

O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA BIOLÓGICA

THE RIGHT TO KNOWLEDGE OF BIOLOGICAL ANCESTRY

Rosana Broglio Garbin¹

Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa

RESUMO: A identidade genética do ser humano compreende todas as informações biológicas possíveis de serem conhecidas. A vertente que liga a genética à verdade biológica inclui o direito ao conhecimento da ascendência, que fornece dados importantes para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Esse direito encontra-se garantido na medida em que se reconhece a importância dos direitos de personalidade decorrentes da dignidade intrínseca do ser humano. Esbarra, todavia, em direitos outros, em geral com o mesmo patamar de importância, como o direito à intimidade, exigindo as devidas ponderações. Há, ainda, pontos referentes à relação pais/filhos, no que concerne à investigação de paternidade, adoção e procriação medicamente assistida, que exigem análise específica. Deve-se distinguir o direito ao estado de filiação do direito ao conhecimento das origens genéticas – o que evitaria intervenções ou repercussões indese-

jadas quando perquirida a parentalidade biológica –, de forma a assegurar o direito ao conhecimento da ascendência biológica e garantir a segurança das relações parentais já formadas. Novos conhecimentos adquiridos na área médica, psicológica e jurídica impõem o reconhecimento de novos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; direitos de personalidade; identidade genética; ascendência biológica.

ABSTRACT: *The genetic identity of human beings includes all biological information likely to be known. The strand that links genetics to biological truth includes the right to knowledge of ancestry, which provides important data for the development of the personality of the individual. This right is guaranteed in that it recognizes the importance of personal rights arising from the intrinsic dignity of human beings. However, such right often collides with other rights of the same level*

¹ Juíza de Direito do Estado do Rio Grande do Sul.

of importance such as the right to privacy, thus requiring the appropriate weights. There are also aspects of the relation between parents/children, concerning the investigation of paternity, adoption and assisted reproduction, which require specific analysis. One must distinguish the right to filiation from the right to knowledge of genetic origins to avoid unwanted interventions or consequences when biological parenthood is pursued and also to ensure the right to knowledge of biological ancestry and the safety of parental relationships that have already been formed. Furthermore, new knowledge in the medical, psychological and legal areas requires the recognition of new rights.

KEYWORDS: *Fundamental rights; personality rights; genetic identity; biological ancestry.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dignidade, direitos fundamentais e direitos de personalidade; 2 Identidade pessoal, identidade genética e origem genética; 3 O conhecimento da ascendência biológica; 4 Incidência no regime jurídico da filiação; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Dignity, fundamental rights and rights of personality; 2 Personal identity, genetic identity and genetic origin; 3 Knowledge of biological ancestry; 4 Incidence on the legal regime of filiation; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A escolha do tema surgiu da leitura do item 3 do art. 26 da Constituição da República portuguesa, que, de forma pioneira, garante o direito à identidade genética do ser humano, dispositivo incluído na quarta revisão constitucional no ano de 1997.

Do dispositivo constitucional referido, abstraem-se o caráter protetor e a preocupação com a possibilidade de manipulação genética, decorrente das novas tecnologias biomédicas na área de reprodução humana. Em uma primeira leitura, constatam-se as intenções de salvaguardar o patrimônio genético de todo e cada ser humano e de assegurar a sua individualidade, que não pode ser colocada em causa pela utilização das novas tecnologias.

Porém, como bem refere Paulo Otero, a partir desta norma, podem-se abstrair três vertentes, quais sejam, as que ligam a genética à humanidade, à verdade biológica e à liberdade técnico-científica².

Sem desconhecer a amplitude compreendida no direito à identidade genética, a pesquisa direcionou-se para a vertente que trata das questões

² OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoa e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 87.

relativas às verdades biológicas, mais especificamente o direito ao conhecimento das origens genéticas.

O tema tem vinculação com o direito à identidade pessoal que, junto com a identidade genética, encontra-se dentro dos direitos de personalidade.

Ainda que o ponto de partida tenha sido o Direito português, a investigação propõe a análise do direito ao conhecimento das origens biológicas de forma ampla, não vinculada a um ou a outro ordenamento jurídico.

As referências, contudo, giram em torno dos dispositivos legais dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, não se propondo a uma leitura de direito comparado. De toda sorte, como tema de significativa importância para a humanidade, é objeto de debate em vários países, o que remete para referências de dispositivos diversos. Reconhecido o patrimônio genético como o patrimônio mais íntimo e pessoal do homem, não há como se afastar do ser humano o desejo de conhecimento de suas origens biológicas, tampouco a importância deste na construção da identidade do indivíduo, quer no contexto íntimo, quer no contexto social no qual a pessoa está inserida.

Para fins de proteção e efetivação do direito constitucionalmente reconhecido, é necessária a adequação da legislação ordinária. O direito à identidade genética tem especial repercussão na esfera civil, que pode esbarrar em outros direitos de personalidade e família, em especial ligados aos progenitores.

Embora a matéria ganhe relevância no mundo atual, em razão dos avanços tecnológicos na área da reprodução humana, seu objeto, há tempos, não é novidade em debate nas relações de parentesco, como as decorrentes da adoção.

O trabalho parte da análise dos elos entre os direitos fundamentais e os de personalidade, ambos diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que orienta as modernas Constituições democráticas.

Entre os direitos de personalidade serão analisados o direito à identidade genética e pessoal, reconhecido seu caráter fundamental material, a ingressar nos ordenamentos jurídicos por expressa disposição constitucional ou em decorrência das cláusulas abertas, em regra, previstas nos sistemas de direitos fundamentais, com incidência própria na esfera pública e irradiação no domínio privado.

Admitido o direito à identidade genética, o que decorre diretamente de avanços como a descoberta do genoma humano, verifica-se sua amplitude, que

abrange o direito ao conhecimento das origens biológicas. Ter-se-ão, assim, as origens biológicas como componentes da identidade genética e esta, por sua vez, irá compor o direito à identidade pessoal na sua dimensão pessoal e relacional. Reconhecida a existência de novos direitos, passa-se, então, a exigir proteção a esses.

Perquire-se sobre fundamentos ao direito à verdade biológica, aqui direcionada para a verdade com relação às origens do indivíduo, porquanto, embora se cogite do mesmo direito com relação à descendência, firmar-se-iam em diferentes fundamentos.

Considerado o direito ao conhecimento da verdade com relação à origem de cada indivíduo como um direito autônomo de cada ser humano, far-se-á a análise de sua importância e harmonização com direitos colidentes, assim como se analisará as novas fórmulas capazes de dar efetividade a eles.

