sua importância individual e social, requer das autoridades públicas uma atitude ativa para defender e garantir esse direito antes que ele seja lesionado. Sob esse aspecto, o direito à intimidade genética apresenta-se como um direito de liberdade e como um direito prestacional. Um direito de liberdade porque faculta ao indivíduo defender-se de intromissões indesejáveis por parte dos poderes públicos ou de particulares; e um direito prestacional porque o titular pode exigir dos poderes públicos que sejam tomadas medidas efetivas para garantir e proteger esse direito de maneira eficaz, independente de ter ou não o titular tomado medidas oportunas a esse respeito²⁷³.

Contudo, segundo Denise Hammerschmidt,

*ambos os direitos, muito além do seu caráter autônomo enquanto mecanismos de direitos fundamentais desempenham uma tarefa instrumental com vistas ao livre desenvolvimento da personalidade. A garantia da intimidade genética e controle da informação genética são indispensáveis a configuração da identidade e da personalidade, porquanto evitam discriminação, facultando a autodeterminação, bem como o livre desenvolvimento da personalidade*²⁷⁴.

O direito à intimidade genética do doador poderia embasar, em tese, o direito ao anonimato. Contudo, o direito à intimidade, longe de ser arma de argumentação contra o direito ao conhecimento das origens no caso de técnicas de reprodução medicamente

²⁷¹ Segundo Susana González essa informação pode ser obtida mediante a realização das chamadas análises genéticas, que revelam ou podem revelar dados biológicos sobre a saúde passada, presente ou futura, isto é, predisposição ou susceptibilidade de padecer de alguma enfermidade e a relação biológica com outras pessoas ou a história familiar. GONZALÉZ, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Op.cit., p. 42.

²⁷² ESPINO, María Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, Op.cit., p. 89.

²⁷³ ESPINO, María Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, Op.cit., p. 89-90.

²⁷⁴ HAMMERSCHMIDT, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, Op.cit., p. 103.

assistida, trabalha a favor. Isso porque, sendo também um direito prestacional, o indivíduo nascido através de técnicas de reprodução medicamente assistida poderá exigir do Estado medidas no sentido de garantir-lhe o conhecimento de sua origem, por exemplo, exigindo uma intervenção judicial para que lhe seja garantido o direito ao conhecimento de suas origens. A individualidade genética, e também a dignidade da pessoa humana, impedem que o indivíduo seja privado de conhecer suas origens biológicas, mesmo sob alegação de intimidade do doador.

CAPÍTULO 5: O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS COMO REQUISITO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.

5.1. BREVE COMENTÁRIO SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

Segundo Eliane Barros, “a personalidade é a própria exteriorização e a projeção do ser humano naquilo que lhe é essencial e significativo, sem a qual a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações pouca importância teria”²⁷⁵.

Pode-se dizer que a personalidade tem como atributos a honra, a vida, a liberdade, o nome, a dignidade, a intimidade, a integridade moral etc. O ser humano, que tem personalidade, tem todos esses atributos. Os direitos de personalidade são decorrentes desses atributos e têm por fim a promoção do ser humano. Assim, os direitos de personalidade são aqueles ligados à tutela da pessoa humana, relativos à sua dignidade, ligados a própria natureza humana.

Os direitos da personalidade são genéricos, extrapatrimoniais, inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, intransmissíveis, impenhoráveis, absolutos e necessários.

Genéricos porque concedidos a todos.

Extrapatrimoniais e impenhoráveis porque não têm natureza econômica, avaliável em dinheiro.

Inalienáveis, indisponíveis e intransmissíveis porque não podem ser transferidos a outrem.

Irrenunciáveis porque seu titular não poderá renunciar a eles.

Imprescritíveis porque não há prazo para o seu exercício.

Absolutos porque exigível de todos.

Necessários porque nascem com o ser humano.

Segundo a teoria monista da tipificação dos direitos da personalidade, não há direitos da personalidade, mas um direito geral da personalidade com vários desdobramentos²⁷⁶.

²⁷⁵ **BARROS**, Eliane Oliveira, *Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial Heteróloga*, 1ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p.15.

²⁷⁶ **FIUZA**, César, *Direito Civil*, 10ª edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p.175.

A teoria pluralista da tipificação dos direitos da personalidade entende que existem vários direitos da personalidade, correspondendo cada um a uma das necessidades humanas, que são diversas²⁷⁷.

Cezar Fiuza lembra que a crítica que se faz as teorias clássicas é que se concentram especificamente em dar ao indivíduo uma *tutela de caráter ressarcitório e de tipo dominial*. Segundo o autor, deve-se *estabelecer uma cláusula geral de tutela da personalidade, que eleja a dignidade e a promoção da pessoa humana como valores máximos do ordenamento, orientando toda a atividade hermenêutica*²⁷⁸.

Assim, a análise acerca dos direitos da personalidade não deve ficar centrada apenas na idéia de reparar patrimonialmente uma lesão, mas deve estar focada na proteção da pessoa humana como um todo²⁷⁹.

5.2. O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS COMO REQUISITO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

A teoria dos direitos de personalidade²⁸⁰ passou por profundas alterações no período após a Segunda Guerra Mundial, pois os males decorrentes do conflito mundial e a compreensão de que os governos totalitários haviam imposto graves lesões a pessoas, fizeram com que fosse progressivamente afastada a concepção positivista

²⁷⁷ **FIUZA**, César, *Direito Civil*, Ibid, Ibidem.

²⁷⁸ Idem, p.176-177.

²⁷⁹ César Fiuza registra situação ocorrida na cidade de Belo Horizonte na década de 90 que ilustra bem a crítica as teorias acerca da tipificação dos direitos da personalidade: *Empresas de lava-jato contrataram bela garotas, que, seminuas, arrematavam a lavagem dos veículos, assim que estes saíam da máquina de lavagem automática. A intenção era atrair clientes do sexo masculino, ávidos por se deliciarem com a situação. Imediatamente, certa entidade de proteção dos direitos da mulher, chefiada por Helena Greco, protestou veementemente tomando medidas no sentido de coibir a prática, evidentemente atentatória à dignidade feminina. Sem aprofundar a discussão a respeito da prática em si, sua proibição só foi possível graças a interpretação constitucional que se fez do contrato entre as moças e as empresas. Com as ferramentas tradicionais de proteção aos direitos da personalidade, fornecidas pelo Direito Privado, isso só seria possível se uma das moças, alegando erro ou coação, atentado a sua dignidade, pedisse rescisão do contrato, mais perdas e danos. Contudo, com base em uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, seria possível a intervenção externa para coibir esse tipo de contrato, não só reprimindo os atentados à dignidade da pessoa humana como também promovendo a pessoa humana.* **FIUZA**, César, *Direito Civil*, Op.cit, p. 178.

²⁸⁰ A teoria dos direitos de personalidade está fundada na ideia de que o livre desenvolvimento do ser humano demanda o reconhecimento de sua dignidade, de uma existência digna que tem seus pilares construídos na medida em que a sociedade evolui e novos direitos vão sendo reconhecidos como essências para sua concretização, o que não pode restringir-se a um rol de direitos expressos em leis, a tipos legais, os quais, justamente em razão de estarem positivados, sofrem uma inevitável defasagem, tornando-se insuficientes para atingir o fim ao qual se destina, qual seja, garantir à pessoa humana as condições para seu pleno florescimento e evolução. In: **LIMA NETO**, Francisco Vieira, *Discriminação genética e proteção da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro*. 2003. Tese (Doutorado em Direito Civil)-Faculdade de Direito-Universidade de São Paulo, p.116.

kelsiana de que os direitos de personalidade seriam apenas aqueles expressos e tipificados no ordenamento jurídico de cada Estado, surgindo a Teoria Geral dos Direitos de Personalidade²⁸¹.

A legislação alemã, ao tratar do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade do ser humano no artigo 2º, alínea 2 da Lei Fundamental de Bonn estabelece que toda pessoa possui direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, dentro dos limites dos direitos de outrem, da ordem constitucional e da ordem moral. Assim, o “direito geral de personalidade” resulta da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade²⁸².

Maricruz de la Torre registra que:

*saber quién es su padre o madre biológica- es de gran importância, tanto para la própria identidad de la persona como para el desarrollo de su personalidad. Es un derecho que tiene todo individuo por el mero hecho de nacer y, a su vez, forma parte de los derechos fundamentales amparados por la Constitucion*²⁸³.

Os direitos de personalidade contêm uma personalidade aberta, de forma que não se pode pensar que todos os direitos de personalidade venham arrolados pelo legislador um a um. Portanto, devemos admitir que os direitos fundamentais à proteção da pessoa humana fazem parte de um direito geral de personalidade²⁸⁴, estando contido em uma cláusula geral²⁸⁵.

De fato, as transformações sociais levam a uma defasagem dos direitos postos, na medida em que o que atendia plenamente um determinado aspecto social, pode não satisfazer os anseios de justiça em outro momento, em razão das mudanças de concepção ou mesmo transformações científicas, como ocorreu no caso do exame de DNA em relação às ações de investigação de paternidade.

²⁸¹ **HAMMERSCHMIDT**, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, Op.cit., p. 114.

²⁸² **HAMMERSCHMIDT**, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, Ibid, Ibidem.

²⁸³ **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiacion*, Op. cit, p. 102.

²⁸⁴ **HAMMERSCHMIDT**, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, Op.cit., p. 112.

²⁸⁵ Sobre o conceito de cláusula geral: *são normas em que vêm explicita princípios jurídicos e que têm a função de dar ao Código Civil aptidão para acolher (passar a abranger) hipóteses que a experiência social ininterruptamente cria e que demandam disciplina. Assim, estas cláusulas, pode-se dizer, têm um potencial de abrangência infinitamente maior do que as regras jurídicas de estrutura tradicional, mais minuciosas e que contêm em si mesmas descrita sua hipótese de incidência.* In: **WANBIER**, Teresa Arruda Alvim, *Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002: a função social do contrato*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59-60.

Em cada momento histórico surgem necessidades humanas que se agregam às já existentes. Por esta razão, a concretização do princípio da dignidade humana não seria plenamente atendida se adotado o sistema de *numerus clausus*, pois *a dinâmica e a velocidade da vida social em especial na sociedade tecnológica, acabam por originar lesões e infrações à personalidade em número maior do que pode o legislador tipificar*²⁸⁶. Utiliza-se a expressão *numerus apertus* para denominar uma atividade de interpretação e integração que tem o direito de personalidade como elemento base²⁸⁷.

A preservação dos aspectos físicos e psíquicos do ser humano está condicionada à manutenção de determinados bens ou valores sem os quais não há que se falar em dignidade. Esses bens são chamados bens de personalidade e são caracterizados como bens essenciais, *intrínsecos à pessoa* (ou seja, *ligados a ela de modo íntimo e necessário*), fundamentais e, sem os quais, o indivíduo terá dificuldades em se desenvolver normalmente dentro de um determinado contexto social. São, ao mesmo tempo, objeto de direito e a ordem jurídica deve oferecer condições de defendê-los, de protegê-los, de exercê-los e de exigir respeito dos demais àqueles bens²⁸⁸.

A legislação brasileira adotou a Teoria Geral dos Direitos de Personalidade no Título I relativo aos princípios fundamentais do Estado brasileiro, buscando proteger a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos fundamentais do homem (artigo 1º, III da Constituição Brasileira)²⁸⁹. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo não constando um dispositivo específico sobre o direito geral de personalidade, reconhece a tutela através do artigo 1º, III da Constituição. Nesse sentido, Luiz Regis Prado entende que *a força normativa do princípio da dignidade esparge por toda a ordem jurídica e serve de alicerce aos demais princípios fundamentais*²⁹⁰. Além disso, o Código Civil Brasileiro estatui em seu artigo 11º que *com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*.

Portugal também adotou a técnica da cláusula geral no que se refere aos direitos de personalidade no seu artigo 70º do Código Civil que trata da “tutela geral da

²⁸⁶ HAMMERSCHMIDT, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, Op.cit., p.116.

²⁸⁷ Idem.

²⁸⁸ HAMMERSCHMIDT, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, Op.cit., p. 74-75.

²⁸⁹ Artigo 1º da Constituição Brasileira: *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; (...)*.

²⁹⁰ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 137-138.

personalidade” e estabelece proteção dos indivíduos *contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral*. Estabelece ainda que *independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida*.²⁹¹

Também outros sistemas jurídicos adotam a teoria de uma tutela geral da personalidade humana como a Suíça (Código Civil, artigo 28º), a Grécia (artigo 57º) e a Áustria (§ 16), permitindo garantir direitos especiais de personalidade sobre certos aspectos desta, mas também lhes permite proteger diretamente alguns bens que ainda não gozam de autonomia²⁹².

Poder-se-ia argumentar que não haveria na cláusula geral uma garantia da segurança jurídica, pois poderia haver arbítrios em razão de interpretações subjetivas do julgador, visto que o conteúdo do direito geral de personalidade não é estabelecido antecipadamente. Contudo, o juiz está vinculado somente à lei²⁹³ e *a falta de um critério constante nas sentenças, se reduz à medida que a jurisprudência manifeste determinados critérios orientadores e faça possível a comparação com os casos já julgados*²⁹⁴. Ademais, *as cláusulas gerais não contêm apelo à discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social*²⁹⁵.

Para Rubens França os direitos de personalidade são o conjunto de *faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções*²⁹⁶. São direitos absolutos porque oponíveis *erga*

²⁹¹ Em sentido contrário: *Há outras situações que não parecem previstas no texto constitucional, não resultando dos princípios enunciados. Um deles é o de a criança nascida de inseminação artificial ter direito a conhecer o dador do esperma, ou do óvulo*. In: CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito de Família e das Sucessões*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2005, p. 112.

²⁹² SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra, 1995, p. 123.

²⁹³ *E há fundamentar, portanto, todas as suas decisões, na lei, embora não exclusivamente, como também não necessariamente na letra da lei, mas também no sistema jurídico. Com esta exigência, tem-se: a) uma garantia contra o arbítrio; b) uma garantia contra a influência de pontos de vista pessoais (=subjetivismo); c) controle do raciocínio do juiz; d) possibilidade (técnica) de impugnações (pois, na verdade, quando se impugna uma decisão judicial, se atacam diretamente seus fundamentos para, indiretamente, atingir-se a conclusão, i.e., a decisão propriamente dita; e) maior grau de previsibilidade; f) aumento da repercussão das normas de direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Uma reflexão sobre as 'cláusulas gerais' do Código Civil de 2002: a função social do contrato*, Op.cit., p.59-60

²⁹⁴ LARENZ, Karl, *Tratado de Derecho Civil Aléman*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 165. apud HAMMERSCHMIDT, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, Op.cit., p. 117-118.

²⁹⁵ GONDINHO, André, “Codificação e cláusulas gerais” in *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 1. V.2. Rio de Janeiro: Editora Padma. Abril a Junho de 2000, pp.18.

²⁹⁶ FRANÇA, Rubens Limongi, “Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais”, in *Revista dos Tribunais*, Ano 72, V. 567. São Paulo: Revista dos Tribunais. Janeiro de 1983, pp.9-16.

omnes, ou seja, todos devem respeitar as faculdades do titular do direito. São gerais por pertencerem a toda e qualquer pessoa. São extrapatrimoniais, pois constituem bem ideais, ou seja, fora do comércio, não podendo ser avaliados em dinheiro. São indisponíveis, pois o titular não tem disposição sobre eles, ou seja, o sujeito não pode realizar um ato de disposição sobre o direito, sobre o destino do seu direito. São intransmissíveis, pois a transmissibilidade é uma forma de dispor. São irrenunciáveis, pois a renúncia seria um ato de extinção do direito para o sujeito. São inexpropriáveis, justamente por serem extrapatrimoniais. São imprescritíveis, pois são inerentes à pessoa, razão pela qual não se poderia aplicar o instituto da prescrição²⁹⁷.

Alguns doutrinadores, como Carlos Alberto Bittar, entendem que os direitos de personalidade são essencialmente iguais aos direitos fundamentais, entendendo que os direitos fundamentais são ligados a relações de direito público para proteção do indivíduo contra o Estado, como o direito à vida, à integridade física, as partes do corpo, à liberdade, o direito de ação. Os direitos de personalidade, segundo ele, são os mesmos direitos fundamentais, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, de proteção contra os homens: à honra, ao nome, à própria imagem, à liberdade de manifestação de pensamento, à liberdade de consciência e de religião, à reserva sobre a própria intimidade, ao segredo moral do autor, entre outros²⁹⁸.

Contudo, J.J Gomes Canotilho entende que:

muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Segundo o doutrinador, os direitos de personalidade englobam os direitos de estado, os direitos sobre a própria pessoa (direitos à vida, integridade física e moral, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade.

(...)

²⁹⁷ **HAMMERSCHMIDT**, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, Op.cit., p. 77 e 78.

²⁹⁸ **BITTAR**, Carlos Alberto, *Os Direitos da Personalidade*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 23.

*tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade, os direitos fundamentais políticos e os direitos de prestação por não serem atinentes a pessoa*²⁹⁹.

José Castan Tobeñas entende que apesar de ambos poderem ser considerados como direitos naturais (tendo em vista que os direitos de personalidade estão enraizados na condição humana e são atributos que correspondem à pessoa por sua própria natureza) e mesmo considerando que a atual doutrina científica tenha ampliado muito a esfera que abrange os direitos de personalidade, admitindo a categoria dos direitos públicos subjetivos da personalidade, os direitos de personalidade têm sempre uma esfera mais reduzida que os direitos humanos. O autor acaba por concluir que os direitos de personalidade são apenas uma espécie dos direitos fundamentais³⁰⁰.

Entendemos que muitos direitos de personalidade estão englobados na categoria dos direitos fundamentais, não se podendo afirmar que há uma coincidência definitiva entre um e outros, visto que os direitos fundamentais são mais abrangentes. Os direitos de personalidade são, como se disse, intransmissíveis, irrenunciáveis, inexpropriáveis e imprescritíveis, características dos direitos fundamentais. Contudo, alguns direitos de personalidade pressupõem relação de poder, ao passo que os direitos fundamentais pressupõem relação de igualdade³⁰¹. Assim, podemos relacionar essas relações de igualdade com os direitos fundamentais, mas não cremos que seja possível fazer o mesmo com as relações de poder. Resulta disso, a mesma conclusão a que chegou J.J. Gomes Canotilho, afirmando que *muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade*³⁰².

De qualquer modo, não resta dúvida de que a tutela dos direitos fundamentais é de vital importância para a tutela dos valores fundamentais da pessoa e imprescindível em um sistema normativo de defesa dos valores da pessoa.

A informação sobre a origem genética pode ser considerada como atributo da personalidade. O direito ao conhecimento das origens genéticas é uma manifestação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma exigência de afirmação do

²⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op.cit., p. 396.

³⁰⁰ TOBEÑAS, Jose Castan, *Los derechos del hombre*, 4ª edição, Madrid: Réus, 1992, p. 30.

³⁰¹ Nesse sentido: MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, 3ª edição, Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 61.

³⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op.cit., p. 396

indivíduo e um dos fundamentos da identidade do homem. Negar essa informação ao indivíduo seria negar uma parte essencial de sua integridade moral e pessoal³⁰³.

Ademais, defende-se que o direito ao conhecimento da origem genética é fundado no direito de personalidade ligado ao direito à vida e ao direito à identidade. Quanto ao direito à vida e o direito à integridade física, considera-se a possibilidade, frente ao desenvolvimento da medicina nos últimos anos, de se evitar, reconhecer e curar doenças genéticas pela análise da ascendência biológica. Portanto, um dos objetos de tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o 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 prevenção de doenças e preservação da própria vida³⁰⁴. No que se refere ao direito à identidade é este também visto como um direito personalíssimo, inerente a personalidade do indivíduo.

Assim, podemos afirmar que o direito ao conhecimento das origens genéticas é um dos direitos chamados direitos de personalidade. Isso porque é um direito que acompanha o seu titular desde o nascimento até o momento de sua morte, todas as pessoas são titulares desse direito, sem maiores requisitos a não ser o desconhecimento da origem biológica, tratando-se de um direito imprescindível para garantir a dignidade da pessoa humana.