Com incidência direta, mas em diferentes graduações nas relações parentais, proceder-se-á ao exame do direito reconhecido com suas peculiaridades na investigação de paternidade, na adoção e nas filiações decorrentes de procriação medicamente assistida. Confere-se maior destaque a essa última por tratar-se, tal qual o direito reconhecido, de práticas novas na sociedade.

Novos tempos e novos direitos estão a exigir novas fórmulas jurídicas de proteção. O debate, assim, é oportuno para que se reconheçam as inovações tecnológicas e repercussões sociais e, de logo, estabeleçam-se os limites que devem ser respeitados para salvaguardar o direito reconhecido.

1 DIGNIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE

A dignidade da pessoa humana é princípio balizador das modernas constituições democráticas. É o fundamento maior que direciona toda a leitura constitucional e infraconstitucional de um Estado. Considera-se, pois, o alicerce do ordenamento, explicitado em normas de direitos fundamentais a lhe dar garantia.

A dignidade é intrínseca à pessoa humana e, portanto, sobrepõe-se ao reconhecimento social e jurídico³. Nos últimos anos, na esteira do

³ Para João Loureiro, é “o valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e de direitos correlativos” (LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade

constitucionalismo moderno, esta tem sido erigida a princípio constitucional⁴. Estabelecido o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, fortalece-se a ideia de que a pessoa é o centro de todo ordenamento, deixando claro que o Estado está para servi-la, e não o contrário.

O princípio da dignidade passa a ter íntima relação com os direitos fundamentais, embora nem sempre tenha sido assim. Jorge Miranda leciona que essa ligação apenas surgiu a partir do Estado Social de Direito e das modernas constituições⁵. São elas que sistematizam os direitos fundamentais, conferindo-lhes o devido valor ligado à ideia de que a pessoa “é o fundamento e o fim da sociedade e do Estado”⁶.

Os direitos fundamentais decorrem, exatamente, da noção de que o ser humano é único e dotado de dignidade, e exigem atuação por parte do Estado, quer de abstenção, quer de prestação.

Ingo Sarlet também reconhece como postulado do direito constitucional moderno a íntima relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, relação que nem sempre ocorre de forma pacífica⁷.

Os direitos fundamentais passam a ter relevância porquanto direcionados à proteção e ao pleno desenvolvimento do indivíduo como pessoa. Não cabem, pois, em um elenco limitado, quanto mais em razão da dinâmica da vida que está sempre a criar ou impor a identificação da fundamentalidade de um novo direito.

São considerados como direitos fundamentais formais os constitucionalmente estabelecidos. Mas, se todos os direitos formais hão de ser considerados como direitos fundamentais materiais, o contrário não traduz

genética do ser humano. In: Portugal-Brasil ano 2000. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra, p. 281, 1999.

⁴ No Brasil, a CF/1988 consagra o princípio da dignidade da pessoa como fundamento do Estado Democrático de Direito - art. 1º, item III. Em Portugal, a CRP, no seu art. 1º, refere-se ao princípio da dignidade como norte da República, a saber: “Art. 1º República Portuguesa. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Várias outras constituições consagram o princípio. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais* - na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 62-63.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. IV, 2008. p. 194-195.

⁶ Idem, p. 197.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 26-28.

a realidade: nem todos os direitos fundamentais materiais encontram-se formalmente elencados. Há, pois, direitos fundamentais para além do elenco constitucional⁸.

A abertura do elenco dos direitos fundamentais é matéria aceita em vários ordenamentos jurídicos que apresentam cláusulas de recepção, embora se observem diferenciações na identificação dos conteúdos e tratamentos⁹.

De outro giro, cabe referência aos direitos de personalidade, direitos esses que mantêm estreita ligação com a reconhecida dignidade da pessoa humana.

Trata-se de direitos arraigados ao sujeito e que são basilares da relação com os outros e com o próprio Estado. São bens e valores essenciais vinculados à pessoa, sem os quais não se estaria falando de indivíduo, ainda que se pudesse estar diante de um ser biológico¹⁰.

Segundo lição de Jorge Miranda, diferenciam-se dos direitos fundamentais, na medida em que são destinados às relações privadas, enquanto estes estariam destinados às relações públicas¹¹. Se é bem verdade que os direitos de personalidade mantêm uma relação mais privatista, não é menos verdade que são decorrência dos princípios constitucionais.

Por direitos de personalidade podemos considerar todos aqueles direitos que permitem à pessoa o seu pleno desenvolvimento – individual e na interação social –, aspectos estes importantes da personalidade. Trata-se de direitos essenciais e básicos que pertencem a toda a pessoa, a contar do seu nascimento com vida, marco inicial da personalidade jurídica, quando a pessoa se torna sujeito de direitos e deveres.

⁸ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 11.

⁹ Nesse sentido, ver arts. 16º e 18º da CRP e § 2º do art. 5º da CF brasileira.

¹⁰ Leciona Letícia Hammerschmidt: “Esses bens, denominados bens de personalidade, são essenciais, intrínsecos à pessoa, estando ligados a ela de modo íntimo e necessário, e de uma forma tal que se pode afirmar que tão fundamentais são eles, que a pessoa não tem condições de sem eles se desenvolver e exercer seu potencial, vindo a definir”. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade genética e direito da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 74.

¹¹ Nesse sentido, refere Miranda: “Não obstante largas zonas de coincidência, não são, contudo, assimiláveis direitos fundamentais e direitos de personalidade. [...] Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicista imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares [...]; os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito civil” (MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 69).

Na concepção tradicional, personalidade é a aptidão mantida pelo homem de ser sujeito de direitos e obrigações. Contudo, na evolução natural, que decorre da agregação de conhecimentos, reconhece-se que a personalidade compreende um conjunto maior de características, as quais tornam único cada ser¹².

Os direitos de personalidade são os direitos que estão sobremaneira vinculados à pessoa e estão cada vez mais a reclamar sua incidência também na esfera pública, a exigir do Estado postura que assegure a sua concretização.

Para além dos direitos de personalidade que restem identificados nos ordenamentos jurídicos, considerando sua fundamentalidade e evolução, deve-se reconhecer a existência de uma cláusula geral de direitos de personalidade¹³.

Há que se admitir, pois, um direito geral de personalidade que compreende e protege a dignidade e individualidade da pessoa, sem prejuízo de serem traduzidos direitos especiais com vistas à proteção de bem específico, como é o caso do direito ao nome, à imagem, à intimidade, consagrado em vários ordenamentos jurídicos.

Considerando a matriz constitucional desses direitos de personalidade, não raro são elencados, com maior ou menor especificidade, dentro dos direitos fundamentais.

¹² Jorge Trindade, ao tratar da “personalidade”, leciona: “Personalidade é um conjunto biopsicossocial dinâmico que possibilita a adaptação do homem consigo mesmo e com o meio, numa equação de fatores hereditários e vivenciais. [...] Normalmente, costuma-se atribuir às crianças, mesmo bem pequenas, características que são consideradas como sua personalidade. Estas são, na verdade, os fatores inatos, que integram e dão início à formação da personalidade que, para se consolidar, agrega, fundamentalmente, as experiências dos primeiros cinco anos de vida do indivíduo em contato com o meio, especialmente os pais. Nesses primeiros anos, as bases do funcionamento mental são determinadas, isto é, a forma como a pessoa se relaciona com os outros e com o ambiente, como reage a situações, etc., fica estabelecida em suas linhas mestras. Porém, a personalidade está em contínua transformação, mesmo que as mudanças se tornem mais difíceis quanto mais duradouras e patológica sejam as características” (TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica - Para operadores do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 64).

¹³ O CC português no art. 70 trata da tutela geral da personalidade. No Brasil, o CC de 2002, nos seus arts. 11º e 12º, também apresenta cláusula de proteção geral. Nesse sentido, refere Paulo Motta Pinto: “A nível de direito ordinário, o reconhecimento de um direito geral de personalidade ocorre pelo preenchimento do art. 70ª, nº 1, do Código Civil (‘tutela geral da personalidade’), como decorrência do dever de proteção do desenvolvimento da personalidade. Aliás, já desde algum tempo que se pode afirmar com segurança que a concepção que defende a existência de um direito geral de personalidade triunfou, na maioria das ordens jurídicas em particular sobre o *numerus clausus* de direitos de personalidade, mesmo nos países onde ele inicialmente foi aceite. Nalguns sistemas jurídicos, o ‘direito geral de personalidade’, impôs-se mais cedo. É o caso da Alemanha [...]” (PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil ano 2000. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra, p. 174, 1999).

A Constituição da República Portuguesa trouxe, para dentro dos direitos fundamentais – quando trata dos direitos, liberdades e garantias individuais –, os direitos de personalidade, explicitando-os, a salientar, o direito à identidade pessoal. O rol foi ampliado na revisão constitucional de 1997, quando vêm previstos o direito ao desenvolvimento da personalidade e, a grande inovação, o direito à identidade genética¹⁴⁻¹⁵.

No Brasil, a previsão constitucional com respeito aos direitos de personalidade é bem mais modesta, conforme art. 5º, inciso X¹⁶. Esses direitos vieram estabelecidos no Código Civil de 2002, que apresenta a cláusula aberta, o que, na leitura conjunta com o princípio-valor da dignidade, deixa certo que o rol dos direitos de personalidade não pode ser taxativo.

A despeito de não ter sido alterado o rol dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, tendo em conta a natureza e importância dos direitos de personalidade, consideram-se como direitos fundamentais decorrentes da cláusula aberta que reputam como fundamentais os direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais¹⁷.

¹⁴ “Título II – Direitos, liberdades e garantias
Capítulo I – Direitos, liberdades e garantias pessoais
Art. 26.º (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. 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.

4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.”

¹⁵ Paulo Otero refere o pioneirismo da CRP em elencar o direito à identidade genética. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 84.

¹⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

¹⁷ Ingo Sarlet reconhece entre os direitos fundamentais não escritos os implícitos e os decorrentes do regime e dos princípios. No que diz respeito aos direitos de personalidade consagrados no novo Código Civil brasileiro refere que “estes direitos já poderiam também ser deduzidos de uma cláusula geral de tutela da personalidade ancorada no direito geral de liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana, como, de resto, ocorre com o direito ao nome, já consagrado pelo próprio Supremo

Dignidade, direitos fundamentais e de personalidade, pois, compõem os instrumentos de proteção do indivíduo na sociedade e no Estado, reconhecendo suas especificidades e sua individualidade.

Independentemente da forma de previsão no ordenamento jurídico, nos Estados de Direito Democráticos, os direitos de personalidade devem ser considerados como fundamentais, como decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Paulo Motta Pinto também reconhece que o princípio da dignidade humana, por se tratar de um imperativo axiológico, impõe o conhecimento de uma personalidade jurídica atribuída a todos os seres humanos, merecedora de especial proteção¹⁸.

Do reconhecimento desta fundamentalidade tem-se que irradia seus efeitos por toda a ordem jurídica, também, e principalmente, sobre o direito privado, impondo a adequação das normas regulamentadoras das relações sociais a esses direitos¹⁹.

Tribunal Federal. Tal cláusula geral de tutela da personalidade, da qual decorre um direito geral de personalidade ou, como na Alemanha, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assume, por sua vez, a condição de direito fundamental implícito na nossa ordem constitucional [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 87-89.

¹⁸ Ao tratar do Direito português, diz o autor que “dessa garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de protecção desses direitos por parte do Estado” e conclui que “a tutela do desenvolvimento da personalidade, agora autonomizado como objecto de um direito explicitamente consagrado no art. 26º da Constituição, já encontrava, pois, guarida na Constituição, como resultante da dignidade da pessoa humana” (PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. In: Portugal-Brasil ano 2000. Op. cit., p. 151 e 153.

¹⁹ Nesse sentido, preleciona Motta Pinto: “Integrando essa dimensão objectiva dos direitos fundamentais distingue-se, assim, na doutrina alemã, desde a decisão ‘Lüth’, antes de mais, a sua ‘eficácia de irradiação’ para toda a ordem jurídica, e, em especial, em relação às entidades privadas. Segundo a ideia subjacente a essa ‘eficácia de irradiação’ dos direitos fundamentais, as normas sobre direitos fundamentais impor-se-iam em toda a ordem jurídica e, designadamente, também no direito privado, devendo a jurisdição constitucional apurar se a jurisdição cível apreciou correctamente o alcance e a eficácia dos direitos fundamentais nesse domínio. As normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto princípios jurídicos fundamentais, impõem, assim, desde logo, uma interpretação do direito ordinário conforme aos direitos fundamentais, estendendo a sua eficácia para lá do direito constitucional e do direito público” (Idem, p. 188).

Assim, o reconhecimento dos direitos de personalidade na esfera civil é instrumento que fortalece o regime dos direitos fundamentais e concretiza a irradiação de sua eficácia²⁰.

2 IDENTIDADE PESSOAL, IDENTIDADE GENÉTICA E ORIGEM GENÉTICA

2.1 AS EVOLUÇÕES CIENTÍFICAS E A IDENTIDADE GENÉTICA

De todos os avanços científicos que se tem conhecimento nas últimas décadas, e não foram poucos, não há como negar a importância da descoberta do ADN²¹, nosso código genético particular que, para além de toda a sua repercussão, permitiu o reconhecimento de que cada ser humano é único e irrepetível.