Ademais, considerando tratar-se a informação genética de informação pessoal, devemos considerá-la como bem da personalidade. Por conseguinte, sendo direito de personalidade, pertence a âmbito mais íntimo do indivíduo, entre os quais se incluem também outros direitos fundamentais, inclusive a intimidade. Contudo, o direito ao conhecimento das origens genéticas tem um conteúdo mais interno que o direito à intimidade.

Acrescente a isto que a teoria geral de personalidade consubstancia-se, *assim, em uma verdadeira cláusula geral do sistema jurídico, a qual norteia o sistema e*

³⁰³ Na mesma linha: *Se um indivíduo quer conhecer a identidade dos seus progenitores biológicos e isso lhe é vedado de forma desproporcionada pelo ordenamento jurídico (ou até por qualquer entidade, pública ou privada), não será difícil reconhecer a lesão profunda naquela autonomia e liberdade individuais que tal impedimento provoca.* In REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p 67.

³⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*, Op.cit.

*protege a pessoa humana contra lesões em sua constituição física, moral ou intelectual, sendo seu objeto o conjunto de bens e valores essenciais à pessoa humana*³⁰⁵.

Portanto, o direito ao conhecimento da ascendência genética é um direito fundamental de personalidade. É um direito fundamental por ser um dos direitos humanos que pressupõe relação de igualdade. E é também um direito de personalidade, por ser um direito subjetivo atribuído ao homem que tem por objeto aspectos da própria pessoa.

³⁰⁵ **HAMMERSCHMIDT**, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, Op.cit., p. 192.

CAPÍTULO 6: DIREITO COMPARADO

6.1. ENQUADRAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.

A Constituição Portuguesa introduziu no seu artigo 26º, a partir da revisão constitucional de 1997, a garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano, reafirmando expressamente a garantia da identidade e do desenvolvimento da personalidade³⁰⁶. O artigo 67º, nº 2, “e” da Constituição da República Portuguesa impõe ao Estado, com o objetivo de assegurar proteção à família, o dever de regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. O artigo 69º da Constituição atribui às crianças um direito à proteção da sociedade e do Estado para o seu desenvolvimento integral. O nº 2 estabelece ainda uma especial proteção da sociedade e do Estado contra todas as formas de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade da família e das demais instituições.

Acerca do assunto, oportuno transcrever as palavras de Paulo Otero:

O patrimônio genético de cada indivíduo, constituindo um meio de identificação da pessoa física, passou a ser objeto de uma tutela constitucional autônoma, configurando-se a identidade genética humana como um bem jurídico-constitucional que integra a actual consciência jurídica comunitária³⁰⁷.

Canotilho sustenta que a Constituição é um sistema jurídico aberto de regras e princípios, afirmando que:

é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas (...) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Calies), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e

³⁰⁶ A Lei Constitucional nº1/97, de 20 de setembro, editou um nº 3 ao artigo 26º com a seguinte redação: *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.*

³⁰⁷ **OTERO**, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, Op.cit., p. 85.

*estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça*³⁰⁸.

Assim, vigora no direito constitucional português princípio da não taxatividade dos direitos fundamentais³⁰⁹(Artigo 16º, nº I da Constituição da República Portuguesa³¹⁰), de forma que a não consagração expressa de alguns direitos não impede a sua dedução de outros princípios constitucionais e de outros direitos fundamentais consagrados expressamente³¹¹. Sobre o assunto, Paulo Mota Pinto afirma que *a consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade representou a explicitação de um fundamento constitucional para o direito geral de personalidade no direito português*³¹².

A Constituição Portuguesa tutela a dignidade da pessoa humana, a vida, a integridade moral e física, o direito ao desenvolvimento da personalidade, a igualdade e a identidade pessoal. Como assevera Canotilho, a dignidade da pessoa humana tem uma função unificadora de todos os direitos fundamentais³¹³. Assim, é possível encontrar, no ordenamento jurídico português, fundamento para o direito ao conhecimento das origens genéticas. Nesse sentido, Rafael Reis afirma que:

*O direito ao conhecimento da ascendência genética deve, assim, integrar a categoria constitucional dos direitos fundamentais, mais concretamente, a subcategoria dos direitos, liberdades e garantias, erigido a partir da tutela que a nossa Lei Fundamental oferece à dignidade da pessoa humana, aos direitos à identidade e à integridade pessoal e ao direito ao desenvolvimento da personalidade*³¹⁴.

A Resolução nº 934 de 26 de janeiro de 1982 consagrou o direito a um

³⁰⁸ **CANOTILHO**, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op.cit., p. 1159.

³⁰⁹ Nesse sentido: (...) *trata-se de uma norma de fattispecie aberta, de forma a abranger, para além das positivizações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõe no horizonte da ação humana. Daí que os autores se refiram aqui ao princípio da não identificação ou cláusula aberta*. Idem, p. 403-404.

³¹⁰ Artigo 16, nº I da Constituição Portuguesa: *Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*.

³¹¹ Nesse sentido: **REIS**, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 55-57.

³¹² **MOTA PINTO**, Paulo, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, 1ª edição, Coimbra: Stvdia Ivridica, 2000, p.173.

³¹³ **CANOTILHO**, José Gomes; **BRASIL**, Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, 3ª edição, Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 58-59.

³¹⁴ **REIS**, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 68.

patrimônio genético não manipulado, cujo desdobramento é o direito à identidade genética baseada na irrepetibilidade e inviolabilidade do genoma humano, fruto do acaso, ou seja, sem influência da determinação humana. Daí vislumbra-se o termo identidade genética como um dos caracteres identificadores da identidade pessoal, sendo aquela, substrato fundamental da última.

O decreto nº 319 de 25 de setembro de 1986 tratou de algumas questões, como por exemplo, o caráter subsidiário da técnica. Já no Projeto de regulamentação dos Centros de Procriação Assistida a maternidade em substituição era proibida, considerando-se nulo o contrato, oneroso ou gratuito, pelo qual a mulher se obrigasse a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança depois do parto. Era permitida a inseminação artificial heterológica, desde que atendidas algumas condições: os beneficiários deveriam ter idade não inferior a 25 nem superior a 45 anos, conforme se tratasse do homem ou mulher, respectivamente; casamento em união estável há mais de 3 anos; os doadores deveriam ter entre 21 e 50 anos.

A Proposta de Lei nº135/VII de agosto de 1997 determina, porém, o anonimato do doador, salvo em caso de *razões médicas devidamente comprovadas*³¹⁵.

Posteriormente, houve a aprovação do decreto 415/VII de 3 de agosto de 1999³¹⁶ que não chegou a ser promulgado, tendo em vista inúmeros questionamentos de médicos e cientistas acerca do assunto, tais como: direito de conhecer todos os aspectos ligados à origem genética, inclusive a identificação dos doadores, possibilidade de realizar inseminação *post mortem*, limitação a cinco o número máximo de óvulos passíveis de serem fecundados *in vitro*³¹⁷. Assim, o Decreto estabelecia também a possibilidade de as pessoas nascidas na sequência de processos de procriação medicamente assistida, após a maioridade, requererem a Comissão de Orientação e Acompanhamento informações sobre todas as circunstâncias de seu nascimento, inclusive a identificação dos doadores, independentemente do consentimento destes.

³¹⁵ Artigo 12º: 1- *Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos estão obrigados a não revelar a identidade dos mesmos e a manter o sigilo do próprio acto de procriação assistida.*

2- *As pessoas nascidas em consequência de processos de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gametas ou embriões só podem obter as informações que lhes digam respeito, excluindo a identificação do doador, por razões médicas devidamente comprovadas.*

3- *Além do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas poderão obter as informações que lhes digam respeito, bem como a identificação do doador, por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial proferida pelo tribunal competente em matéria de família da área de residência do interessado.*

4- *Para efeitos do disposto nos números anteriores não é necessário o consentimento do doador.*

³¹⁶ Publicado no Diário da República em 03 de agosto de 1999 (I Série A, nº 82, p.2316-2316).

³¹⁷ **AGUIAR**, Mônica, *Direito à filiação e bioética*, Op.cit., p. 44.

Aprovado pela Assembleia da República, o Decreto nº415/VII foi, porém, objeto de veto presidencial, sendo devolvido à Assembléia para reapreciação. O Presidente da República, mesmo reconhecendo a urgência na criação da lei considerou que se trata de questões complexas, havendo necessidade de *composição de direitos fundamentais e outros interesses constitucionalmente envolvidos, e pelas dúvidas científicas e interrogações éticas que suscitam*, necessita-se de prudência do legislador³¹⁸.

A Comissão Nacional de Ética para Ciências da Vida- CNECV- em cartas dirigidas à Assembleia da República e à Ministra da Saúde, com cópias para o Presidente da República, chamou a atenção para necessidade de dar cumprimento ao que dispõe o artigo 37º, nº2 da Constituição Portuguesa que preceitua que: *Incumbe, designadamente, para proteção da família, (...) regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguadem a dignidade da pessoa humana*³¹⁹.

Mais recentemente, houve a aprovação da Lei nº32 de 26 de julho de 2006 que trata da procriação medicamente assistida³²⁰. A lei optou pelo anonimato do doador e

³¹⁸ **RODRIGES**, João Vaz, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da vontade do paciente)*, 1ª edição, Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 121.

³¹⁹ [Consult. 30.05.2010]. Disponível em: Disponível em www.cnecv.gov.br

³²⁰ O Projeto de lei português que trata da utilização de Técnicas de Procriação Medicamente assistida elaborado pela Comissão para o enquadramento legislativo das Novas tecnologias estabelecia o anonimato do doador: Artigo 24: 1- *O médico e o pessoal dos estabelecimentos autorizados a praticar as técnicas de procriação assistida referidas no artigo 1º são obrigados a não revelar a identidade do doador e dos beneficiário, assim como a manter o sigilo do próprio do acto de procriação assistida.* 2- *O dever de sigilo referido no número anterior cede perante o direito da pessoa procriada de conhecer o modo da concepção e, havendo sérias razões de natureza médica, as características genéticas do doador.*

3- *O dever de sigilo não pode ser oposto a ordem do juiz, nos termos das leis do processo.*

Em 2002 o Grupo Parlamentar do Partido Socialista apresentou o Projeto de Lei nº 90/IX sobre técnicas de reprodução medicamente assistida. O projeto estabelecia a regra do anonimato do doador de gametas, salvo se existissem razões médicas fundamentais ou outras igualmente ponderosas. O projeto limitava o recurso às técnicas de reprodução medicamente assistida aos casais heterossexuais com estabilidade de relação, regra que apenas seria quebrada em situações excepcionais.

O Projeto BE previa a regra do anonimato, porém estabelecia que, em caso de doença hereditária, os beneficiários da dação e as pessoas dela nascidas poderiam ter acesso a determinadas informações, desde que amparado em parecer fundamentado do médico responsável, sempre se preservando a privacidade do doador.

O Projeto PS previa que as pessoas nascidas de processos de procriação medicamente assistida com recurso à doação de gametas ou embriões poderiam obter informações do doador, excluindo-se a sua identidade, desde que existissem razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

O Projeto PCP previa que as pessoas nascidas de processos de procriação medicamente assistida com recurso à doação de gametas ou embriões poderiam obter informações que lhe digam respeito, excluindo-se a identidade do doador, desde que autorizadas por decisão do Conselho Nacional de Reprodução Medicamente Assistida e por razões médicas devidamente comprovadas. Além desses casos, somente por razões ponderosas devidamente comprovadas.

O Projeto PSD previa a proibição da procriação assistida heteróloga. Para o caso da adoção de embriões previa que *se existissem razões médicas devidamente comprovadas, pode o indivíduo nascido da adoção de embrião ou, durante a sua menoridade, o seu representante legal, solicitar por escrito à Comissão*

determina no artigo 15º, nº 2 que *as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gametas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhe digam respeito, excluindo a identificação do dador*. No nº 5 do mesmo artigo, a referida lei proíbe qualquer referência, no assento de nascimento, à circunstância de a criança ter sido gerada com recurso à técnica de reprodução humana assistida. No nº 4 do mesmo artigo, admite-se a revelação da identidade do doador, desde que justificada por *razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial*³²¹. A revelação da identidade do doador também ocorrerá se, tendo sido contactado, este expressamente consentir na revelação. O artigo 20º, item 1 estabelece também que *se da inseminação vier a resultar o nascimento de um filho é este havido como filho do marido, desde que tenha havido consentimento na inseminação*.

A Lei nº32/2006 também cria e disciplina uma entidade reguladora. Nos artigos 30º e seguintes está prevista a criação e regula-se o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida-CNPMA. Entre as suas atribuições está a de *prestar informações relativas aos doadores e centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registro de doadores, beneficiários e crianças nascidas* (artigo 30º, nº2). A maternidade de substituição é proibida, considerando-se nulos os negócios, gratuitos ou onerosos celebrados (artigo 8º). Caso haja violação da proibição, *a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer* (nº 3). A lei também estabelece que a inseminação com sêmen de doador só pode ser feita quando a gravidez não possa ser obtida com sêmen do marido ou companheiro da mulher a inseminar (art.19º, 1). Estabelece ainda a mesma lei que o indivíduo nascido através da inseminação heteróloga será havido como filho do marido ou do companheiro da mulher (artigo 20º, 1), havendo a exclusão da paternidade do doador do sêmen (artigo 21º).

O Ministério da Saúde de Portugal, atendendo ao artigo 48º da lei nº 32/2006, o

informações objectivas sobre as características genéticas dos progenitores biológicos e ainda, se absolutamente imprescindível, a respectiva identificação.

³²¹ Sobre a interpretação do trecho “razões ponderosas” Rafael Reis conclui que: *Não concretizando a lei o que devam considerar-se ‘razões ponderosas’, a interpretação da construção legal aponta para a necessidade de invocação, por parte da pessoa gerada com recurso à PMA, de um desejo inexpugnável de conhecer as suas origens genéticas, cujo embotamento lhe afectaria em termos gravosos o desenvolvimento da própria personalidade. O legislador não terá pretendido a consideração do preenchimento do conceito indeterminado com a ‘simples’ invocação da tutela do direito à identidade pessoal.* REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 500.

qual estatui que cabe ao Governo proceder à respectiva regulamentação, publicou o Decreto Regulamentar nº5 de 11 de fevereiro de 2008, regulamentando o artigo 5º e 16º, nº2 da Lei nº32/2006. O artigo 10º do referido regulamento que trata da “*conservação*” determina no número 2 que *a informação centralizada no CNPMA acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente o registo de doadores, beneficiário e crianças nascidas previsto na alínea p do nº 2 do artigo 30º da Lei nº32/2006, de 26 de julho, é mantida por um período de setenta e cinco anos*”. O artigo 12º, nº2 do regulamento estatui que *para fins de investigação médica é proibido o acesso aos dados pessoais que permitam de modo directo ou indirecto identificar qualquer das pessoas envolvidas, salvo o consentimento expresso por escrito do próprio*.

O Código Civil Português em seu artigo 1839º, nº 3 impede o cônjuge que deu o consentimento à inseminação artificial de vir, mais tarde, a impugnar a paternidade, com fundamento na dissociação entre paternidade biológica e a civil³²², à semelhança do que ocorre em quase todos os países que prevêm a utilização de material de doador ou doadora. Disposição semelhante encontramos na lei nº 32/2006 no artigo 10º, nº2 (*os doadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer*) e no artigo 20º, nº 1 (*considerando como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação*)³²³.

Stela Barbas lembra que os que defendem o anonimato do doador argumentam que o segredo é fator indispensável *para acautelar o valor da ‘intimidade da vida privada e familiar’ (número I do artigo 26º da Constituição da República Portuguesa) e sua revelação seria causa de responsabilidade em razão da violação dos direitos de*

³²² Código Civil Português: Art. 1839º, 3: *Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.*

³²³ *A principal consequência jurídica destas constatações, feitas a partir das soluções legais, resulta na não aplicação destas normas nos casos em que os pressupostos legalmente fixados para a prestação do consentimento não tenham sido observados.*

Assim, se as técnicas de PMA forem aplicadas com recurso a gâmetas de dador em ambiente não clínico ou não autorizado e sem consentimento validamente prestado pelos beneficiários, não se aplicarão estas particulares regras de estabelecimento dos vínculos biológicos.

De igual modo, se o doador fornecer o seu material biológico para uma ‘inseminação de simpatia’, por exemplo, em violação da regra de inadmissibilidade de recurso à PMA pelos casais homossexuais, ou num esquema de maternidade de substituição, aplicar-se-ão as regras gerais, de tal forma que pode ser, para todos os efeitos, considerado progenitor da criança nascida.

Ainda no caso da maternidade de substituição, não sendo lícito o recurso a tal esquema, em princípio, a mulher que ‘der a luz’ será considerado legalmente a progenitora.

Uma doação de embriões ilícita levará a que o indivíduo que forneceu o espermatozóide seja considerado juridicamente pai da criança e possa pensar-se em estabelecer a maternidade relativamente à dadora do ovócito utilizado. REIS, Rafael Luís Vale e, O direito ao conhecimento das origens genéticas, Op. cit, p. 446.

personalidade (artigo 70º do Código Civil Português) a ser atribuída ao responsável pelo sigilo. Argumentam ainda que seria aplicável analogia ao artigo 1987º do Código Civil Português que prevê o anonimato do pai biológico no caso da adoção. A autora fez questão de registrar, contudo, que a regulamentação jurídica portuguesa nada prescreve em relação ao segredo no número 3 do artigo 1839º do Código Civil que prevê a possibilidade de violação da obrigação do sigilo e atribuição da paternidade ao doador³²⁴.

Afirma ainda a mesma autora que o segredo em relação ao doador está *em manifesta contradição com o disposto na primeira parte do citado artigo 26º da Constituição Portuguesa que reconhece a todos o ‘direito à identidade genética’* e questiona se o anonimato que protege o doador, protegerá também o principal personagem: a criança³²⁵. Afirma que o anonimato *ofende o direito fundamental à identidade pessoal (artigo 26º, nº 1 da Constituição da República) subalternizando-o a um suposto direito dos inférteis a terem um filho. Este último é, nessa medida, instrumentalizado*³²⁶. Registra a contradição que se estabeleceu com o artigo 1987º do Código Civil Português³²⁷ que preceitua o segredo na adoção e propõe a adaptação do dispositivo ao direito de todos ao conhecimento de suas raízes, patrimônio genético, enfim, de sua historicidade e identidade³²⁸.

6.2. ENQUADRAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O preâmbulo da Constituição Brasileira afirma que a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos da sociedade, os quais se encontram assegurados pelo Estado de Direito. Além disso, no artigo 1º da Constituição, a dignidade da pessoa humana foi inserida como fundamento da República. Os direitos e garantias fundamentais inseridos no artigo 5º, dentro os quais o direito à vida, a liberdade e à igualdade. O parágrafo 7º do artigo 226º da Constituição da República estabelece a liberdade para o planejamento familiar, mas impõe o respeito ao princípio da dignidade humana e a paternidade responsável.

Portanto, *como um fundamento da própria República Federativa do Brasil, a*

³²⁴ **BARBAS**, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao patrimônio genético*, Op.cit., p. 170-171.

³²⁵ Idem, p.172-173.

³²⁶ Idem, p.222.

³²⁷ “*Depois de decretada a adoção plena não é possível estabelecer a filiação natural do adoptado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de publicações*”.

³²⁸ **BARBAS**, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao patrimônio genético*, Op.cit., p.175.

*dignidade é colocada como centro, o vértice normativo e axiológico de todo o sistema jurídico, tendo o constituinte reconhecido que o homem constitui a finalidade precípua e não apenas o meio da atividade estatal*³²⁹.

Podemos afirmar, então, que os direitos de personalidade foram colocados na Constituição da República Brasileira como direitos fundamentais e no artigo 60º foram incluídos nas cláusulas pétreas³³⁰.

Oportuno destacar o status jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira. O constituinte optou por não incluí-lo na pasta dos direitos fundamentais, elevando-o a condição de princípio fundamental³³¹. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro³³², estando ainda implícito em outros capítulos do texto, como, por exemplo, o que determina que o planejamento familiar é livre, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável³³³ e assegurando à criança e ao adolescente o direito à dignidade³³⁴.