Maria Christina de Almeida reconhece que:

O século XX foi o “século do gene”. Iniciou-se em 1906 com William Bateson, inventor do termo “genética”, seguido por Watson e Crick, em 1953, que decifraram o “código genético” do DNA, ou seja, o segredo contido nos genes. Em 1985, Alec Jeffreys reconheceu, em suas experiências com sondas moleculares radioativas, as variações do DNA e, por elas, afirmou ser possível determinar a individualidade genética do ser humano. Ao apagar das luzes foi completada a sequência do genoma humano.²²

Loureiro refere que o direito à identidade genética apresenta-se como um direito novíssimo, possível de ser reconhecido apenas em razão dos avanços

²⁰ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil ano 2000. Op. cit., p. 226.

²¹ Diz Almeida: “O advento da tipagem de DNA (DNA Fingerprinting ou Impressões Digitais do DNA) ocasionou uma evolução inequívoca na descoberta da origem biológica, podendo ser considerado hoje como o mais poderoso elemento esclarecedor da verdade a serviço dos juízes e dos profissionais ligados à área do direito de família. Isso porque, com ele, tornou-se possível não só estabelecer com alto grau de precisão a identidade genética das pessoas, como também determinar sua genealogia” (ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 88).

²² Idem, p. 25.

tecnológicos²³, a impor releituras jurídicas com vistas à inclusão de sua proteção, mesmo nos ordenamentos jurídicos que a ele não se refiram expressamente.

Como visto no capítulo inicial, a cláusula aberta dos direitos fundamentais e do direito geral de personalidade são a porta para entrada de novos direitos na atual sociedade, em que a rapidez das evoluções, em especial nas áreas científicas, tem sido a tônica.

Com a possibilidade de mapeamento do código genético humano, há que se reconhecer como novo o direito à identidade genética, entendido como sendo a base biológica do ser humano.

As informações genéticas, que acompanham o indivíduo desde o seu nascimento até a sua morte, são seu maior patrimônio. Elas indicam as características permanentes, inalteráveis e indestrutíveis²⁴ de uma pessoa, que lhe foram transmitidas pela conjugação das também características de seus ascendentes. São as diferentes combinações existentes que permitem que cada ser humano seja único, e essa diversidade é componente de crescimento e desenvolvimento da humanidade.

Essas informações genéticas guardam também a indicação de quem são os progenitores, os quais transmitiram muitas das características que formam o indivíduo. É a combinação dos genes dos ascendentes que criam o novo ser, que, por sua vez, passa a ter uma sequência de genes próprios. O ser humano é,

²³ João Loureiro refere-se à “emergência de um novíssimo bem, a identidade genética. Com efeito, este bem constitui-se como tal a partir da abertura de um conjunto de possibilidades fácticas de intervenção no genoma que desencadearam uma discussão sobre a admissibilidade ética e jurídica destas práticas. Em termos dogmáticos, este bem pode não estar, ao contrário do que acontece na CRP, autonomizado no plano do texto constitucional. Mas a “vinculação temporal” da constituição não tem de passar por uma voragem revisionista do texto, antes pode resultar de uma legítima (re) leitura constitucional” (LOUREIRO, João. *Genética, moínhos e gigantes: Quixote revisitado - Deveres fundamentais, sociedade de risco e biomedicina*. In: *Derecho y genética: um reto de la sociedad del siglo XXI*. Madrid, 2006).

²⁴ Nesse sentido, refere Calle: “*La información genética de una persona tiene un carácter estructural, en cuanto que la acompaña desde su origen y hasta su muerte. [...] Es permanente e inalterable: no varía a lo largo de la vida de la persona, salvo que sufra mutaciones genéticas espontáneas o provocadas, sea por manipulación genética o por otros factores (como la exposición o contacto con determinadas sustancias, por ejemplo, radioactivas o químicas tóxicas), mutaciones cuyo alcance siempre será limitado. Es indestructible: está presente en casi todas las células del organismo mientras está vivo y, normalmente, también después de muerto*”. (CALLE, Esther Gómez. *El derecho civil ante las nuevas técnicas de investigación genética. En particular, las pruebas de detección genética*. In: *Derecho y genética: um reto de la sociedad del siglo XXI*. Madrid, 2006. p. 125).

pois, resultado da conjugação dos genes de seus ascendentes que resultam em um novo e único ser, possuidor de uma cadeia genética irrepetível no universo²⁵.

O patrimônio genético do homem contém seus dados mais íntimos, que apenas foram possíveis de se conhecer em razão dos avanços da ciência. Muito embora o indivíduo seja a conjugação de muitos fatores, há que se admitir que esse é o substrato mais íntimo que lhe deu origem²⁶.

Resta agora saber o que fazer com todo esse conhecimento. Se a evolução é primordial para o ainda maior desenvolvimento do ser humano, tem-se que ter presente também os riscos envolvidos²⁷.

É certo que esse conhecimento abre as portas para uma série de inovações, entre as quais a possibilidade de conhecer o nosso futuro e até de alterar a sua rota de forma positiva, como, por exemplo, com a prevenção de doenças genéticas, entre outros. Contudo, também pode se apresentar com toda sua carga negativa, possibilitando alterações genéticas apenas para aperfeiçoamento da espécie, com todos os riscos inerentes a essa experiência²⁸.

Os dados genéticos de cada indivíduo compõem o seu patrimônio e, como tal, devem ser objeto de proteção. Essa proteção compreende várias dimensões, considerando a complexidade que envolve a descoberta.

A identidade genética do ser humano, pois, compreende todas as informações genéticas de que hoje se é possível conhecer e é considerada como patrimônio exclusivo do indivíduo.

²⁵ Exceção é feita aos gêmeos monozigóticos, pois são resultado da bipartição de um mesmo zigoto.

²⁶ Stela Barbás refere que “na definição adiantada de patrimônio genético, o homem-singular é uma realidade que resulta do jogo genético dos progenitores e das circunstâncias, da fusão e da interligação de factores endógenos e exógenos” (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 18).

²⁷ Refere Petterle que “uma breve mirada sobre algumas das principais tecnologias atualmente disponíveis deixa entrever uma questão existencial inafastável e sempre atual nas reflexões humanas: a face positiva e negativa do conhecimento, assim como a irrecuperabilidade do desconhecimento” (PETTERLE, Selma Rodrigues. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na Construção brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); LEITE, George Salomão. *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 237).

²⁸ Refere Calle: “La investigación, experimentación y manipulación genéticas están siendo y serán fuente de indudables beneficios para el ser humano desde el punto de vista del diagnóstico y la terapia de múltiples enfermedades, pero también pueden suponer, si no se controla adecuadamente su desarrollo, una seria amenaza para determinados derechos fundamentales, y en especial para la dignidad de la persona. De ahí el interés mostrado por regular estas materias, tanto a nivel internacional como nacional” (CALLE, Esther Gómez. Op. cit., p. 122).

Paulo Otero refere que o direito à identidade genética é um direito amplo e compreende vertentes que ligam a genética à humanidade, à verdade biológica e à liberdade técnico-científica²⁹.

Na sua amplitude, compreende o direito de inviolabilidade do patrimônio genético, do que decorre o reconhecimento das impossibilidades de manipulação dos genes e de clonagem humana. Talvez essa seja a mais importante das dimensões a serem observadas, pois dirige-se a assegurar a diversidade biológica da humanidade. É direito dirigido à salvaguarda de toda a espécie humana, ao mesmo tempo em que reconhece o direito de cada um ter sua individualidade, sem riscos de ser reproduzido³⁰⁻³¹.

Surgem, aqui, questões ligadas à clonagem humana³², possivelmente o tema no qual se obtém maior consenso. A recomendação em tratados internacionais sobre bioética é pela proibição da clonagem, o que já é observado pela legislação de vários países³³.

²⁹ OTERO, Paulo. Op. cit., p. 87.

³⁰ Márcio dos Anjos apresenta os argumentos que levam à conclusão do caráter antiético da clonagem humana, quer em razão pelos métodos e técnicas utilizadas em seus processos quer por sua finalidade e resultados, a respeito da qual referem: "A simples hipótese de clones humanos, gênios ou andróides significaria a dissolução da identidade das pessoas; um golpe na sua dignidade, pela montagem programada da qual resultariam" (ANJOS, Mário Fabri dos. Ética e clonagem humana na questão dos paradigmas. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Chistian de Paul (Org.). *Fundamentos da bioética*. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2005. p. 129).

³¹ Petterle também se manifesta em sentido contrário. Refere a autora: "Filósofos e juristas também têm se posicionado contrariamente à clonagem humana reprodutiva, isso porque, além dos já mencionados riscos, tal duplicação (proibida inclusive nos países de legislações permissivas) reduz o homem ao *status* de coisa fabricada. Neste contexto, sustenta-se que atirar dados ao acaso, produzindo um genótipo novo e desconhecido de todos, é condição prévia de liberdade" (PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 38).

³² Demétrio Neri ensina: "Ao consultarmos um bom dicionário, veremos que o termo clonagem indica a reprodução agâmica ('sem casamento', ou seja, sem a união dos dois gametas masculinos e femininos; assexuada), natural ou artificial, de entidades biológicas idênticas entre si, ou seja, com idêntica bagagem genética. 'Clone' significa 'broto', e a mais conhecida forma de clonagem é a propagação das plantas por meio de tanchões. Também a formação de gêmeos é uma forma de clonagem natural e o é também o próprio processo de replicação das células. Sabemos, com efeito, que antes da divisão a bagagem genética se duplica e as células-filhas são totalmente idênticas à célula-mãe; sob esse aspecto, nosso corpo é um clone, ou seja, uma população de células que têm a mesma bagagem genética da célula inicial" (NERI, Demétrio. *A bioética em laboratório - Células-tronco, clonagem e saúde humana*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 63).

³³ Nesse sentido, *v.g.*, o art. 11 da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem. No Brasil, a proibição consta do art. 6º, itens II, III e IV, da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). Em Portugal, a proibição consta do art. 7º, item 1, da Lei nº 32/2006, que trata da PMA.

No que diz respeito à liberdade técnico-científica, o direito à identidade genética traduzirá, exatamente, o limite para as pesquisas que envolvem materiais genéticos e o reconhecimento de que esse patrimônio pertence ao próprio indivíduo, a quem é atribuído o poder de aceder, controlar e autorizar sua revelação³⁴.

E, por fim, a hipótese que liga a genética à verdade biológica e que diz com o conhecimento amplo dos dados genéticos, incluído o direito ao conhecimento da ascendência.

Em Portugal, de forma pioneira, o direito à identidade genética vem catalogado entre os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição³⁵, conceito aberto que possibilita análise em suas várias dimensões.

O mesmo direito também é expresso na Constituição Suíça, que, contudo, explicita a proibição de manipulação genética e o direito ao acesso de dados sobre a ascendência, em incisos diversos³⁶.

No Brasil, Sarlet refere que esse direito estaria incluído entre os direitos fundamentais, compreendido no campo dos direitos implícitos ou decorrente do regime dos princípios³⁷.

2.2 A ORIGEM BIOLÓGICA COMO COMPONENTE DAS IDENTIDADES GENÉTICA E PESSOAL

A identidade genética é o que individualiza biologicamente a pessoa, seu componente mais íntimo e indissolúvel, e indica as características que aportam

³⁴ Nesse sentido, ver HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade genética e direito da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 96.

³⁵ Art. 26, item 3, da CRP.

³⁶ Constituição Suíça, no seu art. 24, dispõe: “a) a intervenção no patrimônio genético dos gametas e dos embriões humanos são inadmissíveis; [...] g) o acesso da pessoa aos dados sobre a sua ascendência deve ser garantida”.

³⁷ Nesse sentido, refere Ingo Sarlet: “No campo dos direitos implícitos e/ou decorrentes do regime e dos princípios, vale mencionar alguns exemplos que têm sido citados na doutrina, mas que também já encontraram aceitação na esfera jurisprudencial, ainda que se esteja longe de alcançar um consenso, especialmente (mas não exclusivamente, importa destacar) no concernente ao conteúdo e alcance destes direitos. [...] Também o direito à identidade genética da pessoa humana, o direito à identidade pessoal, as garantias do sigilo fiscal e bancário (em geral, deduzidas, por expressiva parcela da doutrina e jurisprudência nacional, do direito a privacidade), assim como, mais recentemente, um direito à boa administração pública, entre outros, revelam não apenas o quanto já tem sido feito nesta esfera, mas também as possibilidades de desenvolvimento da abertura material do catálogo também no que diz com os direitos não expressamente positivados” (grifo meu) (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 90).

com o nascimento, decorrentes da combinação genética de seus ascendentes, em especial da direta, qual seja, dos progenitores.

Deve-se, pois, reconhecer a importância do patrimônio genético transferido ao descendente. O conhecimento da origem fornece dados importantes para o entendimento e o desenvolvimento da personalidade do indivíduo³⁸.