Sendo assim, o reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e sua posição privilegiada no texto constitucional demonstram que esse princípio é basilar e orienta todo o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é norma jurídica fundamental que serve de fundamento para muitos dos direitos elencados como direitos fundamentais. Porém, a lista dos direitos catalogados como direitos fundamentais não é exaustiva, razão pela qual se pode extrair do princípio da dignidade da pessoa humana, outros direitos fundamentais. Ou seja, a dignidade, sendo qualidade intrínseca de cada

³²⁹ **SILVA**, Sandra Maria da, *O Ministério Público e a garantia do direito fundamental à ascendência genética*, Op.cit., p. 347.

³³⁰ Artigo 60 da Constituição da República Brasileira: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV- os direitos e garantias individuais.

³³¹ No mesmo sentido: *o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o interprete há de orientar-se em seu ofício*. **BARCELLOS**, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 146.

³³² Artigo 1º, inciso III da Constituição Brasileira: *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.*

³³³ Artigo 226, § 7º da Constituição Brasileira: *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.*

³³⁴ Artigo 227, caput: *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.*

ser humano, goza do status de norma jurídica constitucional, dotada de eficácia jurídica³³⁵.

Portanto, por disposição expressa do texto constitucional brasileiro³³⁶, a lista dos direitos fundamentais não é exaustiva, podendo-se identificar outros direitos fundamentais não positivados que, em virtude de sua relevância e conteúdo material significativo, são merecedores de proteção constitucional. Sendo assim, através da chamada “cláusula aberta”³³⁷, pode dizer que, apesar de o direito ao conhecimento das origens genéticas não estar expressamente consagrado na atual Constituição Federal Brasileira, seu conhecimento e proteção podem ser extraídos do texto constitucional, principalmente a partir do direito à vida e com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, apontando para uma cláusula geral implícita de tutela de todas as manifestações essenciais da personalidade³³⁸.

Ademais, o direito constitucional à saúde está expressamente consagrado no ordenamento constitucional brasileiro como um direito fundamental, sendo tratado na Constituição Brasileira no título II que trata dos direitos e garantias fundamentais (capítulo dos direitos sociais) e também no título VIII que trata da ordem social³³⁹.

Pelo quadro delineado, pode-se afirmar que existe no ordenamento jurídico brasileiro um direito ao conhecimento das origens genéticas como direito constitucional implícito na ordem constitucional brasileira, conclusão que se chega a partir da cláusula aberta, do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida³⁴⁰. Ainda mais se

³³⁵ **PETTERLE**, Selma Rodrigues, *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*, Op.cit., p. 83-85.

³³⁶ Artigo 5º, § 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.*

³³⁷ Nesse sentido Canotilho para quem, *além dos direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição, chamados formalmente constitucionais, verifica-se que há direitos materialmente constitucionais, ou seja, além dos direitos positivados, há outros que a doutrina tem denominado de princípio da cláusula aberta ou princípio da não identidade.* O autor aponta que, *dentre os direitos não positivados, devem ser considerados como materialmente fundamentais aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais e que, pelo objeto e pela importância, sejam equiparáveis aos direitos formalmente fundamentais.* **CANOTILHO**, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op.cit., p. 404.

³³⁸ *Pode-se, então, afirmar que o sistema de direitos fundamentais não está enclausurado, nem vendado, que o sistema de direitos fundamentais está aberto e respira novos ares, e isso não por mero capricho, mas porque seria ilusório imaginar que o rol elencado pudesse prever todos os direitos e merecer proteção constitucional.* **PETTERLE**, Selma Rodrigues, *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*, Op.cit., p. 90-91.

³³⁹ Art. 196 da Constituição Brasileira: *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

³⁴⁰ Nesse sentido: (...) *o Direito como um sistema aberto, no qual a Constituição passa a ser o ponto central do ordenamento, na qual se encontram os valores da sociedade positivados nos princípios e*

considerarmos que a identidade genética da pessoa humana, sendo uma das bases da identidade pessoal, é uma das manifestações da personalidade humana.

Registre-se também a posição de Edílson Farias para quem,

*os princípios (notadamente aqueles com respaldo na Lei Maior) são instrumentos valiosos para uma adequada hermenêutica constitucional. Ademais, essa perspectiva principialista (assentada em princípios) acaba como desembocando em nova concepção da Norma Fundamental, a saber: a Constituição como norma jurídica obrigatória*³⁴¹.

Portanto, a Constituição Brasileira estabelece entre os seus princípios o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana. Os direitos de personalidade estão tutelados no artigo 1º, inciso III da Constituição que dispõe sobre o princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, encontra-se embasado na noção de que a pessoa humana é o fundamento e o fim da sociedade e do Direito.

Os princípios, como se sabe, orientam e legitimam o sistema jurídico de defesa da personalidade. Contudo, embora tenha reconhecido o tratamento isonômico entre os filhos e tenha recepcionado a Convenção dos Direitos da Criança e do adolescente (que reconhece o direito de toda criança conhecer seus pais biológicos), o ordenamento jurídico não reconheceu expressamente o direito ao conhecimento das origens genéticas. Contudo, utilizando os métodos de interpretação que têm por alicerce os princípios citados e a proteção integral da criança e do adolescente, pode-se afirmar que há um interesse juridicamente relevante de conhecer os doadores do material genético. Portanto, o conhecimento da origem genética deve ser assegurado como um direito fundamental.

O artigo 48º da Lei nº 8.069/90 que dispõe sobre o estatuto da criança e adolescente prevê a obtenção de informações pelo filho quanto à sua identidade genética biológica. Esse dispositivo deve estender-se às demais hipóteses de filiações

regras (...) Conseqüência ainda deste alto grau de abstração é o grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, sendo que os princípios por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras dos aplicadores do direito, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. ECHTERHOFF, Gisele, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a Biotecnologia*, in MEIRELES, Jussara Maria Leal de, et al, *Biodireito em discussão*, 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 100, 102-103.

³⁴¹ FARIAS, Edílson Pereira de, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Op.cit., p. 22.

socioafetivas.

Alguns projetos foram apresentados na Câmara com o fito de regular, entre outras questões, a possibilidade de conhecer a identidade civil dos doadores de gametas no caso de concepção do indivíduo gerado através da reprodução assistida heteróloga.

O projeto de lei nº 2.855/97 do deputado Confúcio Moura prevê o sigilo quanto ao uso da técnica e que o doador somente poderá ter 2 (dois) filhos em um mesmo Estado.

O projeto nº54/02 do Deputado Luiz Moreira estabelece, da mesma forma que a Resolução do CFM nº. 1.358 de 1992, o anonimato absoluto do doador, ressalvando apenas a possibilidade de em casos de problemas de saúde da criança, as informações sejam fornecidas somente para médicos, resguardando a identidade civil do doador. Dispõe pela necessidade do consentimento do cônjuge ou companheiro, se a mulher for casada ou viver em união estável. Estabelece que o doador deve produzir apenas uma gestação para cada um milhão de habitantes e permite a doação temporária do útero com mulheres com parentesco até o segundo grau.

O projeto de lei do Senado nº90/1999 – Projeto de lei nº 1.184/03 do senador Roberto Requião – é o projeto que mais suscitou debates. Inicialmente, o projeto delimitava o âmbito de incidência das técnicas de reprodução medicamente assistida, limitando a sua utilização aos casos de infertilidade não decorrente da passagem da idade reprodutiva e como mecanismo preventivo e/ou profilático de doenças genéticas ou hereditárias. Os artigos 3º, §§1º e 3º e artigo 12º estabeleciam o consentimento informado, considerando o interesse da criança na identificação do doador. O projeto estabelecia também a obrigação de reconhecimento da filiação da criança pelo doador. O Projeto de Lei 90/99 original prevê a necessidade do consentimento livre e esclarecido não só pelos beneficiários, como também dos doadores, que deveriam ser informados de eventual identificação civil por parte do ser gerado, como também da obrigatoriedade de reconhecimento da criança em casos previstos na lei (art.3º, §2º). A identificação civil poderia ocorrer quando a criança completasse a maioridade, ou a qualquer tempo em casos de falecimento de ambos os pais (art.12, *caput*). Já o reconhecimento poderia ocorrer se a criança não tivesse no registro a filiação relativa à pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta (art. 12, §1º)³⁴².

³⁴² Projeto de lei nº 90/99:

Depois de aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o projeto foi encaminhado para a comissão de Assuntos Sociais (CAS), também do Senado, que tem poder terminativo sobre a matéria. Na CAS, o projeto foi relatado pelo senador Tião Viana, que apresentou outro substitutivo. Foram também encaminhadas várias emendas para serem apreciadas em turno suplementar na CAS. Em turno suplementar, o senador Tião Viana apreciou as emendas, que culminaram em uma versão final do Projeto de Lei nº 90/91.

Depois de aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS), o Projeto de Lei nº 90/91 foi encaminhado à Câmara Federal, onde recebeu o número 1.184/2003. O

Artigo 2º A utilização da RA só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto nesta Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, e desde que:

I - tenha sido devidamente constatada a existência de infertilidade irreversível ou, caso se trate de infertilidade inexplicada, tenha sido obedecido prazo mínimo de espera, na forma estabelecida em regulamento;

II - os demais tratamentos possíveis tenham sido ineficazes ou ineficientes para solucionar a situação de infertilidade;

III-a infertilidade não decorra da passagem da idade reprodutiva;

IV - a receptora da técnica seja uma mulher capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado ou autorizado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento de consentimento informado a ser elaborado conforme o disposto no artigo 3º;

V - exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou a criança;

VI - no caso de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, haja indicação precisa com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

Artigo 3º - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos cônjuges e companheiros em união estável, em documento redigido em formulário especial, no qual os usuários manifestem, pela aposição de suas assinaturas, terem dado seu consentimento para a realização das técnicas de RA e terem sido esclarecidos sobre o seguinte:

IV - as implicações jurídicas da utilização da RA, inclusive quanto à paternidade da criança;

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo, a ser efetivado conforme as normas regulamentadoras que irão especificar as informações mínimas a serem transmitidas, será extensivo aos doadores e seus cônjuges ou companheiros em união estável.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida pela criança e, em alguns casos, de o doador vir a ser obrigado a reconhecer a filiação dessa criança, em virtude do disposto no artigo 12.

Artigo 11º - A criança terá assegurados todos os direitos garantidos aos filhos na forma da lei.

Parágrafo único. Ressalvados os casos especificados nos §§ 2º e 3º do art. 12, os pais da criança serão os usuários.

Artigo 12º - A criança nascida a partir de gameta ou embrião doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se assim o desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar sua maioria jurídica ou, a qualquer tempo, no caso de falecimento de ambos os pais.

§ 1º A prerrogativa garantida no caput poderá ser exercida, desde o nascimento, em nome de criança que não possua em seu registro civil o reconhecimento de filiação relativa a pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta, situação em que ficará resguardado à criança, ao doador e à mãe substituta o direito de obter esse reconhecimento na forma da lei.

§ 4º Ressalvado o disposto nos §§ 1º e 3º, não se aplica ao doador qualquer direito assegurado aos pais na forma da lei.

Projeto de lei nº 1.184 de 2003³⁴³ de autoria do senador Tião Viana limita o sigilo do doador, permitindo à pessoa nascida por técnicas de reprodução medicamente assistida o acesso à informação sobre a identidade do doador, tal como havia sido estabelecido no projeto original nº90/99. O Projeto substitutivo do Projeto nº 90/99- Projeto de lei nº1.184/03 do senador Roberto Requião- acrescenta ainda ao requisito da idade reprodutiva o da aptidão física e psicológica da receptora das técnicas reprodutivas.³⁴⁴

³⁴³ “Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

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

§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.

§ 2º quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que noticiará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.

§ 3º No caso de motivação médica, autorizado no § 2º, resguardar-se-á a identidade civil do doador mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

³⁴⁴ Projeto substitutivo nº90/99:

Artigo 2º A utilização da Procriação Medicamente Assistida só será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifica infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

I - exista, sob pena de responsabilidade, conforme estabelecido no art. 38 desta Lei, indicação médica para o emprego da Procriação Medicamente Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou para a criança;

II - a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento a ser elaborado conforme o disposto nos arts. 4º e 5º desta Lei;

III - a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade cronológica e outros critérios estabelecidos em regulamento.

§ 1º Somente os cônjuges ou o homem e a mulher em união estável poderão ser beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

§ 2º Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Procriação Medicamente Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.

Art. 18 Será atribuída aos beneficiários a condição de pais da criança nascida mediante o emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

Parágrafo único. É assegurado ao doador e à criança de que trata este artigo o direito recíproco de acesso, extensivo a parentes, a qualquer tempo, por meio do depositário dos registros concernentes à procriação, observado o disposto no inciso III do art. 6º, para o fim de consulta sobre disponibilidade de transplante de órgãos ou tecidos, garantido o anonimato.

Art. 19 O doador e a genitora substituta, e seus parentes biológicos, não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. 20 As conseqüências jurídicas do uso da Procriação Medicamente Assistida, quanto à filiação, são irrevogáveis a partir do momento em que houver embriões originados in vitro ou for constatada gravidez decorrente de inseminação artificial.

Na Câmara, o Projeto foi enviado para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), onde foram apensados onze projetos que tratam sobre a reprodução assistida para que caminhassem em conjunto e, com isso, fossem facilitados os trabalhos. Contudo, em parecer de 28/12/2005, o relator responsável, deputado Colbert Martins, rejeitou todos os projetos, inclusive o projeto de Lei nº 90/99 por entender que *não há conveniência, necessidade ou oportunidade para aprovação das propostas*. No que diz respeito especificamente ao projeto de Lei nº 1.184/2003 (antigo projeto 90/99), entende Colbert Martins que a reprodução assistida não deve ser tratada minuciosamente e o Código Civil de 2002 já permite a reprodução medicamente assistida. Portanto, na contramão da sociedade e dos mais variados estudiosos do assunto que vem levantando questões éticas e jurídicas sobre o assunto, o deputado entendeu que não há necessidade de lei que regulamente o assunto.

Acerca do assunto, registramos a posição de Eduardo Leite entendendo que: *O Direito deve, seguramente, intervir no campo das técnicas biomédicas, quer para legitimá-las quer para coibir ou regulamentar outras. Além disso, regulamentações do Poder Executivo e do Conselho Federal de Medicina são destituídas de qualquer cogência, podem ser facilmente contornáveis*³⁴⁵. Giselda Maria Hironaka também registra que:

*O papel do Direito não é cercear o desenvolvimento científico, mas justamente o de traçar aquelas exigências mínimas que assegurem a compatibilização entre avanços biomédicos que importam na ruptura de certo paradigmas e a continuidade do reconhecimento da Humanidade enquanto tal e, como tal, portadora de um quadro de valores que devem ser assegurados e respeitados*³⁴⁶.

Desse modo, imprescindível que o ordenamento jurídico brasileiro venha dispor

Art. 21 A morte dos beneficiários não restabelece o pátrio poder dos pais biológicos

Art. 22 O Ministério Público fiscalizará a atuação dos estabelecimentos que empregam técnicas de Procriação Medicamente Assistida, com o objetivo de resguardar os direitos do nascituro e a saúde e integridade física das pessoas, aplicando-se, no que couber, as disposições do Capítulo V da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

³⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira, *O Direito, a ciência e as leis biomédicas*, in SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, et al, *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.110.

³⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante*. [Consult. 02.02.2008]. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex019.htm>.

sobre as questões éticas e jurídicas que envolvem a reprodução medicamente assistida.

O Projeto de lei nº 120/2003 de autoria do deputado federal Roberto Pessoa estabelece a possibilidade de o indivíduo nascido por meio de técnicas de reprodução medicamente assistida conhecer a identidade dos pais biológicos. Ressalva, porém, que o acesso a essas informações não dá ensejo à aquisição de direitos sucessórios³⁴⁷.

O Projeto de lei nº. 4.686/2004 de autoria do deputado José Carlos Araújo tem por objetivo inserir no Código Civil vigente (lei nº 10.406/2002) dispositivo com vistas a garantir o direito ao conhecimento da origem genética, delimitando, porém, o vínculo parental e os direitos sucessórios. Oportuno registrar trecho da justificativa do projeto:

Busca-se, com tal direito, a compreensão das características físicas, psíquicas e comportamentais, até então desconhecidas, (...) superando suas próprias limitações, preconceitos e resistência do grupo social. Entendemos que a possibilidade de o ser conviver com a verdade decorrente do conhecimento de sua origem genética representa uma forma de proteção muito mais digna do que uma existência fundada na mentira ou negação da verdade, suscetível de produzir lesão ao indivíduo.

O Código Civil Brasileiro vigente (lei nº 10.406/2002)³⁴⁸ em vigor tratou a questão da reprodução medicamente assistida pontualmente no seu artigo 1.597º. O

³⁴⁷ Projeto de lei nº 120/2003:

Art.2º. A lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992 passa a vigorar com o acréscimo do seguinte Art.6ª A: Art.6º-A. A pessoa nascida de técnicas de reprodução assistida tem o direito de saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos, a ser fornecido na ação de investigação de paternidade ou maternidade pelo profissional médico que assistiu a reprodução ou, se for o caso, de quem detenha seus arquivos.

Parágrafo único. A maternidade ou paternidade biológica resultante de doação de gametas não gera direitos sucessórios.

³⁴⁸ Projeto de lei 4.686/2004:

Art. 1.597-A. As instituições de saúde, detentoras de licença de funcionamento concedidas na forma da lei, que realizarem Reprodução Assistida, e os profissionais responsáveis pela execução dos procedimentos médicos e laboratoriais pertinentes, estarão obrigadas a manter em arquivo sigiloso, e zelar pela sua manutenção, todas as informações relativas ao processo, às identidades do doador e da pessoa nascida por processo de inseminação artificial heteróloga, de que trata o inciso V, do artigo anterior.

§1º À pessoa nascida pelo processo a que alude este artigo é assegurado o acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre e consciente, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive a identidade civil do doador e mãe biológica, obrigando-se o serviço da saúde responsável a fornecer informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.

§ A maternidade ou paternidade biológica resultante de processo de reprodução assistida heteróloga não gera direitos sucessórios.

inciso V estabeleceu a presunção de filiação aos indivíduos nascidos com a utilização de material genético de terceiro, desde que haja prévia concordância do marido por meio de assinatura de termo de consentimento³⁴⁹. Portanto, apesar de o dispositivo valorizar a paternidade socioafetiva, verifica-se que o Código não faz menção expressa ao direito ao conhecimento da origem biológica dos filhos nascidos através de técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga.

Assim, o Código Civil Brasileiro foi tímido na regulação das questões relativas a reprodução medicamente assistida. O projeto do Código, datado de 1975, tornou-se lacunoso com o avanço da medicina, pois desde a apresentação até à sua apresentação no Senado decorreram mais de vinte anos. Porém, o Novo Código Civil regulamentou os direitos de personalidade de forma expressa no capítulo II, do Título I do Livro I- Parte geral³⁵⁰. Contudo, predomina o entendimento de que a enumeração do Código é exemplificativa, devendo prevalecer a tutela geral da personalidade prevista no artigo 11º e 12º³⁵¹. Este é o entendimento que está em harmonia com o princípio da dignidade humana previsto da Constituição e demais normas do Código Civil. Portanto, deve-se ter em mente que não foi intenção do legislador limitar os direitos de personalidade, razão pela qual podemos falar em um direito geral de personalidade que deve estar protegido pela ordem jurídica como um todo e não somente em artigos isolados. A partir daí, pode-se afirmar que a tutela dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro está inserida tanto constitucional como infraconstitucionalmente.

Oportuno mencionar também a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que, em seu item 2 da seção 4 determinava o anonimato, tanto do doador quanto dos receptores. A resolução dispunha que apenas por motivação médica poderiam ser fornecidas e, mesmo assim, somente para médicos. A Resolução 1.358/92 foi revogada recentemente pela Resolução nº 1.957/2010 publicada no Diário Oficial da União em 06.01.11 (seção I, página 79) que dispõe no seu item IV que:

³⁴⁹ Art. 1.597. *Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

³⁵⁰ O Código Civil Brasileiro- lei nº 10.406/2002 tratou da reprodução humana assistida no artigo 1.597 nos seguintes termos: *Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I- nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II- nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.*

³⁵¹ Art. 11. *Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*

Art. 12. *Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.*

2- os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3- 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.

4-As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

Contudo, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, essas resoluções do CFM, além de não terem força de lei³⁵², vão de encontro a princípios da Constituição Brasileira.