Assim, dentro do direito à identidade genética, não há como se subtrair o direito ao conhecimento sobre a sua verdade biológica, ou, a ser dito de forma mais específica, o direito ao acesso dos dados de sua ascendência.

As características genéticas dos ascendentes transmitem-se ao novo indivíduo e determinam pequenos detalhes, como a cor dos olhos, do cabelo, a estatura, etc. A herança transmitida também pode ser negativa, composta por genes nocivos desencadeadores de doenças genéticas.

Selma Petterle esclarece que essas características visíveis a olho nu – ou não – constituem o fenótipo de uma pessoa e são o resultado de sua carga genética, o genótipo. Em regra, essas características não são afetadas pelo meio ambiente³⁹.

Esse patrimônio genético que passa a integrar o novo ser está diretamente ligado ao patrimônio genético transmitido que pertence aos progenitores. Conhecer a verdade sobre a ascendência biológica está inserido dentro do direito à identidade genética.

Assim, os dados relativos à origem genética, que inclui o conhecimento da ascendência biológica, compõem a identidade genética do indivíduo, e esta faz parte da identidade pessoal.

³⁸ Refere Maria Christina de Almeida: “Como característica da individualização por fatores biológicos, a ascendência constitui fundamentalmente o ser humano, e o conhecimento da sua origem lhe oferece importantes pontos de conexão para o entendimento e o desenvolvimento da sua própria individualidade”. ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 58.

³⁹ Diz a autora: “Os organismos vivos, e aqui nos interessam especificamente os seres humanos, apresentam características mensuráveis, ou peculiaridades individuais, que geralmente são visíveis a olho (a exemplo da cor dos olhos) ou que poderão exigir testes especiais para sua verificação (a exemplo do tipo sanguíneo), características estas denominadas de fenótipo. Essas características exteriores resultam da carga genética, ou da constituição genética que cada indivíduo aporta, denominada de genótipo. De tal sorte, a aparência do indivíduo (seu fenótipo) é o resultado final de sua carga genética (seu genótipo). Não obstante essas características fenotípicas serem consideradas relativamente incólumes, ou não afetadas por condições ambientais normais, importante frisar que os genes estabelecem os limites dentro dos quais o ambiente pode modificar o fenótipo” (PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*, cit., p. 23-24).

Pode-se, dessa forma, dizer que o direito ao conhecimento das origens biológicas está fundado no direito geral de personalidade e independe, portanto, da especificação no ordenamento jurídico.

O direito geral de personalidade pode ser compreendido como o direito ao desenvolvimento da personalidade, que “está fundada numa construção, e não num grupo de características estanques e adquiridas pelo nascimento”⁴⁰.

Esse direito é imputado à Constituição alemã, que reconhece à pessoa o direito ao “livre” desenvolvimento de sua personalidade, e traduz a íntima ligação dos direitos de personalidade com os de liberdade.

O direito constitucional português também elenca, entre os direitos fundamentais, o direito ao desenvolvimento da personalidade, omitindo o adjetivo livre. Nem por isso pode-se considerar que o desenvolvimento da personalidade possa ser condicionado. Ao contrário, admitido tal direito, ele só poderá ser livre de forma que cada ser humano tem o direito a se desenvolver dentro de suas crenças e capacidades.

O direito ao desenvolvimento da personalidade é fundamental para reconhecer a liberdade individual, buscar o seu projeto pessoal e formar a sua identidade pessoal.

A identidade pessoal, assim, compreende, além dos componentes genéticos inerentes, também aspectos procedimentais, sociais, psicológicos, entre outros. Tendo a identidade pessoal como a que individualiza a pessoa, não há dúvidas de que a identidade genética que ela porta é a primeira das características que compõe essa identidade. Assim, há que se considerar que a identidade genética, própria de cada indivíduo, é o componente essencial da identidade pessoal⁴¹.

As características biológicas são elementos preponderantes, embora não condicionantes de como a identidade pessoal se formará, porquanto as influências biológicas podem não se apresentar em contato com o ambiente. Daí porque limitar a identidade de uma pessoa apenas às suas condicionantes biológicas é muito pouco. A identidade pessoal é mais abrangente, compreendendo “um referencial biológico, que é o código genético do indivíduo (identidade

⁴⁰ TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica*, cit., p. 64.

⁴¹ Miranda e Medeiros reconhecem a amplitude do conceito de identidade pessoal, mas referem que “na medida em que a pessoa é condicionada na formação da sua personalidade pelo factor genético, a identidade genética própria é uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, t. I, 2005. p. 284).

genética), e um referencial social, este construído ao longo da vida, na relação com os outros”⁴².

É nesse sentido que Paulo Otero refere que o direito à identidade pessoal compreende duas dimensões: uma individual, dirigida ao reconhecimento de que cada ser humano é singular; e uma relacional, que compreende toda a construção de sua história pessoal⁴³.

Ao sustentar a impossibilidade de se repetir um ser humano, mesmo com as apuradas técnicas de clonagem para fins de reprodução, Demétrio Neri reconhece exatamente a influência do meio na personalidade do indivíduo, assim como o fato de que o cérebro será sempre único⁴⁴.

É, desta forma, pois, que gêmeos monozigóticos apresentam identidade pessoal diferente, embora dividam a mesma identidade genética. O ser humano é, pois, uma complexa equação, em que “natureza e cultura, hereditariedade, genética e ambiente”⁴⁵ são fatores que se conectam e fazem com que cada um seja único.

Considerando a intersecção entre os direitos sustentados, tem-se que o direito a ter acesso aos dados dos progenitores está compreendido no direito à identidade genética, que, por sua vez, compõe a identidade pessoal.

⁴² PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira*, cit., p. 26.

⁴³ OTERO, Paulo. Op. cit., p. 64.

⁴⁴ Perquirindo sobre a clonagem reprodutiva humana, reflete o autor: “Que interesse pode haver em fazer artificialmente uma coisa que já acontece na natureza com os gêmeos monozigóticos? E o que se obteria? Suponhamos que alguém queira clonar personagens geniais como Beethoven ou Einstein. É possível imaginar que o objetivo não é simplesmente obter dois indivíduos com a mesma bagagem genética dos originais e, talvez, com feições físicas muito semelhantes. Isso pode estar certo no caso de ovelhas, mas no campo humano é claro que mediante a reprodução da bagagem genética nós esperamos poder reproduzir o gênio científico de Einstein ou o gênio musical de Beethoven. Mas isso não ocorrerá jamais, por duas razões fundamentais e cientificamente comprovadas. A primeira razão é que cada um de nós como indivíduo com seu caráter e as suas qualidades físicas, psíquicas e intelectuais, não é simplesmente o produto de seus genes; mas é o produto de uma complexa e inextricável interação entre os genes e o ambiente. Isso significa que se quiséssemos, partindo da mesma bagagem genética, reproduzir um indivíduo igual a um outro naquilo que realmente conta (as qualidades psíquicas e intelectuais) deveríamos ser capazes de reproduzir também o idêntico ambiente em que se desenvolveu o outro, inclusive o ambiente intra-uterino. [...] A segunda razão, com efeito, é que o cérebro humano é o resultado único e irrepetível de um processo de desenvolvimento guiado, mas não inteiramente determinado, pelos genes [...]. Nós reagimos de modo diferente aos mesmos estímulos ambientais justamente porque o nosso cérebro é único” (NERI, Demétrio. Op. cit., p. 67-68.