Portanto, mesmo diante de tantas implicações jurídicas e éticas acerca da reprodução medicamente assistida, não há lei específica no Brasil regulando a situação. As soluções apresentadas resultam de um raciocínio hermenêutico que leva em consideração os princípios constitucionais.

6.3. ENQUADRAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL.

A Lei espanhola nº35 de 22 de novembro de 1988 resultou das recomendações do Informe Palacios e regulou a questão da procriação medicamente assistida, preceituando o anonimato do doador. Para contar com critérios para a elaboração da lei, em 29 de março de 1985 foi constituído no Congresso dos Deputados a Comissão Especial de estudos sobre fecundação *in vitro* e inseminação artificial humana, integrada por representantes dos grupos parlamentares. Também compareceram especialistas nas diferentes matérias (biologia, genética, ginecologia, derecho, teologia, moral, bioética,

³⁵² Nesse sentido: *De um lado, deve-se reconhecer que a Resolução é de caráter essencialmente ético, faltando, com isso, uma orientação jurídica propriamente dita.* BENTO, Luís Antonio, *Bioética: desafios éticos no debate contemporâneo*, Op. cit, p. 278.

etc). O trabalho resultou na redação de um informe com cento e cinquenta e cinco recomendações e algumas sugestões³⁵³.

O grupo parlamentarista nacionalista propôs incluir no informe da Comissão a possibilidade de revelar a identidade em situações excepcionais com as devidas cautelas, com a finalidade de proteger um filho enfermo³⁵⁴. De concreto, a recomendação 53 aparece com a seguinte redação:

*solo cuando se den circunstancias extraordinarias que comportan un comprobado peligro para la vida del hijo, debería ceder el secreto de la dación en aras de aquél interes preeminente, sin que ello implicaria reconocimiento jurídico de la paternidad ni publicidad de la identidad del donante*³⁵⁵.

O grupo centrista sustentou que o princípio da primazia da verdade biológica, introduzido pela lei nº11 de 13 de maio de 1981 não deveria ser aplicado aos casos de reprodução humana heteróloga, em razão da necessidade de anonimato do doador: *En estos casos deberá prevalecer siempre la imposibilidad de la investigación de la paternidad, y en aras de la conveniència de los próprios padres formales y del próprio hijo*. Segundo eles, o artigo da Constituição deve ser entendido *en el sentido de reconocer al hijo así habido el derecho a conocer los datos objetivos correspondientes al padre genético (grupo étnico, sanguíneo, genotipo, etcétera) pero no su identidad concreta*³⁵⁶.

Assim, a lei espanhola estabeleceu que a criança ou a mãe tem direito de conhecer o genótipo, o estado de saúde e o grupo sanguíneo e étnico do doador, ou seja, suas características biofísicas sem que seja revelada sua identidade. A lei estabelece ainda no artigo 5º³⁵⁷ a possibilidade de revelar a identidade do doador em algumas

³⁵³ JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 311.

³⁵⁴ Idem, p.312.

³⁵⁵ Diário de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, número 280, 1986, p. 12560 apud JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 311 - 312.

³⁵⁶ Diário de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, número 280, 1986, p. 12565 apud JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 312.

³⁵⁷ Artigo 5.5 da lei 35/1998: *La donación será anônima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de donantes.*

circunstâncias, como quando exista um grave perigo para a vida do filho e a identidade dos seus progenitores biológicos seja decisiva, ou quando a identidade do doador seja necessária em razão de leis processuais penais³⁵⁸. O artigo 8º, nº 3 da lei esclarece que a revelação da identidade do doador não implica em determinação legal de filiação³⁵⁹.

A lei nº 35 de 22 de novembro de 1988 estabelece ainda que, no caso de reprodução heteróloga, se o marido e a mulher tiverem prestado seu consentimento prévia e expressamente, não poderão contestar a filiação da criança nascida de tal inseminação³⁶⁰.

A lei nº 45 de 21 de novembro de 2003 modificou a lei 35/1988 e, em 2005, foi apresentado um Projeto de nova lei de reprodução assistida com propostas significativamente distintas de certas questões da regulação vigente. A lei nº 14 de 26 de abril de 2006 sobre reprodução humana assistida estabelece também um anonimato relativo, pois embora estabeleça um anonimato, permite que os indivíduos nascidos através dessas técnicas possam, por si ou através de representante, conhecer a informação de caráter geral sobre o doador, sem conhecer a identidade deste. No artigo 5º, alínea 5 da mesma lei foi também estabelecida outra exceção ao anonimato do doador: no caso de circunstâncias extraordinárias que comportem um perigo certo para a vida ou a saúde de filho ou quando proceda de acordo com leis processuais penais e sempre que tal revelação seja indispensável para evitar perigo ou para conseguir o fim legal proposto. Essa revelação terá caráter restritivo e não implicará em publicidade da identidade dos doadores (artículo 5.5³⁶¹). Ou seja, a quebra do anonimato ocorrerá

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos. Solo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8º, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

20.2. *Son infracciones graves: Desvelar a identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos en la presente Ley.*

³⁵⁸ *Artigo 162 do Código Penal Espanhol: Quem praticare reprodução assistida em uma mulher, sem seu consentimento, será castigado com a pena de prisão de dois a seis anos, e inhabilitação especial para emprego o cargo público, profissão u ofício por tempo de uno a cuatro años. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalidad, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*

³⁵⁹ *Artigo 8.3 da Lei 35/1998: La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5 de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.*

³⁶⁰ De acordo com artigo 6.1.

³⁶¹ *Art.5.5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.*

quando entrar em choque com outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e de igual ou maior importância que a intimidade do doador, como a vida e a saúde do filho e para facilitar investigação penal³⁶². Nessa lei, é considerado uma infração muito grave revelar a identidade dos doadores fora dos casos excepcionais previstos pela lei (artigo 20º, nº 2). O doador deve ser maior de idade, ter capacidade de agir, ser examinado seu estado psicofísico para verificar se padece de enfermidades genéticas, hereditárias ou infecciosas transmissíveis³⁶³. Existe limitação para o número de crianças geradas com gametas de um mesmo doador: seis. É proibida a maternidade de substituição, sendo nulos os respectivos contratos. O contrato de doação deve ser secreto, formal e gratuito celebrado entre o doador e o centro autorizado³⁶⁴.

Na Espanha, a história clínica e os arquivos de dados são confidenciais. O registro Nacional de Doadores de Gametas e Pré-embriões, que é administrado pelo Ministério da Saúde e Consumo, é único e está formado pelas bases de dados de cada centro ou serviço autorizado que recolhe um registro individual de cada doador com seus dados de identificação e outros dados relativos ao processo reprodutivo. A informação deve ser tratada com a mais estrita confidencialidade, de acordo com a legislação vigente³⁶⁵. Para determinar a filiação, aplicam-se as normas vigentes com algumas ressalvas. O marido e a mulher não poderão, quando tenham prestado seu consentimento, prévia e expressamente a determinada fecundação com contribuição de doador, impugnar a filiação matrimonial do filho nascido em razão de tal fecundação. Não poderá determinar-se legalmente a filiação, nem reconhecer-se relação jurídica alguma entre o filho nascido pela aplicação das técnicas reguladas na lei e o marido falecido, quando o material reprodutor deste não esteja no útero da mulher na data da morte. Porém, o marido poderá consentir em escritura pública ou testamento, que seu

³⁶² **ESPINO**, Maria Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, Op.cit., p. 156.

³⁶³ *Art. 5.6. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean la adecuadas.*

³⁶⁴ **JIMÉNEZ**, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 315.

³⁶⁵ **JIMÉNEZ**, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Ibid, Ibidem.

material genético seja utilizado nos seis meses seguintes ao seu falecimento para fecundar sua mulher. A revelação da identidade do doador não implica, em nenhum caso, determinação legal da filiação.

Na Espanha, o assunto da possível inconstitucionalidade do anonimato foi objeto de recurso apresentado contra a lei sobre técnicas de reprodução assistida. O Tribunal Constitucional entendeu, porém, pela constitucionalidade do anonimato do doador, fazendo distinção entre a pretensão posta na ação de investigação de paternidade (pretensão de estabelecer vínculo jurídico com o suposto pai da qual derivam vínculos, direitos e deveres) e a pretensão de conhecer a origem genética dos filhos nascidos de técnicas de reprodução medicamente assistida.

Para o Tribunal Constitucional espanhol, a distinção justifica a exceção feita a investigação da paternidade nos casos de reprodução medicamente assistida³⁶⁶. A sentença resolveu pela constitucionalidade da lei de técnicas de reprodução assistida. O Tribunal Constitucional espanhol entendeu em sua sentença nº 116/1999 que só se poderá apreciar uma violação do artigo 37º, nº 2 da Constituição³⁶⁷ nos casos em que se impeça injustificadamente a investigação da paternidade. O Tribunal entendeu que a finalidade que se persegue com a investigação da paternidade é criação de vínculos filiais. Por outro lado, no caso de técnicas de reprodução medicamente assistida, não se estabelecerá um vínculo jurídico com direitos e obrigações, mas uma mera determinação identificativa. O Tribunal entendeu também que não há prejuízo ao nascido porque o anonimato é relativo e, portanto, a proteção de sua saúde e sua vida justificaria a quebra da regra. Em caso de conflito, estes direitos prevalecem sobre o direito do doador à intimidade³⁶⁸.

Contudo, María Lúcia Espiro lembra que a constitucionalidade da lei em relação ao artigo 39º, nº 2 não apresenta grandes problemas, principalmente porque quando o legislador incluiu esse preceito na Constituição de 1978, tinha em mente realidade bem distinta da questão que hoje se apresenta com as técnicas de reprodução medicamente assistida. Segundo a autora, maiores problemas envolvem a questão da

³⁶⁶ *Además, según argumenta el propio Tribunal, en los supuestos de reproducción asistida, la investigación de la paternidad no se orienta al establecimiento de ningún vínculo jurídico del que se deriven derechos y deberes para los afectados, sino que la pretensión, en estos casos, consiste tan solo en una mera identificación en un plano distinto del previsto en el último inciso del artículo 39.2 de la Constitución.* In: **RUIZ**, Yolanda García, *Reproducción humana asistida: Derecho, conciencia y libertad*, Op. cit, p. 180.

³⁶⁷ O artigo 39.2 da Constituição Espanhola estabelece que *la ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

³⁶⁸ **ESPINO**, Maria Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, Op.cit., p. 157.

constitucionalidade do anonimato com relação ao artigo 14º da Constituição Espanhola. Isso porque ao filho nascido por inseminação artificial devem-se dar as mesmas oportunidades para exercer as ações de reclamação e impugnação da filiação que os nascidos de forma natural e os adotados. Ainda segundo a autora, nessa situação há dois conflitos de interesses: o direito do filho de conhecer sua origem e o do doador de preservar sua intimidade. Para resolver o impasse, a autora lembra que são numerosos os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Espanhola que apresentam alguma conexão com a bioética, tal como ocorre com o direito a uma vida digna, direito à igualdade e direito à liberdade como valores superiores do ordenamento jurídico espanhol reconhecidos constitucionalmente. Assim, deve-se considerar ilícita qualquer discriminação, entendida esta como elemento diferencial que não tem uma justificação objetiva e uma fundamentação razoável ou constitucionalmente legítima³⁶⁹.

Yolanda Ruiz registra que:

las leyes europeas comentadas sobre reproducción asistida y de los Informes que las han precedido han ido construyendo un derecho de los hijos nascidos mediante estas técnicas a tener un referendo paterno y outro materno. A este respecto, conviene precisar que la construcción de dicho derecho se ha realizado sobre la base de lo que se considera mejor par el futuro hijo y para su desarrollo personal. Es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, Áustria, Alemanha, Francia y Dinamarca(...) Esta regulación legislativa no reconoce, sin embaro, la posibilidad de conocer el próprio origen biológico, puesto que el anonimato de los posibles donantes permanece garantizado en los textos legales de los repectivos países³⁷⁰.

Porém, apesar de o Tribunal Constitucional espanhol ter considerado a legislação daquele país constitucional, o assunto ainda se cerca de grande controvérsia, havendo discordância de estudiosos em relação ao que fora decidido pelo Tribunal³⁷¹.

³⁶⁹ Idem, p. 156, 157-200.

³⁷⁰ **RUIZ**, Yolanda García, *Reproducción humana asistida: Derecho, conciencia y libertad*, Op. cit, p.276 e 277.

³⁷¹ Yolanda Ruiz registra, porém, que a lei permite a realização da procriação artificial pela mulher sozinha e, com o anonimato do doador, o filho não poderá ter um referencial paterno: (...) *en el supuesto de la mujer sola, a los interrogantes planteados anteriormente, se une el hecho de el hijo carecerá no solo de rerefente paterno sino también de cualquier posibilidad de tenerlo en función del anonimato del*

Assim, há quem afirme que, embora o direito ao conhecimento das origens biológicas não esteja reconhecido expressamente pela Constituição Espanhola, poderia ser reivindicado com base em outros direitos fundamentais e, especialmente, pela interpretação do artigo 10º da Constituição Espanhola que ampara o livre desenvolvimento da personalidade como fundamento da ordem política e da paz social³⁷².

6.4. ENQUADRAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DA NORUEGA, BULGÁRIA, ISRAEL, SUÍÇA, SUÉCIA, ALEMANHA, FRANÇA, ITÁLIA, ÁUSTRIA, REINO UNIDO, DINAMARCA, GRÉCIA, AUSTRÁLIA E HOLANDA.

Em 26 de janeiro de 1982, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, através da Recomendação nº 934, determinou que o direito ao próprio genoma deve ser respeitado como tal e protegido com universalidade e eficácia.

Em 10 de fevereiro de 1982, a União Europeia publicou o *Projeto de Recomendação sobre a Inseminação Artificial nos seres humanos*. De autoria do Comitê para os Direitos do Homem do Conselho da Europa, com o objetivo de uniformizar a matéria nos Estados Membros, o projeto defendeu a tese do anonimato³⁷³.

Em 1988, o Conselho da Europa defendia, através do seu Comitê *ad hoc* de peritos em ciências biomédicas, o princípio do anonimato. Admitiu, entretanto, que os Estados permitissem, em suas legislações, o acesso pelas pessoas geradas com recurso à PMA a essa informação³⁷⁴.

A Resolução nº 16 do Parlamento Europeu sobre fecundação artificial *in vivo* e *in vitro* de 16 de março de 1989 estabelece uma rejeição de princípio às técnicas

donante. Es decir, la madre, por propia voluntad, estará privando al hijo de tener un padre legal y una familia paterna y, además, por expreso mandato de la ley, el hijo no podrá conocer a su padre biológico. Idem, p. 182-183.

³⁷² Nesse sentido: ... *la ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida que permite el acceso de la mujer sola a la reproducción artificial y establece, como norma geral, el anonimato de los donates, constituye, dentro del panorama jurídico europeo, una opción a nuestro juicio poco acertada y probablemente, como señala algún autor, poco respetuosa com principios y derechos constitucionales como los establecidos en el artículo 39.2 (posibilidad de investigar la paternidad) y 14 (igualdad y no discriminación) de la Constitución española.* Idem, p. 278.

³⁷³ Artigo 5º: *O médico e pessoal do estabelecimento hospitalar que recebe esperma ou que realize inseminação artificial tem o dever de preservar o segredo da identidade do doador e, sob reserva das disposições da lei em caso de processo judicial, da identidade da mulher e, caso seja casada, da do seu marido, e ainda o segredo sob a realização da própria inseminação artificial.*

³⁷⁴ REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 425.

heterólogas e à dação de gametas por terceiros, determinando que, caso os Estados as admitam, devem assegurar o seu carácter subsidiário, a proibição de desconhecimento da paternidade em caso de inseminação heteróloga, a proibição de exigir pensão de alimentos e a aplicação das respectivas leis referentes à adoção, inclusive no que diz respeito ao anonimato do doador.

A Diretiva nº 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004 disciplina no seu artigo 14º, nº3 que:

os Estados-Membros adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a identidade dos receptores não seja revelada nem ao dador nem à sua família e vice-versa, sem prejuízo da legislação em vigor nos Estados-Membros sobre as condições de divulgação, nomeadamente no caso de doação de gametas.

A lei norueguesa nº 68 de 12 de junho de 1987³⁷⁵ sobre técnicas de reprodução assistida preceitua o anonimato do doador, admite a fecundação artificial para pessoas casadas e unicamente com óvulos da esposa. A doação de sêmen está autorizada, sem mais regulação sobre o acesso a seus dados³⁷⁶.

O artigo 19º, parte 2 da Constituição Suíça declara que o ser humano deve ser protegido contra os abusos em matéria de procriação medicamente assistida e de engenharia genética, bem como determina que a Confederação legisle quanto à utilização do patrimônio germinal e genético humano, assegurando a proteção da dignidade humana, da personalidade e da família. A Constituição Suíça admite a investigação do patrimônio genético de uma pessoa somente com o consentimento desta ou em virtude de lei, declarando que toda pessoa terá acesso aos dados relativos aos seus antecedentes (artigo 119º, nº 2)³⁷⁷.

Na Suíça, foi editada lei federal sobre procriação assistida em 18 de dezembro de 1998 chamada de LPMA (*Loi fédérale sur La procréation médicalement assistée*). Esta lei assegura a proteção à dignidade da pessoa humana, à personalidade e à família e estabelece que, para utilização das técnicas, deve ser observada reserva das técnicas aos

³⁷⁵ Artigo 10º: *O pessoal de saúde é obrigado a preservar o anonimato do doador de esperma. Este não deve receber qualquer informação sobre a identidade do casal ou da criança.*

³⁷⁶ JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 308.

³⁷⁷ Artigo 119, parte 2, “f” e “g”.

casais unidos pelo matrimônio ou que vivam em união estável, a respeito dos quais possa ser estabelecida uma relação de filiação³⁷⁸, recurso ao uso de espermatozoides doados limitado aos casais unidos pelo matrimônio e óbice à inseminação artificial após a morte. A reprodução assistida somente poderá ser utilizada no caso de esterilidade do casal e quando outros métodos não tenham sido bem sucedidos ou na hipótese de risco de transmissão de doença grave e incurável aos descendentes. É proibida a maternidade em substituição. O concebido não pode contestar o vínculo de filiação existente entre ela e os pais, porém, terá direito a conhecer os dados do doador. Atendendo também aos interesses do doador, a lei suíça prevê no artigo 27º que o pedido de revelação da identidade do doador deve ser dirigido ao *Office federal de l'état civil* que, antes de informar ao requerente os dados relativos à identidade do doador, contactará este. Se o doador recusar-se a estabelecer contacto com o filho, é este alertado dos direitos de personalidade do doador e dos direitos da sua família, mas pode sempre manter o seu propósito de conhecer a identidade do doador e os respectivos dados ser-lhe-ão disponibilizados³⁷⁹.

Na Suécia, ocorreu uma mudança radical nos critérios sobre o acesso à informação do doador no caso de reprodução assistida. Até a entrada em vigor da lei nº 1140 de 20 de dezembro de 1984 relativa à inseminação artificial, o anonimato era absoluto. Alguns hospitais destruíam as anotações sobre a identidade do doador, uma vez constatada a gravidez. A partir desta data, a Suécia foi o primeiro país que permitiu, sempre que haja interesse do filho e este alcance maturidade suficiente, identificar o doador de gametas. Dessa forma, o doador deve ter atitude responsável e madura suficiente e sua situação adequada para ser conhecido pelo filho biológico no futuro. Deve ser informado ao doador que o filho biológico tem direito de saber quem ele é. Esta possibilidade não tem efeitos retroativos e, portanto, somente a partir do ano de 2004 é que se pode exercer o direito. Na Suécia também não se permite a inseminação artificial em mulher sozinha e casais homossexuais. Em complemento à Lei nº 1139/84 foi publicada a Lei nº 1140, que modifica o código das Relações entre os Progenitores e os Filhos, aditando-lhe o artigo 6º que preceitua que se a inseminação foi efetuada na mãe com o consentimento do cônjuge ou do homem que convivia com ela *more uxório*, e se, considerando todas as circunstâncias, for provável que o filho tenha sido concebido

³⁷⁸ Na Suíça, o artigo 256 do Código Civil impede o marido de intentar ação de impugnação de consentimento na concepção por obra de terceiro. VARGAS, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op. cit, p. 148- 149.

³⁷⁹ AGUIAR, Mônica, *Direito à filiação e bioética*, Op.cit., p. 146-147.

mediante inseminação, na aplicação dos artigos 2º a 5º é considerado como pai da criança aquele que deu o consentimento. Este dispositivo também não teve efeitos retroativos³⁸⁰.

Foi aprovada na Suécia, por referendo, a proibição de esconder aos interessados a identidade dos genitores. A Lei nº 1140 de 20 de dezembro de 1984 que proíbe o anonimato do doador, estabelece também que as equipes médicas deverão registrar em um livro especial de memória clínica os informes sobre o doador que se conservará durante, pelo menos, setenta anos. O artigo 4º reconhece ao futuro filho a possibilidade de conhecer os ascendentes biológicos, uma vez alcançada a maioridade³⁸¹. Dessa forma, a lei sueca optou por defender o direito dos filhos de conhecer sua origem biológica em detrimento do direito à intimidade do doador³⁸². Registre-se ainda que a lei prevê uma sanção de multa ou pena privativa de liberdade de, no máximo, seis meses para aqueles que realizem uma inseminação artificial sem observar as disposições estabelecidas na própria lei. O procedimento da inseminação heteróloga somente poderá ser realizado em hospitais, sendo vedada a realização em clínicas.

Na Alemanha, o Informe Brenda de 25 de novembro de 1985, deu origem à lei de proteção aos embriões, aprovada pelo parlamento em 13 de dezembro de 1990. A lei alemã estabelece que, se os casais não estão casados, necessitam de uma permissão para utilizá-las. Não se permite a transferência para a mulher de óvulos de doador e a doação de esperma requer uma autorização especial³⁸³.

O Informe foi elaborado pela comissão dos ministros de investigação e tecnologia e de Justiça e presidida por Erns Benda e teve como um dos principais objetivos a harmonização dos direitos dos pais com os dos filhos nascidos das técnicas de reprodução artificial. Acerca da fecundação heteróloga, o Informe concluiu que a

³⁸⁰ **JIMÉNEZ**, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 306.

³⁸¹ N°4: *Toda criança concebida por inseminação artificial nos termos do artigo 3º, quando atingir um grau de maturidade suficiente tem o direito de acesso aos dados relativos ao doador que se encontrem no registro especial do hospital. Incumbe ao Comitê da Previdência Social ajudar a criança a obter as informações desejadas.*

³⁸² Há inclusive na Suécia decisão obrigando o doador do material biológico a pagar pensão para os filhos gerados: *Um Tribunal na Suécia decidiu que um doador de esperma, que permitiu a um casal de lésbicas ter três filhos, deverá pagar pensão alimentícia às crianças depois que as duas mulheres se separaram, informou no domingo um jornal sueco. O jornal Nerikes Allehanda disse que um tribunal considerou o homem como pai biológico das crianças e por isso ele terá de pagar uma pensão de US\$ 265 por mês com o fim da união de dez anos das mulheres. A sentença abriu um dilema legal, já que, de acordo com as leis do país, um doador de esperma não é considerado pai das crianças. Os doadores são geralmente anônimos, mas, neste caso, o homem era amigo do casal e não havia dúvidas de que ele era o pai.* [Consult. 24.01.2008]. Disponível em http://cecil.unimed.com.br/nacional/bom_dia/saude_destaque.

³⁸³ **JIMÉNEZ**, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 308-309.

técnica não é recomendável em razão da repercussão que a intervenção pode ocasionar para o futuro do filho, da própria família e do doador. Considerou ilegítimo o anonimato do doador tendo por base o livre desenvolvimento da personalidade do filho gerado, registrando que, a impossibilidade de conhecer sua própria origem constitui uma clara lesão a dignidade humana. Entretanto, o Informe estabelece que a prática da fecundação *in vitro* heteróloga pode ser justificada sempre e quando sejam feitas as devidas garantias aos direitos do filho. O Informe propõe, então que, nesses casos, se permita o acesso dos filhos a informação relativa aos ascendentes genéticos quando completar 16 anos ³⁸⁴.

Embora o Informe Benda aceitasse a possibilidade de fecundação heteróloga somente em casos excepcionais, o texto final da lei não tratou sobre isso, deixando entender que a lei foi permissiva sobre este aspecto. Cabe destacar também que, na Alemanha, o anonimato do doador foi declarado inconstitucional ³⁸⁵.

Na Alemanha a consagração do direito à identidade genética é fundamentada no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual foi proclamado no artigo 2º da Constituição Alemã ³⁸⁶. Naquele país, o direito ao conhecimento das origens genéticas é considerado como um direito fundamental ligado à inviolabilidade da pessoa, aos direitos de personalidade e aos direitos humanos. Assim, o ordenamento jurídico germânico sobre a identidade genética reconhece o conhecimento das origens sem entender que esse conhecimento alteraria as relações de parentesco previamente constituídas ³⁸⁷. Dessa forma, tanto nos casos de procriação medicamente assistida, como nos casos de adoção, é permitido à criança ter acesso aos dados da família do pai biológico, tratando-se de um direito personalíssimo deferido após os 16 anos ³⁸⁸.

Os Tribunais alemães vêm também decidindo, no caso de reprodução humana assistida heteróloga em que o pai nega a filiação, atribuir paternidade ao doador,

³⁸⁴ RUIZ, Yolanda García, *Reproducción humana assistida: Derecho, conciencia y libertad*, Op. cit, p.97 e 99.

³⁸⁵ RUIZ, Yolanda García, *Ibid*, *Ibidem*.

³⁸⁶ ALMEIDA, Maria Cristina, *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*, 1ª edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 78.

³⁸⁷ Cabe registrar da jurisprudência alemã, decisão citada por Rafael Reis: “No caso de 1988, uma filha de trinta anos pretendia conhecer o nome do pai para daí poder retirar conseqüências jurídicas patrimoniais e pessoais. Os tribunais inferiores haviam decidido que os filhos nascidos fora do casamento tinham o direito a conhecer o nome do seu pai por intermédio da sua mãe, tendo esta contestado essa posição invocando a violação do seu direito à intimidade que essa obrigação de revelação constituiria. O *BverfG* não aceitou, porém, as suas razões e deu prevaência ao direito ao conhecimento da filiação biológica, reconhecendo inclusive, um dever para a mãe de revelar a identidade do pai”. In: REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p.41.

³⁸⁸ DONIZETTI, Leila, *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*, Op. cit, p. 134 e 135.

baseando-se na ideia de ser prevalente o direito fundamental da criança à identidade pessoal para assegurar o desenvolvimento integral da criança, conforme previsão do artigo 1º, I da lei fundamental alemã³⁸⁹.

Na França, a lei nº 94.654 de 29 de julho de 1994 permitiu a procriação artificial heteróloga e o anonimato do doador. A lei prevê a proibição de divulgar informações tanto do doador como do receptor, salvo se, por motivos médicos ou terapêuticos, necessita-se da informação. Assim, o conhecimento da ascendência genética é limitado à necessidade de acesso às informações sobre a sanidade, identidade e condições genéticas básicas, no interesse dos menores quando atingirem a maioridade ou enquanto menores, pelos ascendentes para fins de saúde pública dos próprios menores. A lei francesa estabelece também que não existirá vínculo de filiação legal entre o doador e o filho. Porém, o filho deverá ter garantido um vínculo de filiação legal. Na França, somente se permite o uso das técnicas de reprodução humana em mulheres casadas e com vida em comum há pelo menos dois anos, devendo este método de reprodução ser o último recurso³⁹⁰. As disposições foram incorporadas ao Código Civil Francês³⁹¹.

Na Itália foi publicada na *Gazeta Oficial* nº 45 de fevereiro de 2004, a lei italiana sobre procriação medicamente assistida. A lei permite o recurso à procriação assistida somente para casais adultos, maiores, de sexo diferente, em idade potencialmente fértil, casados ou conviventes, sendo proibido expressamente para casais formados por homossexuais e para pessoas solteiras. A fecundação heteróloga não é autorizada e as crianças nascidas através de fecundação artificial assumem o status de filhos legítimos ou reconhecidos. Não é possível a negação da paternidade para com os nascidos mediante inseminação heteróloga, quando o casal tenha manifestado o seu consentimento ao recurso à procriação medicamente assistida. A lei prevê ainda sanções

³⁸⁹ **AGUIAR**, Mônica, *Direito à filiação e bioética*, Op.cit., p. 26.

³⁹⁰ *Na França, a proposta relativa à filiação de crianças nascidas de reprodução assistida é bastante detalhada. Assim, depois de se dirigir ao Centro de Reprodução, o casal é enviado ante o juiz (como ocorre no caso de adoção, no Brasil) que é encarregado de acolher o consentimento do casal beneficiário. O juiz ouve separadamente os membros do casal, casados ou não, depois os reúne (a escuta individual é realizada com vistas a afastar qualquer possibilidade de pressão e para se ter certeza de que a intenção de cada um é inequívoca). O juiz informa o casal sobre as conseqüências jurídicas de seu consentimento, que só será confirmado após uma semana de reflexão(...). Esgotado o prazo e manifestado o consentimento, o juiz libera ao casal o documento atestando o consentimento. O consentimento deve, necessariamente, ser arquivado no Centro de Reprodução, antes da concepção da criança e só é válido para um nascimento. A liberdade do casal é plena até a decisão da procriação, mas até a data da operação cada um dos membros do casal dispõe de uma faculdade de revogação de sua concordância (tal possibilidade de revogação só pode ser exercida antes da concepção).* In **LEITE**, Eduardo de Oliveira, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1995, p. 347.

³⁹¹ **RUIZ**, Yolanda García, *Reproducción humana assistida: Derecho, conciencia y libertad*, Op. cit, p.127-128.

administrativas aplicáveis aos médicos que realizarem inseminação heteróloga ou para pessoas não admitidas pela lei, como suspensão do exercício da profissão, variável de um mínimo de um até o máximo de três anos³⁹².

A lei austríaca de 4 de junho de 1992 estabeleceu que o filho nascido de uma fecundação artificial poderá ser informado aos quinze anos de idade sobre as informações do doador constante na clínica onde o procedimento foi realizado. A lei estabelece também que, em casos excepcionais, o tutor ou representante, para o bem do filho, poderá solicitar informações acerca do doador. Fora das situações mencionadas, as informações acerca do doador devem ser confidenciais³⁹³.

No Reino Unido, a lei resultou das conclusões e recomendações da Comissão para o estudo da Fertilização Humana e Embriologia conhecido como Informe Warnock, o qual foi publicado em julho de 1984. O artigo 31º, nº 3 prevê a possibilidade de o filho nascido como resultado de técnicas reprodutivas, ao completar 18 anos de idade, solicitar informações acerca do seu progenitor ao Conselho de Fertilização Humana e Embriologia. Contudo, a lei inglesa contempla essa possibilidade com uma finalidade: evitar contrair matrimônio com uma pessoa com quem se possa ter algum vínculo de parentesco. Assim procedendo, a lei inglesa não contempla o direito ao conhecimento da origem genética como um direito fundamental do filho, mas como uma medida necessária para evitar o incesto em determinados casos³⁹⁴. A lei de fertilização e embriologia desse país prevê que se armazenem informações sobre os usuários dos serviços (secção 13.2); permite ao maior de idade e ao menor de dezoito anos que pretenda contrair matrimônio, requerer ao Conselho de Fertilização Humana e Embriologia a informação sobre ele armazenada, no caso de nascimento através de técnicas de reprodução humana assistida, podendo inclusive saber se determinada pessoa foi seu progenitor biológico; autorizava a que o Tribunal, nos procedimentos de amparo da Lei de Deficiências Congênicas de 1976, a requerimento do filho, autorize o Conselho de Fertilização Humana e Embriologia que revele a informação sobre o doador de gametas que consta no registro correspondente (secção 35). A seção 13(5) requeria que se tivesse em conta o bem estar do filho, incluída a necessidade de um pai, quando se informara sobre a oportunidade para outorgar licença para tratamento. Porém, a *Human Fertilisation and Embryology Authority*, ao interpretar essa norma, decidiu

³⁹² AGUIAR, Mônica, *Direito à filiação e bioética*, Op.cit., p. 142-143.

³⁹³ RUIZ, Yolanda García, *Reproducción humana assistida: Derecho, conciencia y libertad*, Op. cit, p.113.

³⁹⁴ Idem, p. 120-121.

que a relevância da necessidade é questionável. O Informe Warnock recomendava que doador e casal não se conhecessem e que fosse, com franqueza, dado conhecimento ao filho acerca de sua origem genética. Então, esta situação foi modificada a partir do anúncio do Ministério da Saúde em 21 de janeiro de 2004 da modificação da lei para permitir a todo nascido de gameta de doador, o acesso a identidade do progenitor biológico, uma vez cumpridos os dezoito anos, com efeitos para 2023, tendo em vista que não aplicará às doações anteriores a entrada em vigor da modificação³⁹⁵.

Na Dinamarca, o Comitê Nacional de Ética discutiu o assunto e a maioria de seus membros mostrou-se a favor de que o filho tivesse a oportunidade de conhecer a seus pais genéticos. Porém, o Informe da Comissão Especial de Estudos da Fecundação *in vitro* e Inseminação Artificial Humanas, aprovado pelo Congresso dos Deputados na sessão de 10 de abril de 1986, entendeu que podem existir circunstâncias excepcionais que justifiquem a revelação da identidade do doador, dentro dos limites e âmbitos de estrita necessidade. Por exemplo, se o filho sofre uma grave enfermidade hereditária que requeira um transplante de medula de seu progenitor. O Informe considerou que deverá ceder o princípio do segredo e anonimato da identidade do doador, em prol de um interesse excepcional, a própria vida do filho nascido da doação³⁹⁶. Assim, a lei nº 460 de 10 de junho de 1997 prevê o anonimato do doador, dando prevalência ao anonimato em detrimento do direito ao conhecimento da origem genética. A lei também prevê normas que determinam a paternidade e a maternidade do filho nascido por procriação artificial, estabelecendo que será mãe aquela que deu à luz e pai o companheiro da mesma que consentiu na realização do procedimento. A lei limitou a utilização da técnica somente a casais e estabeleceu que, quando a doação não ocorra segundo procedimento adequado, ou seja, através de um banco de esperma oficial que cumpra as determinações da autoridade sanitária, o doador deverá ser considerado pai do futuro filho, salvo se o esperma foi utilizado sem o seu consentimento ou se a inseminação foi posterior ao seu falecimento³⁹⁷.

Também na Bulgária, o decreto de 12 de maio de 1987, relativo à inseminação artificial de mulheres, requer um problema de fertilidade para beneficiar-se destas

³⁹⁵ LATHAM, Melanie. *Regulating the new reproductive technologies: a cross-channel comparison*, Medical Law Internacional, Vol. 3, 1998, p. 93 apud JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 307.

³⁹⁶ JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 308.

³⁹⁷ RUIZ, Yolanda García, *Reproducción humana asistida: Derecho, conciencia y libertad*, Op. cit, p.139-140.

técnicas e a obrigação de confidencialidade de todos os dados relativos a inseminação. Estabelece ainda que o doador seja desconhecido pelos receptores.

Em Israel, o regulamento de 27 de abril de 1987 relativo à saúde pública-fecundação *in vitro*, somente estabelece que a identidade do doador não seja divulgada nem conhecida pelos receptores³⁹⁸.

O Código Civil Grego determina que a identidade dos doadores seja anônima, salvo se for necessário conhecer a identidade do doador por questões de saúde do filho. A lei grega de nº 3089 de 23 de dezembro de 2002 determina que a paternidade da criança seja atribuída ao esposo ou companheiro da mulher que realizou a inseminação, desde que o procedimento tenha sido feito com seu consentimento válido³⁹⁹.

Na Holanda, através do Artificial Insemination Act, a criança gerada através de recurso à reprodução assistida pode, após atingir os 16 anos, acender aos dados (nome e morada) que lhe permitam identificar o doador⁴⁰⁰.

O informe do Conselho de Direito de Família da Austrália de julho de 1985 destaca na sua Recomendação nº 9 a importância do acesso ao conhecimento e informação da origem genética, afirmando que deve ser dado acesso ao filho à dita informação até dezoito anos sem natureza identificadora. Depois desta idade, será dado conhecimento com características identificadoras⁴⁰¹. A Recomendação nº 19 indica que os casais e os doadores devem ser informados da importância para o filho do conhecimento de sua origem familiar e de sua concepção⁴⁰².

O informe Ontário de 1985 em sua Recomendação nº 22.4 estabelece o anonimato concernente à identidade de todas as partes envolvidas na concepção artificial (doador, receptor, esposo ou companheiro e o filho) e que as informações deverão ser conservadas em expedientes médicos⁴⁰³.

Na resolução de nº 16 de 1989, o Parlamento Europeu colocou-se contra o anonimato do doador.

A Convenção sobre os Direitos de Homem e da Biomedicina foi adotada em 19 de novembro de 1996 pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa. A dita convenção registrou a importância da dignidade e da identidade como garantia a todas

³⁹⁸ **JIMÉNEZ**, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 308.

³⁹⁹ **RUIZ**, Yolanda García, *Reproducción humana asistida: Derecho, conciencia y libertad*, Op. cit, p.144.

⁴⁰⁰ **REIS**, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 428.

⁴⁰¹ **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiacion*, Op. cit, p. 100.

⁴⁰² **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiacion*, Ibid, Ibidem.

⁴⁰³ **VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiacion*, Ibid, Ibidem..

as pessoas, sem discriminação, o respeito à sua integridade e aos seus direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina.

O princípio fundamental das declarações de Helsinque e no Código de Nuremberg está previsto no artigo 3º, nº 4 da citada declaração: *na pesquisa médica os interesses da ciência e aqueles da sociedade não devem jamais prevalecer sobre o bem estar do sujeito.*

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem foi elaborada pela Comissão Jurídica do Comitê Internacional de Bioética da UNESCO e aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 11 de novembro de 1997 na cidade de Oviedo. Ressaltou a necessidade de respeitar a liberdade do ser humano para que o abuso do princípio da dignidade não negue aos indivíduos o seu direito de determinarem-se livremente face às questões do seu foro pessoal e familiar. A declaração também estabeleceu uma série de princípios, entre eles, o princípio da não discriminação. No artigo 2º, por exemplo, dispõe que cada indivíduo tem direito ao respeito de sua dignidade e direitos, quaisquer que sejam suas características genéticas. Outro princípio da declaração é o da autonomia individual que estabelece que o indivíduo é um fim em si mesmo e não pode ser utilizado para conseguir outros fins. Nesse sentido, a liberdade do indivíduo deve sempre prevalecer sobre fatores puramente científicos ou de investigação. Deste decorrem outros, entre eles o princípio da confidencialidade que garante os dados genéticos de uma pessoa não sejam acessíveis para terceiros e o direito do interessado de não saber⁴⁰⁴.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos adotada por aclamação em 19 de outubro de 2005 pela 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO estabelece como princípio no seu artigo 3º, b que: *os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.* Estabelece ainda no artigo 8º que: *a vulnerabilidade humana deve ser levada*

⁴⁰⁴ (...) únicamente podrá considerarse la existencia de un derecho a no saber, cuando éste no supla al derecho de información del afectado, garantía esencial del derecho a la autodeterminación informativa, y se entienda de forma positiva, como control del individuo sobre la información que la concierne. Por este motivo, tampoco puede sostenerse una concepción del derecho a no saber como una excepción del derecho a saber.

(...)

Entendido en éstos términos, la invocación de un derecho a no saber no puede ser considerada como una facultad que sustituye al derecho a conocer, ya que este último, salvo en casos ya señalados, ser realizará de manera previa a la manifestación de la voluntad del sujeto de no conocer determinadas informaciones que le conciernen, porque para su manifestación es necesario previamente conocer. GONZALÉZ, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Op.cit., p. 320-321.

em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada.

O artigo 7º da Convenção sobre os direitos das crianças estatui que:

1-A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles. 2-Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida⁴⁰⁵.

A sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 7 de julho de 1989 que resolveu recurso de cidadão inglês a quem era negado o acesso à informação pessoal relativa à identidade de famílias com quem viveu em regime de acolhimento, alegando que necessitava investigar seu passado para resolver certos problemas. Segundo a sentença, o artigo 8º do Convenio Europeu para a proteção dos direitos humanos estabelece que é interesse primordial receber a informação necessária para conhecer e entender a própria infância e desenvolvimento. A sentença entende que esse direito foi violado com a negativa ao acesso aos registros, condenando o Reino Unido a pagar uma multa pelo prejuízo moral causado⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ [Consult. 24.01.2008]. Disponível em www2.mre.gov.br.