⁴⁵ TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 83.

Não se desconhece a discussão em torno do tema, em especial, em Portugal, onde o direito à identidade genética veio constitucionalmente expresso, e sua abrangência é objeto de divergências.

Enquanto Paulo Otero, como já referido, considera que o direito à identidade genética compreende várias dimensões, João Loureiro entende que esse direito apenas defenderia o patrimônio genético em nível do que não pode ser tocado.

Para Otero, a explicitação do direito à identidade genética reforça o alcance do direito à identidade pessoal, protege o patrimônio genético de forma autônoma e, em uma das suas vertentes, “conduzirá, necessariamente, a um princípio geral de verdade biológica”⁴⁶.

De outro lado, Loureiro sustenta que o conhecimento da verdade sobre a progenitura é protegido “ao nível do direito à identidade pessoal, na sua dimensão de direito à historicidade pessoal”⁴⁷⁻⁴⁸.

Rafael Reis, ingressando no debate, contrapõe a posição de Paulo Otero e entende que considerar o direito ao conhecimento das origens genéticas como decorrente do direito à identidade genética viria em prejuízo à autonomia do direito à identidade pessoal. Reconhece, porém, que “a tutela ao direito à identidade pessoal encontrará na identidade genética o *quid* a cujo acesso procura salvaguardar, na medida em que o indivíduo reclamará informações sobre a mesmidade (e de tal forma que podemos dizer que se alcança a isipseidade pela descoberta da mesmidade)”⁴⁹.

⁴⁶ OTERO, Paulo. Op. cit., p. 85 e 90.

⁴⁷ LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. Op. cit., p. 291.

⁴⁸ Jorge Miranda e Rui Medeiros, sem entrar na polémica ora referida, também consideram o objeto do direito à identidade genética mais restrito, tanto que, ao comentarem o item 3 do art. 26 da CRP, apontam apenas para a dimensão de proteção contra a liberdade científica. Referem que o dispositivo “tem subjacente o reconhecimento de que a criação, desenvolvimento e utilização das novas tecnologias e a experimentação científica podem ser uma fonte de riscos para a dignidade das pessoas e para a identidade genética dos seres humanos” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Op. cit., p. 295).

⁴⁹ Para o autor, “a identidade genética remete-nos para a identidade-mesmidade, enquanto a identidade pessoal nos remete para a identidade-ipseidade, isto sem prejuízo, obviamente, de a identidade genética revelar ‘como substrato fundamental da identidade pessoal’. Desta forma, o direito à identidade pessoal cumprir-se-á na medida em que o indivíduo tenha a possibilidade de aceder àquela identidade genética, de tal forma que a questão poderia colocar-se nestes termos: a identidade genética protege o que o sujeito é (mesmidade), assegurando a continuidade e exclusividade dessa existência, enquanto que a identidade pessoal tutela o autoconhecimento daquilo que o sujeito

O certo é que o direito ao acesso dos dados relativos à ascendência de uma pessoa é um bem jurídico de reconhecida importância e merecedor de proteção jurídica.

Concorda-se com Paulo Otero quando o inclui no direito à identidade genética, a reclamar do Estado intervenção, em especial de ordem legislativa, para a sua concretização, como adiante melhor se analisará.

As informações sobre a origem genética compõem o precioso bem do indivíduo que, ainda que parte de um todo, igual na sua condição humana e no reconhecimento da inerente dignidade⁵⁰, é único e diferente, quer na sua estrutura genética, quer na identidade que constrói. É essa identidade genética que o indivíduo portará na composição de sua identidade pessoal, na qual se agregam a sua interação com o meio e a sua história. Tal reconhecimento em nada reduz a concepção da identidade pessoal, senão que a ela acrescenta.

Assim, ainda que se entenda que a motivação para a procura da origem genética se encontre no nível da identidade pessoal, o bem perseguido – informação sobre quem são os seus ascendentes que conferiram os genes que formaram o novo ser – está a ser protegido no nível da identidade genética.

2.3 PROTEÇÃO DO DIREITO AO CONHECIMENTO DA VERDADE BIOLÓGICA

Sustenta-se a importância do conhecimento da origem genética por vários motivos: a preservação da saúde e da vida em caso de doenças genéticas; os impedimentos de uniões incestuosas; e a necessidade psicológica na construção da identidade da pessoa.

Esses argumentos sempre estiveram presentes em questões que envolvem a filiação, em especial em casos de adoção, hoje acentuadas diante das novas técnicas de procriação.

A importância dos dados para fins de prevenção ou atendimento em caso de doenças genéticas é um dos motivos justificadores da liberação dos dados, acolhidos com maior unanimidade. Também a preocupação social com a possibilidade de incesto é reconhecida como autorizadora da quebra de sigilo desses dados.

representa (ipseidade), portanto com evidente autonomia de planos" (REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 72).

⁵⁰ OTERO, Paulo. Op. cit., 1999. p. 65.

Nesse sentido, chama a atenção a solução encontrada pela lei que trata da procriação medicamente assistida em Portugal que, entre o sigilo e a exposição, optou por permitir o conhecimento de dados, mas não da identidade do ascendente, salvo em casos especialíssimos⁵¹.

Apenas fornecer dados genéticos sem a equivalente informação do nome da pessoa é conceder menos do que o indivíduo tem direito. O direito ao conhecimento da ascendência deve ser reconhecido, porque faz parte da identidade genética e pessoal do ser humano⁵².

Se o conhecimento de dados anônimos é suficiente para questões ligadas à saúde e matrimoniais, o mesmo não se pode dizer quanto às implicações psicológicas.

O conhecimento de quem é o pai e a mãe de um indivíduo repercute na sua formação psicológica, ajuda a construir sua história e se traduz na sua identidade pessoal.