⁴⁰⁶ Publicada em repertório do Tribunal A160. In: **JIMÉNEZ**, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 254.

CAPÍTULO 7: NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA.

O reconhecimento do amparo do direito ao conhecimento às origens genéticas na dignidade humana e o enquadramento deste na categoria civilística dos direitos de personalidade traz à tona a questão da natureza jurídica do direito ao conhecimento das origens genéticas.

Os direitos de personalidade são marcados pela universalidade, caráter absoluto, a extrapatrimonialidade e a indisponibilidade. A universalidade está ligada à titularidade do direito, que é atribuída a todo e qualquer indivíduo a partir da própria condição humana. O caráter absoluto está relacionado aos destinatários, ou seja, são oponíveis *erga omnes*, mas não em qualquer situação e de forma ilimitada⁴⁰⁷. A natureza absoluta dos direitos de personalidade não significa que sejam eles ilimitados.

A extrapatrimonialidade diz respeito ao objeto dos direitos de personalidade, que não é um bem patrimonial, mas um valor, um bem ou um interesse ligado à subjetividade da pessoa, ainda que a sua lesão possa ter como consequência a reparação econômica. Sob esse aspecto, pode-se afirmar que os direitos de personalidade são irrenunciáveis, impenhoráveis, intransmissíveis e imprescritíveis.

Não resta dúvida de que os direitos fundamentais irradiam sua força regulamentadora para toda ordem jurídica vigente e também para o direito privado, correspondendo à função de instrumento de concretização dos direitos fundamentais no direito privado. Pode-se afirmar com segurança que os direitos fundamentais não se dirigem apenas ao Estado, mas a toda a sociedade e a cada cidadão de forma individual. Assim, os ordenamentos jurídicos percebem hoje, de forma bem mais segura, a necessidade de amparar também elementos intrínsecos à pessoa humana, tais como a honra, a reputação, a imagem, o nome, a afetividade e outros atributos humanos que determinam a positividade ou negatividade das relações da pessoa com outros indivíduos e consigo mesmo. Percebe-se que tais fatores, também de ordem psicológica e/ou emocional, são decisivos para o bem-estar humano, exigindo a tutela do direito. Pode-se mesmo afirmar que os direitos de personalidade compreendem todos os elementos formadores da dimensão existencial da subjetividade do homem.

Adriana Feijó sustenta que:

⁴⁰⁷ A questão da ponderação de direitos fundamentais na hipótese de conflito foi tratada em item antecedente.

*o direito à identidade genética está ligado a busca da verdade sobre a origem de todo indivíduo a partir do fato natural de sua concepção e a identidade humana é compreendida atualmente numa pluralidade de aspectos que identificam a pessoa humana de forma pessoal, sexual, política, genética, dentre outras perspectivas da compreensão da condição humana*⁴⁰⁸.

Dessa forma, podemos dizer que os direitos da personalidade são aqueles que conferem às pessoas o poder de proteger as características mais relevantes de sua personalidade. Assim, ainda sob o aspecto da natureza jurídica, podemos classificá-los como direitos subjetivos, cujo conteúdo identifica-se com os valores e bens essenciais da pessoa humana, abrangendo aspectos morais e físicos⁴⁰⁹. Não se confundem com os direitos patrimoniais, porém caminham ao lado deles.

Assim, o afloramento da importância da subjetividade humana e a compreensão de que as normas de direitos fundamentais voltam-se não somente à proteção contra o abuso do poder do Estado, mas visa também preservar o indivíduo na sua relação com outros indivíduos, faz ceder a tradicional divisão rigorosa entre direito público e direito privado. Nesse aspecto, Paulo Bonavides comenta, fazendo referência a Ernst Böckenforde, que os direitos fundamentais adquirem *uma dimensão até então ignorada de uma norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula*⁴¹⁰

⁴¹¹.

⁴⁰⁸ **FELJÓ**, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, Op. cit, p. 101

⁴⁰⁹ Nesse sentido: *En el lenguaje jurídico actual la expresión 'derechos de la personalidad' tiene significado particular, referido a algunos derechos cuya función se relaciona de modo más directo con la persona humana, pues se dirigen a la preservación de sus más íntimos e imprescindibles intereses. En efecto, esos derechos constituyen un mínimo para asegurar los valores fundamentales del sujeto de derecho: sin ellos, la personalidad quedaría incompleta e imperfecta, y el individuo, sometido a la incertidumbre en cuanto a sus bienes jurídicos fundamentales.* **CARREJO**, Simóm. *Derecho Civil*, 1ª edição, Bogotá: Themis, 1972, p.299.

⁴¹⁰ **BONAVIDES**, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Op.cit., p. 603.

⁴¹¹ Bonavides registra ainda que resultaram da dimensão jurídico-objetiva importantes inovações constitucionais, das quais citamos algumas: *a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; em rigor, a todas as províncias do Direito, sejam jusprivatistas, sejam juspublicísticas; (...)a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; (...) o desenvolvimento da eficácia inter privados, ou seja, em relação a terceiros, com atuação no campo dos poderes sociais, fora portanto, da órbita propriamente*

Partindo da classe de direitos de personalidade e devido ao dinamismo desses direitos, ou seja, por permitirem uma constante evolução que facilitam a adaptação às constantes mudanças sociais, concluímos pela elevação dos direitos de personalidade à categoria dos direitos fundamentais, tendo por base o seu caráter fundamental e inviolável. Daí podermos afirmar que o tratamento desses direitos deve dar-se na órbita do direito público, porém, sem deixar de lado ou desmerecer a proteção destinada pelo direito civil contra atentados contra a intimidade do cidadão ou qualquer outro direito de personalidade⁴¹².

Percebe-se, portanto, que os direitos de personalidade assumem um caráter híbrido, ou seja, os diversos elementos que compõem os direitos de personalidade encontram hoje tutela no âmbito do direito público e privado. E não poderia ser diferente, pois os direitos de personalidade são o primeiro ponto de encontro entre as duas áreas.

*dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram; a aquisição de um duplo caráter, ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva-da qual nunca se podem apartar, pois se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade- e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitiço, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo decisório, e de função protetora tão excecionalmente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha (...). **BONAVIDES**, Paulo, Curso de Direito Constitucional, Op.cit., p. 603-604.*

⁴¹² *Com a evolução do capitalismo industrial, a concentração, a massificação, os horrores da Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento da tecnologia, principalmente da biotecnologia etc., a perspectiva muda. O paradigma do Estado Liberal é substituído pelo do Estado Social intervencionista, protetor do mais fraco. Os direitos da personalidade passam a integrar a esfera privada, protegendo o indivíduo, sua dignidade, contra a ganância e o poderio dos mais fortes. Ao lado desse prisma privatístico, continua a subsistir o público, em socorro do indivíduo contra Estado. Tendo em vista essas duas esferas, privada e pública, os direitos da personalidade pertencem a ambas. **FIUZA**, César, Direito Civil, Op.cit., p. 170.*

CAPÍTULO 8 - PARÂMETROS LEGISLATIVOS PARA O ESTABELECIMENTO DO DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS.

*Uma espécie de Estatuto da Vida, que possa vir a servir de guia as questões conflitivas já contatadas atualmente e para aquelas novas situações que certamente surgirão no transcorrer dos próximos anos como consequência do desenvolvimento*⁴¹³.

A prática da reprodução humana medicamente assistida está se tornando cada dia mais comum e necessita de um tratamento homogêneo e claro por parte do legislador que busque o equilíbrio entre os interesses e direitos envolvidos. Portanto, a evolução da ciência genética trouxe algumas novas questões jurídicas, cuja solução passará por buscar um equilíbrio entre os interesses envolvidos.

Pelas questões éticas e jurídicas que estão arraigadas à utilização destas técnicas, a ausência de uma legislação que estabeleça critérios e responsabilidades pode trazer sérios transtornos para a sociedade e para os indivíduos envolvidos de forma pessoal, principalmente no tocante aos direitos do concebido⁴¹⁴. No caso de indivíduos nascidos através de técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga criou-se uma situação inteiramente nova que clama por disciplinamento legislativo⁴¹⁵.

Na busca de uma legislação própria, a Bioética apresenta indicativos teóricos para a elaboração de uma lei sobre a procriação assistida sem deixar de lado a proteção da dignidade humana⁴¹⁶. Portanto, amparando-se nas reflexões da Bioética, cabe ao

⁴¹³ **GARRAFA**, Volnei, *A manipulação da Vida e o tema dos limites*. In: *Iniciação à Bioética*, 1ª edição, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 109.

⁴¹⁴ Registre-se o posicionamento de Jussara Meirelles para quem a norma moral é insuficiente porque opera no plano interno da consciência, sendo imprescindível também a existência e atuação de normas jurídicas, “*pois somente o caráter coercitivo daquelas impedirá ao científico sucumbir a tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos*”. **MEIRELLES**, Jussara Maria Leal de, *Bioética e biodireito*, in **BARRETO**, Vicente de Paulo, et al, *Temas de biodireito e bioética*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 85-97.

⁴¹⁵ Nesse sentido: “*Todo esse esforço da Medicina para alcançar seus objetivos principais causou um sério e indubitável abalo no equilíbrio entre a ética da liberdade individual e a ética das necessidades coletivas, havendo certa prevalência de uma ética sem moral ou de inúmeras e inconstantes éticas individuais. Para estabelecer o almejado equilíbrio é necessária responsabilidade jurídica, moral e social, devendo a racionalidade ética e jurídica caminhar ao lado do progresso científico para que juntas possam evitar danos irreparáveis à preservação e conservação do ser humano (presente e futuro) e do meio ambiente*”. **SCHAEFER**, Fernanda, *Bioética, biodireito e direitos humanos*, in **MEIRELES**, Jussara Maria Leal de, et al, *Biodireito em discussão*, 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora-2007, p. 33.

⁴¹⁶ Sobre o assunto: “*A Biotecnologia exige uma nova ordem jurídica internacional com relação aos direitos humanos e uma nova ordem jurídica constitucional com relação aos direitos fundamentais do ser*

Direito normatizar as questões referentes à reprodução medicamente assistida⁴¹⁷. Segundo Regina Sauwen e Severo Hryniewicz, a inspiração que o Direito deve retirar da Bioética reside, sobretudo, nos princípios que esta sugere no tocante à finalidade e ao sentido de vida humana e no que tange aos fundamentos das obrigações e dos deveres sociais⁴¹⁸.

Ademais, os questionamentos éticos e jurídicos em torno da reprodução medicamente assistida requerem debates sociais envolvendo o cidadão, médicos, juristas e entidades interessadas no assunto, ou seja, impõe-se uma reflexão interdisciplinar, envolvendo os diversos campos do conhecimento. Sobre o assunto Marco Segre e Fremin Schramm lecionam que:

Matérias como a engenharia genética, a reprodução assistida, o aborto, o planejamento familiar, a disponibilidade (ou não) de órgãos para transplantes (...), interessam à pessoa, portanto ao cidadão, sendo que sua regulamentação, procedida democraticamente, é um coroamento dos “direitos de cidadania”⁴¹⁹.

A legislação que trata do assunto deve ter em vista os interesses do indivíduo gerado, ao invés de se preocupar apenas em atender os anseios dos profissionais envolvidos na Medicina reprodutiva e o desejo dos pais de realizar o projeto parental⁴²⁰. Deve ainda ter em vista os princípios bioéticos e os direitos humanos⁴²¹.

humano, face à eminente necessidade de elaboração de novos paradigmas éticos, jurídicos e sociais. Portanto, os princípios que visam garantir o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana levam à compreensão da influência dos objetos da Bioética na formulação de uma nova ordem internacional para todos esses direitos. (...) Os direitos humanos e os direitos fundamentais são essenciais à formação do Estado Democrático de Direito, e qualquer violação a esses paradigmas deve ser caracterizada como uma afronta à democracia. Um real sistema de proteção e de normas que assegurem sua efetividade é necessário às novas exigências da sociedade impostas pelo desenvolvimento tecnológico”. SCHAEFER, Fernanda, *Bioética, Biodireito e direitos humanos*, Op.cit., p 46-47.

⁴¹⁷ “El problema há de ser abordado desde la necesaria protección de la persona y de sus derechos fundamentales frente a los nuevos retos, presentándose como esencial la intervención del Derecho y el establecimiento de reglas concretas que regulen esta transformación”. GONZALÉZ, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Op.cit., p. 489.

⁴¹⁸ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo, *O direito ‘in vitro’: da bioética ao biodireito*, Op.cit., p. 47.

⁴¹⁹ SEGRE, Marco; SCHRAMM, Fremin Roland, *Definição de Bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia*, in COHEN, Cláudio, et al, *Bioética*, 1ª edição, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995, p. 26.

⁴²⁰ Nesse sentido também: *Por lo demás , es este un problema que no puede ser enfocado desde una sola perspectiva, sino estudiándose todas las consecuencias jurídicas, sociales, éticas, biológicas que entraña. El estudio, para realizar-se sin prejuicios, ni desde posiciones predeterminadas, supone la*

A questão dos mecanismos para que o filho conheça sua origem deve passar, primeiramente, pela problemática da imposição do reconhecimento. Depois, o reconhecimento da proteção dos direitos subjetivos não é suficiente, sendo imprescindível uma proteção preventiva, via direitos fundamentais, estabelecendo-se como interesse geral a defesa desses direitos. Essa defesa deve mostrar-se através do estabelecimento de órgãos e procedimentos que operem em defesa do direito, independentemente da atuação do seu titular⁴²².

Portanto, qualquer direito, para ser efetivo, requer, além do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, que se tenha em vista garantias de possíveis abusos, sob pena de tornar-se inócuo. Assim, é importante que sejam estabelecidas normas que prevejam a prévia informação expressa, precisa e inequívoca ao doador do material genético sobre as circunstâncias da técnica, responsável sobre a guarda dos dados, onde será arquivada a informação, por quanto tempo a informação deve permanecer disponível e condições de acessibilidade da informação ao indivíduo nascido.

Deve-se prever também a impossibilidade de acessibilidade da informação por terceiros, especialmente por entidades como, por exemplo, seguradoras⁴²³. O artigo 13º da DIDGH - Declaração Internacional dos dados genéticos humanos - contempla o direito de acesso aos dados genéticos e proteômicos, a menos que se encontrem irreversivelmente dissociados da pessoa da qual procedem, ou que o direito interno imponha limites por razões de saúde, ordem pública ou seguridade nacional. Em razão disso, a Declaração prescreve que os dados genéticos não devem ser dados a conhecer por terceiros, em particular empregadores⁴²⁴, companhias de seguro, estabelecimento de

multidisciplinarietà. VARGAS, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, Op. cit, p. 27.

⁴²¹ (...) o consenso resulta em escolhas democráticas pautadas pelo debate sério e fundamento em abordagens interdisciplinares. BRAUNER, Maria Claudia Crespo, *Direito, sexualidade e reprodução humana: Conquistas médicas e o debate bioético*, Op. cit, p. 140.

⁴²² MIGUEL, Carlos Ruiz, *Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación*, in CASABONA, Carlos María Romeo, et al, *Genética y Derecho*, 1ª edição, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 35.

⁴²³ Nesse sentido: *Tratando-se de terceiros sem qualquer interesse atendível na obtenção dessa informação, não lhes deve a mesma ser facultada. O carácter sensível da informação e possibilidade de frustração de todos os cuidados que a intervenção legislativa nesta área, em regra, denota, postula essas limitações*. REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 305.

⁴²⁴ (...) *habida cuenta que se trata de información ligada al núcleo de la personalidad y cuya utilización incide en el ámbito de la intimidad con notable riesgo de prácticas discriminatorias. Se trataría, por tanto, de datos que pertenecen, como regla general, al ámbito de la intimidad del sujeto titular de los mismos*.

En este sentido, la doctrina coincide en señalar que el sujeto frente a la utilización de este tipo de informaciones, en cuanto pueden ser reconducidas a la categoría amplia de datos relativos a la salud, está protegido por el derecho a la intimidad. GONZALÉZ, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Op.cit., p. 126.

ensino ou familiares da pessoa em questão, salvo por uma razão importante de interesse público ou de forma restrita⁴²⁵, ou quando se tenha obtido o consentimento prévio, livre, informado da pessoa afetada (artigo 14º, b)⁴²⁶.

A construção da tutela jurídica do direito ao conhecimento das origens genéticas deve ocorrer de maneira que seu conteúdo adeque-se as necessidades específicas de uma satisfatória proteção para os sujeitos envolvidos na relação. Dizer simplesmente que o indivíduo concebido não terá direito a conhecer sua origem biológica tendo por base o princípio da intimidade não parece satisfatório e não se coaduna com a lógica dos direitos fundamentais. É desejável a articulação de opções intermediárias para conciliar os interesses do doador e o do filho. Assim, pode-se prever a possibilidade de revelação da identidade do doador quando o filho chegue a certa idade ou, antes, em razão de determinada enfermidade genética⁴²⁷.

Sobre esse aspecto, ganha relevo a questão da idade mínima a partir da qual deve ser possibilitado o direito à obtenção da informação relativa à identidade dos pais biológicos. Haverá de se considerar a admissibilidade de soluções legais harmonizadoras de interesses conflitantes, não se impedindo o acesso às informações nos casos em que se invocam razões consideradas relevantes, o que poderá ser apreciado pelo juiz no caso concreto.

Ademais, além de uma legislação, faz-se necessário um processo educativo acerca da situação criada com a utilização de técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga⁴²⁸, especialmente sobre a possibilidade de identificação do doador. Fernanda Schaefer ressalta a necessidade de “*estudios multi e inter disciplinares*. Ressalta que não se trata de:

delegar aos cientistas, pesquisadores e médicos plena liberdade nas decisões que podem atingir a coletividade presente ou as gerações

⁴²⁵ É a aplicação do princípio da pertinência que, segundo Susana González, *exige que los datos personales estén relacionados con el fin que se persigue, impidiendo la obtención de aquellos que no sean adecuados y excedan de la finalidad concreta y determinada para la que se recojan. (...) El principio de pertinencia, entendido en este sentido, obliga a una evaluación de la necesidad y proporcionalidad de los datos genéticos para un fin determinado, de manera previa a su obtención. Éste tiene como finalidad determinar la razonabilidad o justificación, la no arbitrariedad de la medida reguladora o presuntamente restrictiva de un derecho fundamental.* GONZALÉZ, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Op.cit., p. 194-196.

⁴²⁶ HAMMERSCHMIDT, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, Op.cit., p. 100.

⁴²⁷ Nesse sentido: CASABONA, Carlos María Romeo, *El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, 1ª edição, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 218.

⁴²⁸ Entendemos possível também a vedação da realização da reprodução humana assistida na forma heteróloga, considerando os questionamentos éticos envolvidos.

*futuras, mas, de estimular o desenvolvimento de todas as ciências, desestimulando-as quando avançam na direção de limites desumanos capazes de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, ou desrespeitar direitos humanos ou fundamentais*⁴²⁹.

Além disso, se a legislação de um determinado país reconhece a possibilidade do nascido conheça a verdade sobre sua origem, pode haver a previsão de entidades públicas com função de recolhimento, armazenamento e guarda das informações.

Conforme se destacou, no estado de filiação decorrente de inseminação artificial heteróloga, não se reconhece os efeitos jurídicos da relação de filiação biológica, tais como assistência material, herança etc, pois a verdade biológica não tem primazia sobre a verdade afetiva. Tal situação deve-se a mudanças na forma de entender as relações familiares sob o aspecto jurídico. Portanto, a legislação poderá estabelecer que o reconhecimento do direito ao conhecimento da origem genética não terá o condão de questionar os laços legais já reconhecidos entre pais e filhos juridicamente.

Na explicação de Guilherme Calmon: *a vontade acoplada à existência do vínculo conjugal e ao êxito da técnica de procriação assistida heteróloga se mostra o elemento fundamental para o estabelecimento da paternidade que, desse modo, se torna certa, insuscetíveis de impugnação pelo marido*⁴³⁰.

Para garantir a tutela do direito de personalidade, assegurando o direito ao conhecimento da origem biológica, não seria cabível ação de investigação de paternidade/maternidade, já que o objeto da proteção ao direito à origem genética é assegurar o direito de personalidade na modalidade direito à vida e direito à identificação de si mesmo.

A sentença prolatada no processo em que se requer a tutela do direito à origem genética não terá como consequência a retificação de registro civil relativo à filiação. Nesse caso, seria possível somente a expedição de determinação judicial para emissão de certidão, visando a salvaguarda de direitos como exemplo, os impedimentos matrimoniais.

Independentemente da intervenção legislativa, o próprio julgador necessita de parâmetros que norteiem a apreciação do caso concreto. Portanto, considerando o novo

⁴²⁹ SCHAEFER, Fernanda, *Bioética, biodireito e direitos humanos*, Op.cit., p. 46-50.

⁴³⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, "A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil" in *Revista dos Tribunais*. Ano 92. V.817. São Paulo: Revista dos Tribunais. Novembro de 2003, pp.11-34.

quadro social trazido pelo surgimento de tecnologias que permitem a participação de um terceiro na concepção de um ser humano, está justificada uma reformulação da noção de direito à intimidade que harmonize os novos interesses em jogo. Ademais, importante acentuar a urgência da uma intervenção legislativa, considerando a possibilidade de um vácuo legislativo legitimar atitudes arbitrárias⁴³¹.

A ciência confirma a necessidade de todo ser humano conhecer seus ascendentes biológicos próximos, visando a saúde e preservação da vida. Destaca-se, porém, que se ao concebido é dado conhecer sua origem biológica, não há como negar esse direito também aos genitores no caso de risco de vida, situação em que o conhecimento da identidade do filho biológico seja determinante para o êxito de tratamento médico ou para verificação de impedimentos matrimoniais. Deve-se destacar, contudo, que, no caso dos genitores, os efeitos desse reconhecimento devem limitar-se a esses fins. Como afirma Rafael Reis: *Um pai não conhecido e reconhecido tem condições para se conhecer a si próprio, para saber quem é. Um filho que não sabe quem o gerou não pode dizer o mesmo*⁴³². Assim, não se pode invocar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do progenitor para embasar o direito a conhecer o filho⁴³³. É certo, porém, que tal direito pode ser invocado por outras razões como, por exemplo, a possibilidade de impedimentos matrimoniais ou risco a saúde e/ou integridade física.

Necessário também que as informações relativas à identidade genética obtidas nos autos do processo judicial sejam utilizadas apenas para os fins de conhecimento da identidade genética com acesso a essas informações limitado apenas aos sujeitos do processo.

⁴³¹ Sobre a questão da urgência da intervenção legislativa em matéria de procriação medicamente assistida, Rafael Reis: *Essa vinculação do legislador ao 'Schutzgebot' que decorre do direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas traduz-se na imposição de uma atitude proactiva, de tal foma que não pode bastar-se com a preocupação de 'intervir bem, quando intervier', estando obrigado a intervir bem e já'. Esse ponto é relevante, por exemplo, em matéria de procriação medicamente assistida, sobretudo considerando o recente exemplo português de prolongado vazio legal que podia considera-se prejudicial no quadro daqueles imperativos de tutela (a ausência de regulação podia, por exemplo, ser utilizada para legitimar uma atitude arbitrariamente restritiva por parte de entidades que se recusassem a fornecer qualquer tipo de informação relativa ao dador)*. REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p. 104.

⁴³² Idem, p. 208.

⁴³³ *Relativamente ao filho que não conhece os seus progenitores e sente necessidade de obter essa informação podemos dizer que não estão cumpridas as dimensões mais elementares dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à integridade pessoal. Já um pai ou mãe aos quais é vedado o acesso à sua descendência (deixando de lado agora as suas eventuais responsabilidades na situação) podem não sentir a realização plena desses valores na sua situação concreta, contudo, as exigências de tutela não serão comparáveis.*

Um filho que não conhece o passado ligado ao modo da sua geração não sabe, verdadeiramente, quem é! Um pai que não conhece o filho apenas terá incompleto esse processo auto-referencial. REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p.130.

Resulta do direito ao conhecimento das origens genéticas também a obrigação dos hospitais e profissionais que realizam os procedimentos médicos de reprodução humana de comunicar ao doador a possibilidade de que sua identidade seja revelada. Porém, resta evidente que a ausência da comunicação não retira do indivíduo gerado o direito de conhecer suas origens.

A ação deve ser imprescritível⁴³⁴ e não gerará alterações no estado jurídico do indivíduo, e será movida contra as entidades envolvidas no procedimento ou contra quem detenha os dados do doador do material genético ou contra possíveis progenitores biológicos⁴³⁵.

Sobre a imprescritibilidade da ação, acreditamos ser esse o entendimento que melhor se coaduna com a intenção de atender o direito à integridade pessoal, a historicidade e outros já mencionados⁴³⁶. Assim, o argumento de que o prazo de caducidade é necessário para proteção dos núcleos familiares, perde substância quando é o próprio filho que deseja conhecer suas origens biológicas. Utilizando as palavras de Rafael Reis:

Ou o filho tem provas concludentes e o impedimento não salva um núcleo familiar irremediavelmente enfraquecido, ou os factos são desmontados em tribunal e os prejuízos causados no ambiente matrimonial não serão tão elevados como os causados pela

⁴³⁴ Nesse sentido: *O direito ao conhecimento das origens genéticas imporá ao legislador ordinário a consagração de soluções que não constituam entraves exagerados a essa investigação, apontando para um princípio de imprescritibilidade do direito de investigar, tendência, aliás, generalizada nos ordenamentos jurídicos próximos do nosso.* Idem, p. 110.

⁴³⁵ Sobre o assunto: *Assim, deve-se considerar a legitimidade de qualquer pessoa para intentar, num tribunal judicial, ação declarativa destinada a obter a condenação de terceiro (que pode ser um progenitor já conhecido, ou outra pessoa singular ou colectiva) a facultar toda a informação de que seja portador, e cuja exigência seja razoável, no sentido de tornar efectivo aquele direito.* REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. cit, p 124.

⁴³⁶ O Tribunal Constitucional Português, através do Tribunal Constitucional (TC) n° 23/2006 de 10 de janeiro declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do prazo regra para o filho/investigante propor ação de investigação de maternidade ou de paternidade (prazo constante do n° 1 do artigo 1817° do Código Civil que determina que a ação de investigação de maternidade e por força da remissão do artigo 1873°, também a ação de investigação de paternidade) só poderá ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dois primeiros anos posteriores à sua maioridade ou emancipação. O Tribunal Constitucional entendeu que esse prazo violava, em termos constitucionalmente inadmissíveis, os direitos fundamentais à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade (consagrados no artigo 26°, n° 1 da Constituição da República Portuguesa) e o direito fundamental a constituir família (consagrado no artigo 36°, n° 1 da CRP). Publicado no Diário da República II Série-A de 18 de fevereiro de 2006. [Consult. 16.12.2009]. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

*perpetuação da incerteza que a regra da caducidade origina no processo de formação da personalidade do filho*⁴³⁷.

Rafael Reis registra ainda, em relação ao prazo de caducidade e tendo em vista o princípio da proporcionalidade que *ele não resolve o problema do desequilíbrio valorativo que resulta do facto de, num dos pólos do problema, constar um denso direito ao conhecimento das origens genéticas, e, do outro lado, um ténue e difuso interesse na proteção de uma família constituída*⁴³⁸.

Finalmente, as legislações devem sempre ter em vista a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, respeitando a individualidade do ser humano em si e como membro de uma comunidade⁴³⁹. Dessa forma, qualquer análise jurídica sobre os novos fatos sociais deve levar em consideração o ser humano, suporte sem o qual nenhum fundamento jurídico poderá se sustentar⁴⁴⁰.

Sendo assim, necessário submeter a atividade científica em geral a normas jurídicas que apontem soluções aos novos problemas surgidos com a evolução das técnicas de reprodução humana, apontando soluções que trarão a vantagem de responder a necessidade de envolver certa seguridade jurídica as relações sociais surgidas e, por que não dizer, evitando conflitos futuros.

⁴³⁷ Idem, p. 233-234.

⁴³⁸ Idem, Op. cit, p. 234-235.

⁴³⁹ Nesse sentido: *A reflexão crítica face aos avanços biotecnológicos não pode nunca estar dissociada do pensamento humanista e dos direitos fundamentais, pois um é a garantia de revisão, atualização e, principalmente, de efetividade e proteção do outro.* SCHAEFER, Fernanda, *Bioética, biodireito e direitos humanos*, Op.cit., p 50.

⁴⁴⁰ Nesse sentido: *Logo, o princípio da dignidade humana, como conceito a priori, atributo intrínseco da espécie humana, sem o qual cada ser humano não poderá ser assim classificado, deverá fundamentar tanto a Bioética como o Biodireito, na sua inter-relação necessária visando que o ser humano seja a causa e o fundamento de qualquer evolução no campo das ciências biomédicas. Portanto, quaisquer análises dos diversos aspectos jurídicos dos avanços biotecnológicos deve ser efetivada com embasamento ético-jurídico no princípio da dignidade da pessoa humana, relembrando que o núcleo de todo o ordenamento jurídico, bem como de toda a sociedade, é o ser humano em toda a sua humanidade. Portanto, eventual ausência de legislação específica sobre algum dos temas relacionados a estes avanços ou a sua precariedade não exclui, em hipótese alguma, mas até mesmo obriga que toda investigação ou análise no campo das Biomedicinas sejam feitas sobre o alicerce ético-jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, conclamando sua ampla normatividade.* ECHTERHOFF, Gisele, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a Biotecnologia*”, Op.cit., p 114.

CONCLUSÕES

Paciência, direi. Será o ônus que os interessados em ter um filho pagarão por viverem em um Estado Democrático de Direito. O que não se pode é garantir direitos aos pais retirando, por antecipação, direitos da criança. O anonimato teria apenas essa utilidade, numa aplicação grosseira de uma regra abominada no campo do Direito: a de que os fins justificariam os meios ⁴⁴¹.

As pesquisas no campo da reprodução humana tornaram-se uma constante nos últimos anos, possibilitando a realização de técnicas de concepção humana assistida para gerar uma criança, muitas vezes com a utilização do material genético de um terceiro. De fato, muitas crianças são concebidas em vários países do mundo através de reprodução assistida, criando uma situação fática que revoluciona as formas de compreender a família moderna e exigindo da ciência jurídica uma solução.

Assim, o avanço da ciência possibilitou o surgimento de técnicas que viabilizam a reprodução humana por meios diversos da cópula genital. Alterando a natureza da reprodução humana, as técnicas de reprodução assistida acabaram por trazer mudanças também no mundo sócio-jurídico. Nesse contexto, a principal problemática que decorre da possibilidade da concepção de um ser humano a partir da inserção de uma terceira pessoa no processo reprodutivo - o doador do material genético ou pai biológico - reveste-se na pergunta: uma pessoa gerada por inseminação artificial realizada com material genético de doador anônimo tem o direito de conhecer a sua origem biológica?

Portanto, está-se diante de um choque entre o direito do concebido de conhecer a sua origem genética e o direito à manutenção do anonimato por parte do doador. No momento da doação do material genético, o doador não tinha o desejo de ter um filho, nem de estabelecer qualquer espécie de vínculo com o concebido, encarando o processo apenas como um mero auxiliador na concretização do desejo de alguém realizar o projeto parental.

O estudo a que nos propusemos versou sobre a questão da possibilidade do conhecimento da identidade do doador por parte da criança concebida, em vista do conflito entre o direito à intimidade do doador e o direito ao conhecimento da

⁴⁴¹ RIBEIRO, Diaulas Costa, *Reprodução Medicamente Assistida: parentalidade contratual e Biológica Controvérsias e Certificações*, Op.cit., p. 42.

ascendência genética.

Ao longo do trabalho, analisamos a colisão de direitos fundamentais, abordando aspectos como o direito à vida, direito à integridade física, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, impedimentos matrimônios, direito à igualdade e direitos de personalidade.

Tradicionalmente, o critério para determinação da paternidade ou maternidade era a presunção a favor do casal que concebeu na constância do casamento. Como se demonstrou, esse critério foi sendo substituído, em razão do avanço científico, especialmente pela precisão do exame de DNA, pelo critério biológico, no qual se considera pai e mãe aqueles que passaram sua herança genética à criança concebida. Assim, após a relativização do monopólio jurídico ficto no estabelecimento do vínculo filial, logo se destacou no cenário jurídico o princípio da verdade real para determinação da filiação, ou seja, o conteúdo principal para definição da paternidade é ideia de relação biológica entre pais e filhos

Depois disso, delineou-se na doutrina e jurisprudência o modelo baseado no critério afetivo, que determina a paternidade ou maternidade a partir de laços afetivos estabelecidos entre o filho e os pais. Assim, a discussão em torno do acesso à informação sobre a identidade genética do indivíduo, nesse momento em que se encontra a discussão jurídica das relações familiares, denota uma tendência em fincar a relação de parentesco no princípio da afetividade, sem atrelar o conhecimento da origem biológica nos casos de indivíduo gerado de técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga a vínculos de ordem pessoal, patrimonial ou sucessório. Ou seja, o conhecimento da origem genética não implica na atribuição da paternidade ao pai biológico. Portanto, no caso da reprodução medicamente assistida heteróloga, os pais são aqueles que desejaram e realizaram o projeto parental, independente de este ter se concretizado com material genético próprio ou de terceiros.

Sendo assim, o critério biológico não deve ser considerado como prevalente no caso do indivíduo nascido através de técnicas de reprodução humana medicamente assistida para fixação da filiação, atribuindo-se a paternidade/maternidade àqueles que consentiram com a realização da técnica e desejaram o nascimento da criança, tendo em conta princípios como o da voluntariedade e da paternidade responsável.

O que se busca com o reconhecimento do direito ao conhecimento à origem genética é o acesso à informação biológica do indivíduo, sua história e sentido de pertencimento, sem outro condicionante fático e/ou jurídico. O indivíduo gerado através

de técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga tem direito a conhecer os fatos relativos à sua própria história, sem que isso signifique a destruição da relação afetiva estabelecida. Assim, pode-se afirmar que o direito ao conhecimento das origens genéticas goza de autonomia em relação a outros direitos da personalidade tutelados como o direito ao nome e à nacionalidade e à não separação dos pais.

Portanto, é legítimo ao filho vindicar o acesso aos dados genéticos do doador anônimo de sêmen arquivados na instituição em que se deu a concepção para proteger os direitos da personalidade, sem, entretanto, fazê-lo com o intuito de investigação de paternidade. A verdade biológica não se confunde com a verdade da filiação. Os laços biológicos, nos casos de reprodução humana medicamente assistida, não prevalecem sobre a filiação socioafetiva, nem desconstituirá a filiação jurídica já estabelecida.

O direito ao conhecimento da verdade biológica é direito de personalidade, indisponível, imprescritível e personalíssimo. Assim, ainda que haja um compromisso ou renúncia prévia dos pais em conhecer a identidade biológica do doador do material genético, esta renúncia não deve ter valor jurídico em relação ao indivíduo gerado.

Os interesses da criança devem ficar acima dos interesses dos pais. O indivíduo nascido através de técnicas de reprodução medicamente assistida deve ser visto com um ser humano, dotado de capacidade e sujeito de direitos. Portanto, é preciso deixar alternativas disponíveis para que esse novo indivíduo possa ter acesso à verdade e conheça sua história, sem mais questionamentos.

A comunidade internacional compartilha severas preocupações com os avanços decorrentes da genética aplicada às ciências da vida, buscando definir normas que estejam em consonância com o respeito aos direitos fundamentais dos homens.

As implicações decorrentes das novas tecnologias de reprodução humana têm sido objeto de constantes debates nos ordenamentos jurídicos de vários países. Muitas das leis estrangeiras sobre reprodução assistida que foram mencionadas e dos Informes que as precederam preceituaram um direito dos filhos nascidos mediante técnicas de reprodução medicamente assistida terem direito a conhecer a identidade dos pais biológicos. Convém destacar que esse direito tem sido construído com base no que se considera melhor para o futuro da criança e para o seu desenvolvimento pessoal.

Na ordem constitucional portuguesa, vigora no direito constitucional o princípio da não taxatividade dos direitos fundamentais de forma que a não consagração expressa de alguns direitos não impede a sua dedução de outros princípios constitucionais e de

outros direitos fundamentais consagrados expressamente. Assim, pode-se sustentar a existência no ordenamento jurídico português de um direito geral de personalidade.

Na ordem constitucional brasileira, o direito ao conhecimento das origens genéticas é um direito constitucional implícito. A Constituição Brasileira consagrou expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito e como fundamento e fim do Estado brasileiro. Assim, na Constituição Brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana visa proteger o indivíduo na sua condição humana, sendo fundamento para a maioria dos direitos elencados no catálogo de direitos fundamentais. Portanto, através de um esforço de interpretação hermenêutica, à luz da ordem jurídica brasileira e considerando-se os direitos fundamentais como uma cláusula geral implícita de tutela de todas as manifestações essenciais da personalidade humana, a identidade genética deve ser considerada como um direito fundamental implícito, alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à vida. Assim, a identidade genética deve ser considerada um bem jurídico fundamental a ser protegido, como um dos atributos essenciais da personalidade humana.

Vimos também que os direitos fundamentais não podem ser anulados, mas apenas sopesados, verificando-se na situação concreta o que deve prevalecer. Que somente conhecendo a própria ascendência e origem, o ser humano pode conhecer a si mesmo. Dessa forma, o reconhecimento do estado de filiação constitui decorrência direta do princípio da dignidade humana. Portanto, a regra é que, no caso de fertilização heteróloga, o direito à intimidade do doador de gametas deve encontrar harmonia com o direito do filho ao desenvolvimento da sua personalidade.

A concepção acerca da natureza do direito à intimidade, concebida como um direito de propriedade que o sujeito exercia sobre sua vida privada, passou a ser a de um direito de personalidade, sendo dotada de um conteúdo positivo⁴⁴², conforme o novo quadro social assim o exigiu. Contudo, considerando que nenhum direito fundamental é ilimitado e que, de qualquer modo, não existem direitos fundamentais absolutos, o que, por si só, explica a possibilidade de relativização do direito de intimidade, pode-se afirmar que não há impedimentos jurídicos para limitação do direito à intimidade do doador no caso de reprodução medicamente assistida heteróloga. Nesse caso,

⁴⁴² JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Op. cit, p. 110.

sustentamos a limitação do direito à intimidade sem perder de vista seu conteúdo essencial, devendo-se amparar o correto uso dos dados do doador.

O direito à intimidade, como qualquer outro direito fundamental, não é um direito absoluto, sendo permitidas, em algumas situações, intromissões na intimidade das pessoas sempre e quando autorizado no ordenamento jurídico vigente. No caso da reprodução humana medicamente assistida heterologa, há uma colisão entre o direito do filho de conhecer suas origens e o direito à intimidade do doador do material genético. Porém, na prática, o direito ao conhecimento da origem genética não trará circunstâncias judiciais como direitos e obrigações entre pais e filhos. Além disso, a divulgação da identidade do doador não será feita a outras pessoas que não o legítimo interessado⁴⁴³. Portanto, não se pode afirmar que a intromissão na esfera íntima do doador atingiria grandes proporções.

Ademais, estabelecer o anonimato de uma forma absoluta supõe uma discriminação com as pessoas nascidas dessas técnicas de reprodução medicamente assistida. Há também o risco de que se produzam incestos biológicos, o que, por sua vez, trará riscos a saúde dos afetados.

Também não se pode afirmar que existe uma expectativa por parte do doador de que o indivíduo gerado não desejará conhecer sua ascendência genética. Ao contrário, o doador tem conhecimento de que seu ato é determinante para gerar uma vida e que suas características genéticas serão transmitidas ao novo indivíduo, o que perdurará por toda a vida. Por outro lado, podemos dizer com segurança também que a promessa de anonimato feita pelos pais afetivos e pelo médico torna-se sem efeito em relação ao filho.

É preciso que os limites da liberdade dos pais e dos médicos de realizar o projeto parental sustentem-se sobre determinados bens jurídicos como os mencionados anteriormente, isto é, o direito à vida, integridade física e psíquica e a dignidade da pessoa humana. Assim, podemos amparar o direito ao conhecimento às origens genéticas, tomando por base a dignidade da pessoa humana, o direito à identidade pessoal, o direito à integridade pessoal, o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à verdade.

⁴⁴³ *Puesto que se trata de informaciones de carácter sensible cuya difusión puede tener afectos negativos para el individuo derivados de su utilización.* GONZALÉZ, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Op.cit., p. 477.

Além disso, diante da colisão de direitos fundamentais (direito à intimidade do doador e direito ao conhecimento das origens genéticas), através do princípio da unicidade da Constituição ou da concordância prática, do princípio da proporcionalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, ponderando-se os direitos e interesses à luz do caso concreto, deve prevalecer o direito ao conhecimento das origens genéticas.

Verificamos que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como base para tutela do direito ao conhecimento das origens genéticas e como critério de interpretação das normas. Diante deste princípio, os genitores, o Estado e toda a sociedade têm um dever de solidariedade para com o concebido e o ser humano deve visto como um fim e não como um meio.

Além disso, a construção da individualidade pressupõe o acesso a identidade dos seus progenitores como pressuposto para encontrar referências genéticas, características físicas, psicológicas e afetivas. A própria ideia de dignidade da pessoa leva a ideia de identidade como referência social ou individual, trazendo a identificação de quem é cada indivíduo e quais são as características que o singularizam. Assim, o conhecimento das origens genéticas é um aspecto relevante da personalidade individual do ser humano que tem direito à identidade pessoal, direito que integra a própria dignidade da pessoa humana.

D'outra banda, vimos que é hoje indiscutível a ideia de que o conhecimento das origens genéticas é indispensável para que o indivíduo possa detectar doenças genéticas e anomais graves, inferindo-se daí o direito ao conhecimento das origens genéticas como requisito para efetivação do direito à vida e o direito à integridade física.

Verificamos que é possível sustentar que a verdade é um bem de direito dotado de um valor jurídico de natureza moral. Assim, quando da interpretação da norma na aplicação do caso concreto, o jurista deve sempre perquirir se a solução proposta encontra harmonia com a verdade.

Portanto, as leis sobre técnicas de reprodução medicamente assistida de alguns países que estabelecem o anonimato do doador como regra constituem, dentro do panorama jurídico de um Estado de Direito, uma opção pouco acertada e pouco respeitosa com os direitos humanos e os demais direitos a ele relacionados.

O direito ao conhecimento das origens genéticas é um dos direitos chamados direitos de personalidade. Isso porque é um direito que acompanha o seu titular desde o nascimento até o momento de sua morte, todas as pessoas são titulares desse direito,

sem maiores requisitos a não ser o desconhecimento da origem biológica, sendo um direito imprescindível para garantir a dignidade da pessoa humana.

Analisando a natureza jurídica, vimos que o afloramento da importância da subjetividade humana e a compreensão de que as normas de direitos fundamentais voltam-se não somente a proteção contra o abuso do poder do Estado, mas visa também preservar o indivíduo na sua relação com outros indivíduos, faz ceder a tradicional divisão rigorosa entre direito público e direito privado. Portanto, os direitos de personalidade assumem uma natureza jurídica híbrida, ou seja, os diversos elementos que compõem os direitos de personalidade encontram hoje tutela no âmbito do direito público e privado.

A legislação que trata do assunto deve ter em vista os interesses do indivíduo gerado, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, respeitando a individualidade do ser humano em si e como membro de uma comunidade. Porém, a cautela ao se elaborar uma legislação é sempre necessária, de forma a evitar que uma legislação extremamente permissiva, com brechas para que outras pessoas que não os envolvidos, ou mesmo pessoas jurídicas, tenham acesso as informações genéticas de outras pessoas.

Finalmente, deve-se construir uma legislação que garanta o direito fundamental do concebido de, como faculdade inerente ao seu direito à identidade pessoal de natureza personalíssima, conhecer suas origens genéticas, sob pena de, negando-se esse direito a um ser humano, privá-lo do exercício de uma das faculdades que compõem o direito à identidade, característica pessoal que o distingue dos demais.

Trata-se da sobreposição do princípio da dignidade da pessoa humana, tornando inaceitável a manutenção de um anonimato passível de prejudicar a formação do concebido como indivíduo. Restringindo-se o direito de conhecer sua origem genética, estaríamos negando a uma pessoa a possibilidade de ter acesso a informações relativas a fatores que compõem a sua personalidade e que influenciam na sua autodeterminação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDELMASSIH**, Roger, “*Estudo do fator masculino*” in **SCHEFFER**, Bruno Brum, ET AL..*Reprodução Humana Assistida*. (1ª ed.). São Paulo: Editora Atheneu, 2003.
- AGUIAR**, Mônica, *Direito à filiação e bioética* (1ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALMEIDA**, Maria Cristina, *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana* (1ª ed.). Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.
- ALVES**, José Carlos Moreira, *Direito Romano, Vol. II* (6ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- AMARAL**, Franciso, *Direito Civil: introdução* (1ª ed.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARBAS**, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao patrimônio genético* (2ª ed.). Coimbra: Almedina, 2006.
- _____, *Direito do Genoma Humano* (1ª ed.). Coimbra: Almedina, 2007.
- BARBOZA**, Heloísa Helena. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*, in **LEITE**, Eduardo Oliveira, et al, *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito* (1ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARCELLOS**, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana* (1ª ed.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARRETO**, Vicente de Paulo, “Bioética, biodireito e direitos humanos” in *Revista Ethica*. Ano 1. V. 5. Rio de Janeiro: Revista Ethica. 1998. [Consult. 20.10.2010] Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos.
- BARROS**, Eliane Oliveira, *Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial Heteróloga* (1ª ed.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- BARROS**, Fernanda Otoni, *Do direito ao pai* (2ª ed.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BARROS**, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais* (1ª ed.). Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BENTO**, Luís Antonio, *Bioética: desafios éticos no debate contemporâneo* (1ª ed.). São Paulo: Paulinas, 2008.
- BESSA**, Leandro Sousa, *Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução*. [Consult. 03.07.2009]. Disponível em: http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualisar.php?id=636.
- BITTAR**, Carlos Alberto, *Os Direitos da Personalidade*, (1ª ed.). Rio de Janeiro:

Forense Universitária, 2004.

BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, (22ª ed.). São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Alci, *Sistema de proteção dos direitos humanos*, in **BORGES**, Alci, et al, *Iniciação ao estudo dos direitos humanos*, (1ª ed.). Teresina: Instituto Camilo Filho, 2008.

BRASIL. Código Civil Brasileiro- lei nº 10.406 de 10/01/2002.

BRASIL. Constituição da República Brasileira de 1988.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo, *Direito, sexualidade e reprodução humana: Conquistas médicas e o debate bioético*, (1ª ed.). Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito de Família e das Sucessões*, (2ª ed.). Coimbra: Almedina, 2005.

CAMPOS, Helena Nunes, “Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais” in *Cadernos de Pós-graduação em direito político e econômico*. Ano 1.V. 4. São Paulo: Mackenzie. 2004, pp.23-32

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, *Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética*. [Consult. 20.10.2010]. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3670/Filiacao-na-reproducao-assistida-heterologa>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, (7ªed.). Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Gomes; **BRASIL**, Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, (3ª ed.). Coimbra: Coimbra, 1993.

CARREJO, Simóm. *Derecho Civil*, (1ª ed.). Bogotá: Themis, 1972.

CASABONA, Carlos María Romeo, *El derecho y la Bioética ante los limites de la vida humana*, (1ª ed.). Madrid: Centro de Estudos Ramón Areces, 1994.

_____, *El derecho ante el genoma humano*, (1ª ed.). Bilbao-Granada: Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA- Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Editora Comares, 2002.

DELGADO, Lucredo Rebollo, *El Derecho Fundamental a La Intimidad*, (1ª ed.). Madrid: Editora Dykinson, 2000.

DELGADO ECHEVERRIA, J., *Los consentimientos relevantes en la fecundación*

assistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde, en vol, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en matéria de reproducción humana*, Madrid: II Congresso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, 1988.

DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do Biodireito*, (1ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2001.

_____, *Curso de direito civil brasileiro*, 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, v.5.

DONIZETTI, Leila, *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*, (1ª ed.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DOTTI, René Ariel, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, (1ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ECHTERHOFF, Gisele, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a Biotecnologia*, in **MEIRELES**, Jussara Maria Leal de, et al, *Biodireito em discussão* (1ª ed.), Curitiba: Juruá, 2007.

EDILSON, Farias, *Introdução*, in **BORGES**, Alci, et al, *Iniciação ao estudo dos direitos humanos*, (1ª ed.). Teresina: Instituto Camilo Filho, 2008.

ESPINO, Maria Lúcia Suárez, *El derecho a la intimidad genética*, (1ª ed.). Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

EWERLÖF, G., *Swedish Legislations on artificial insemination*, en vol., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congresso Mundial Vasco, Madrid: Trivium S.A, 1988.

FACHIN, Luz Edson, *A nova filiação: crise e superação do estabelecimento da paternidade*, in **PEREIRA**, Rodrigo da Cunha, et al, *Repensando o direito de família*, (1ª ed.). Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FARIAS, Edilson Pereira de, *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, (1ª ed.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

_____, *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, (1ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____, *Introdução*, in **BORGES**, Alci, et al, *Iniciação ao estudo dos direitos humanos*, (1ª ed.). Teresina: Instituto Camilo Filho, 2008.

FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos, *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*, (1ª ed.). Caxias do Sul: Plenum, 2007.

FERNANDES, Tycho Brahe, *A reprodução assistida em face da bioética e do*

biodireito: aspectos do direito de família e das sucessões, (1ª ed.). Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FIUZA, Cezar, *Direito Civil*, (10ª ed.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRANÇA, Rubens Limongi, “Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais” in *Revista dos Tribunais*. Ano 72. V.567. São Paulo: Revista dos Tribunais. Janeiro de 1983, pp.9-16.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais* (1ª ed.). Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

_____, “A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil” in *Revista dos Tribunais*. Ano 92. V.817. São Paulo: Revista dos Tribunais. Novembro de 2003, pp. 11-34.

GARRAFA, Volnei, *A manipulação da Vida e o tema dos limites*. In: *Iniciação à Bioética*, (1ª ed.). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

GARCIA, Luis San Miguel, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, (1ª ed.). Madrid: Tecnos, 1992.

GONDINHO, André, “Codificação e cláusulas gerais” in *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 1. V.2. Rio de Janeiro: Editora Padma. Abril a Junho de 2000, pp.18.

GONZALÉZ, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, (1ª ed.). Madrid: Colección Derechos Humanos e Filosofia del Derecho, Editorial Dykinson, 2007.

GRUNWALD, Astried Brettas, “Laços de família: critérios identificadores da filiação” in *Jus Navigandi*. Ano 7. V. 112. Teresina: Jus Navigandi. Outubro de 2003. [Consult. 20.10.2010]. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362>.

HAMMERSCHMIDT, Denise, *Intimidade genética e direito de personalidade*, (1ª ed.). Curitiba: Juruá, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante*. [Consult. 02.02.2008]. Disponível em: <http://www.gontijo-família.adv.br/tex019.htm>.

JIMÉNEZ, Pilar Nicolas, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, (1ª ed.). Bilbao-Granada: Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de derecho y genoma humano y Editorial Comares, 2006.

JORDÃO, Eduardo Ferreira, *Repensando a teoria do abuso de direito*, (1ª ed.). Salvador: JusPodivm, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira, *Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai*, in

LEITE, Eduardo de Oliveira, *et al*, *Grandes Temas da Atualidade. DNA e meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais civis e penais*, (1ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____, *O Direito, a ciência e as leis biomédicas*, in **SANTOS**, Maria Celeste Cordeiro Leite (org), *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*, (1ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, (1ª ed.). São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

_____, “Os sete pecados do novo direito de família” in *Revista dos Tribunais*. Ano 94. V.833. São Paulo: Revista dos Tribunais. Março de 2005, pp. 66-81.

LIMA NETO, Francisco Vieira, “Discriminação genética e proteção da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro”. 2003. Tese (Doutorado em Direito Civil)-Faculdade de Direito-Universidade de São Paulo.

LOBO, Paulo Luiz Netto, *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária* in **DIDIER JUNIOR**, Fredie, *Leituras complementares de processo civil*, (8ª ed.). Salvador: Podivm, 2010.

LUNO, Antonio Pérez, *Intimidad y protección de datos personales: del hábeas corpus al hábeas data*, *Estúdios sobre el derecho al intimidad*, (1ª ed.). Madrid: Luis García San Miguel, Tecnos, 1992.

MARTÍNEZ-SALAZAR, Javier, *Inseminação artificial* in **SCHEFFER**, Bruno Brum, *et al*, *Reprodução Humana Assistida*, (1ª ed.). São Paulo: Atheneu, 2003,

MEIRELES, Jussara Maria Leal de, *Com a cabeça nas nuvens, mas os pés no chão: discurso inicial sobre o biodireito e alguns dos instigantes questionamentos que constituem o seu objeto*, in **MEIRELES**, Jussara Maria Leal de, *et al*, *Biodireito em discussão*, (1ª ed.). Curitiba: Juruá, 2007.

_____, *Bioética e biodireito*, in **BARRETO**, Vicente de Paulo, *et al*, *Temas de biodireito e bioética*, (1ª ed.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELO, Celso Antonio Bandeira, *Curso de direito administrativo*, (8ª ed.). São Paulo: Malheiros, 1996.

MIGUEL, Carlos Ruiz, *Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación*, in **CASABONA**, Carlos María Romeo, *et al*, *Genética y Derecho*, (1ª ed.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, (3ª ed.). Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Walter, *Adoção e Verdade*, (1ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, (4ª ed.). São Paulo: Editora Atlas, 2002.

_____, *Direito Constitucional*, (11ª ed.). São Paulo: Atlas S/A, 2002.

MOREIRA FILHO, José Roberto, “Direito à identidade genética” in *Jus Navigandi*. Ano 6. V. 55. Teresina: Jus Navigandi. Março de 2002. [Consult. 20.10.2010]. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>.

MOTA PINTO, Paulo, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, (1ª ed.). Coimbra: Studia Iuridica, 2000.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca, *O direito à educação*, (1ª ed.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEUSPILLER, Fernanco; **ARDILES**, Gerardo, *Conceitos e Epidemiologia em medicina reprodutiva*, in **SCHEFFER**, Bruno Brum, et al, *Reprodução Humana Assistida*, (1ª ed.). São Paulo: Atheneu, 2003.

NOBERTO, Bobbio, *A era dos direitos*, (1ª ed.). Rio de Janeiro: Campos, 1992.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério jurídico da paternidade* (1ª ed.). Coimbra: Almedina, 2003.

OTERO, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, (1ª ed.). Coimbra: Almedina, 1999.

PANEA, José Manuel, *La imprescindible dignidad*, in **CUESTA**, Antonio Ruiz de la, et al, *Bioética y Derechos Humanos*, (1ª ed.). Sevilla: Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla-Santander Central Hispano, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Vol. V*, (16ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*, (1ª ed.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PETTERLE, Selma Rodrigues, *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*, (1ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PORTUGAL. Código Civil Português- Decreto-Lei nº47.344 de 25/11/66.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976.

PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, (4ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PINHO, Judicael Sudário de, *Apostila de Direito Constitucional*, Fortaleza: UNIFOR, 2002.

KANT, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Tradução Leopoldo Holzbach, (1ª ed.). São Paulo: Martin Claret, 2005.

REIS, Rafael Luís Vale, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, (1ª ed.). Coimbra: Coimbra, 2008.

RODRIGUES, Chagas, *Evolução histórica dos direitos humanos*, in **BORGES**, Alci, et al, *Iniciação ao estudo dos direitos humanos*, (1ª ed.). Teresina: Instituto Camilo Filho, 2008.

RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da vontade do paciente)*, (1ª ed.). Coimbra: Coimbra, 2001.

RODRÍGUEZ, José Antonio Seoane, “De la intimidad genética al derecho a la protección de dados genéticos” in *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Ano 9. V.16. Bilbao: Universidade de Deusto, Cátedra Interuniversidade de Derecho y Genoma Humano; Fundación BBV. Janeiro a junho de 2002, pp. 85.

RIBEIRO, Diailas Costa, *Reprodução Medicamente Assistida: parentalidade contratual e Biológica Controvérsias e Certificações*, in **DINIZ**, Débora, et al, *Quem pode ter acesso às Tecnologias Reprodutivas? Diferentes perspectivas no Direito Brasileiro*, (1ª ed.). Brasília: Letras Livres, 2002.

RIVERO, Maria del Carmen Gómez, *La protección penal de los datos sanitarios* (1ª ed.). Granada: Comares, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo, *Direito de família* (4ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RUIZ, Yolanda García, *Reproducción humana assistida: Derecho, conciencia y libertad*, (1ª ed.). Granada: Biblioteca de derecho y ciencias de la vida -Editorial Comares, 2004.

RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano, *Bioética, Genética y derecho*, in **VALLE**, Carlos José Pérez Del, et al, *Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial, VI-2004*, Madrid: Consejo General Del Poder Judicial- Centro de documentación Judicial, 2004.

SÁNCHEZ, Noelia Miguel, *Tratamiento de Datos Personales en el ámbito sanitario: intimidad versus interes público*, (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, (2ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____, *A eficácia dos direitos fundamentais*, (1ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição*, (1ª ed.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SAUWEN, Regina Fiúza; **HRYNIEWICZ**, Severo, *O direito 'in vitro': da bioética ao biodireito*, (2ª ed.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCHAEFER, Fernanda, *Bioética, biodireito e direitos humanos*, in **MEIRELES**, Jussara Maria Leal de, et al, *Biodireito em discussão*, (1ª ed.). Curitiba: Juruá, 2007.

SCHEFFER, Bruno Brum; **SCHEFFER**, Rafaela Friche de Carvalho Brum; **SCHEFFER**, Juliano Brum; **CORONA**, Jose, *Fecundação in vitro*, in **SCHEFFER**, Bruno Brum, et al, *Reprodução Humana Assistida*, (1ª ed.). São Paulo: Atheneu, 2003.

SEGRE, Marco; **SCHRAMM**, Fremin Roland, *Definição de Bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia*, in **COHEN**, Cláudio, et al, *Bioética*, (1ª ed.). São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995.

SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico, V.II* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Afonso da, “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia” in *Revista de Direito Administrativo*. Ano 11, V.212. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. Abril a junho de 1998.

_____, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, (13ª ed.). São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Reinaldo Pereira e, *Os direitos humanos do concebido – Análise biojurídicas das técnicas de reprodução assistida*. Porto Alegre, 2002. CD-Rom n. 40, São Paulo: Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda-Síntese Publicações.

_____, “Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos”, in *Revista dos Tribunais*. Ano 92, V.816. São Paulo: Revista dos Tribunais. Outubro de 2003, pp.62-93.

_____, *Introdução ao Biodireito: Investigações Político-Jurídicas sobre o Estatuto da Concepção Humana*, (1ª ed.). São Paulo: Editora LTR, 2002.

SILVA, Sandra Maria da, *O Ministério Público e a garantia do direito fundamental à ascendência genética*, in *XVII Congresso Nacional do Ministério Público: Os novos desafios do Ministério Público- Livro de teses*, Salvador: Conamp, 2007.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da, *Direitos fundamentais absolutos?* [Consult.12.12.2009]. Disponível em www.jfrn.gov.br/docs/especial23.doc.

- SOUZA**, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de, *O direito geral de personalidade*, (1ª ed.). Coimbra: Coimbra, 1995.
- STEINMETZ**, Wilson Antônio, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, (1ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TABOSA**, Argerson, *Direito romano*, (1ª ed.). Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999.
- TOBEÑAS**, Jose Castan, *Los derechos del hombre*, (4ª ed.). Madrid: Réus, 1992.
- PERLINGIERI**, Pietro, *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*, (1ª ed.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VARELA**, Alberto Rodríguez, *Aproximación a la persona antes de nacer*, (1ª ed.). Buenos Aires: Educa: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2006.
- VARELA**, João de Matos Antunes, “A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 128. V.3853. Coimbra: Coimbra Editora. Agosto de 1995, pp.100-101.
- VARGAS**, Maricruz Gomez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación*, (1ªed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- WANBIER**, Teresa Arruda Alvim, *Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002: a função social do contrato*, (1ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WELTER**, Belmiro Pedro, *Igualdade entre filiações biológica e socioafetiva*, (1ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.