Paulo Otero extrai da disposição constitucional portuguesa, que traz para o ordenamento jurídico o direito à identidade genética, a necessidade de o legislador estabelecer mecanismos de garantia do direito e a permissão para considerar inválidos os atos normativos ou os não normativos de direito ordinário, de natureza pública ou privada, que atentem contra esse mesmo direito⁵³.

⁵¹ Nesse sentido, art. 15, item 3, da Lei nº 32/2006: “2. As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso de dádiva de gametas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identidade do doador. 3. Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informações sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir. 4. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”.

No mesmo sentido, no Brasil, a atual Resolução nº 1.957/2010 do CFM recomenda o sigilo quanto à identidade do doador, mas estabelece no item 3 do art. IV que “em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador”.

⁵² Opondo-se ao anonimato do doador nos casos de inseminação artificial heteróloga, refere Oliveira Ascensão: “O direito à identidade genética implica também a origem genética e pode não se bastar com a mera indicação anónima de dados genéticos” (ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº 32/2006 sobre procriação medicamente assistida. *Revista de Direito Público*, Lisboa, n. 1, p. 228, 2009).

⁵³ OTERO, Paulo. Op. cit., p. 86.

O primeiro dos efeitos do reconhecimento de regras de direitos fundamentais é a vinculação do legislador, que deverá observá-los na elaboração do direito ordinário.

Os direitos de personalidade aqui tratados encontram-se entrelaçados. Desta forma, o direito ao conhecimento da verdade que envolve as questões da origem da pessoa encontra-se garantido ao se reconhecer a importância dos direitos de personalidade, decorrentes da dignidade intrínseca do ser humano.

Admitida a importância dos direitos de personalidade, tanto os elencados como os decorrentes da cláusula geral de direitos de personalidade, são eles mercedores de proteção Estatal e irradiam seus efeitos para a esfera privada.

É possível a interferência legislativa na esfera privada, estabelecendo regras que assegurem ao indivíduo o direito a buscar suas origens genéticas.

Não se trata de um direito absoluto, mas que vem sendo considerado com certa supremacia quando analisado no confronto com outros direitos incidentes no caso concreto.

Reconhecido o direito às identidades genética e pessoal e ao conhecimento das origens genéticas, daqueles decorrentes, impõe-se estabelecer regras de proteção e afastar as que possam levar a sua não efetivação.

Oportuno salientar que, na sequência do raciocínio apresentado, o direito analisado deve se apresentar de forma autônoma. Reis, ao tratar do direito ao conhecimento das origens genéticas na adoção, refere a existência de duas correntes: uma que entende necessária a invocação de justa causa; outra que considera um direito de livre acesso⁵⁴.

Os dois modelos citados podem ser estendidos para os diversos casos de incidência do direito ao conhecimento da origem biológica, com as respectivas peculiaridades, que serão analisadas adiante.

De forma geral, o que se verifica é a dificuldade de se reconhecer o direito ao livre acesso a essas informações, sempre que a parentalidade biológica não corresponda à social.

⁵⁴ Nas palavras do autor: "Ainda é possível encontrar dois modelos no que respeita à efectivação dessa possibilidade de acesso: por um lado, o modelo (existente na maioria dos estados norte-americanos e na Suíça) que exige a invocação de justa causa (que não abrange a mera curiosidade, embora considere os casos os casos de necessidade de conhecimento de dados clínicos e genéticos), por outro, os sistemas de livre acesso pelo adoptado aos registros". REIS, Rafael Luís Vale e. Op. cit., p. 279.

Os argumentos para o estabelecimento dessas limitações, além do direito à intimidade dos genitores, em regra, é direcionado à proteção do filho, evitando-se que o conhecimento possa gerar disputas ou escolhas motivadas por outros valores que não os afetivos.

O direito à intimidade também está inserido entre os de personalidade e aplica-se não só aos genitores como também em relação ao próprio filho. Sua importância e relevância não têm como ser afastadas. A colisão desses direitos deve se resolver com ponderação e razoabilidade.

Não há como, no ordenamento jurídico, preverem-se todas as circunstâncias. A norma é geral e terá incidência no caso concreto. Diante do valor insubstituível dos direitos de personalidade, o direito ao livre conhecimento das origens biológicas é o que atende de forma mais ampla aos direitos do indivíduo.

Igualmente, deve-se distinguir o direito ao estado de filiação do direito ao conhecimento das origens genéticas, o que evitaria intervenções ou repercussões indesejadas quando perquirida a parentalidade biológica.

Tem-se, assim, que o livre acesso aos dados da origem biológica do ser humano, caminho que vem sendo trilhado por vários países⁵⁵, é o que melhor atende à dignidade da pessoa.

3 O CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA BIOLÓGICA

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A certeza da ligação biológica nas relações familiares sempre foi um fim buscado nas relações parentais. Nesse passo, o ponto mais nevrálgico dizia respeito à paternidade, pois a maternidade era tida por certa, tendo em vista os sinais de exteriorização da gravidez.

A falta de certeza no vínculo biológico que poderia ocorrer entre pai e filho foi solucionado pela criação de presunções, para segurança das relações jurídicas e para fins de exteriorização social. Estabeleceu-se, assim, a presunção da paternidade do marido, de forma a assegurar socialmente sua descendência,

⁵⁵ Reis refere: “A leitura dos ordenamentos jurídicos mais próximos do nosso revela-nos uma tendência, de certo modo generalizada, para a consagração legal da faculdade de acesso pelo adotado à informação relativa à identidade dos progenitores biológicos [...]”. Mais adiante, ao tratar do ordenamento alemão, embora refira que o direito em questão, por não ser absoluto, pode ceder diante de outros valores, como o casamento e a família, conclui que “apesar disso, como vimos podemos afirmar com alguma segurança que a tendência no direito alemão vai no sentido de recusar o segredo sobre as origens genéticas”. Por fim, refere que “também no Reino Unido se pode considerar consagrado o princípio segundo o qual todos os cidadãos têm direito a conhecer a sua história biológica”. (Idem, p. 278-281).

o que, durante muitos anos, conduziu o direito de família. Essa presunção se mantém nos ordenamentos jurídicos⁵⁶, mas, atualmente, sede espaço para a verdade biológica no estabelecimento dos vínculos parentais.

A descoberta do ADN teve importância ímpar nessa alteração do foco, pois permitiu assegurar a paternidade biológica com grau de certeza. A realização de exames sanguíneos com essa margem de segurança possibilitou aos filhos conhecerem seus pais e aos pais terem certeza de sua descendência⁵⁷. O componente biológico da filiação é o elo que passa a preponderar na criação do vínculo parental.

Nas relações jurídicas, não há dúvida de que a verdade biológica, que sempre foi buscada nos processos de investigação e negação de paternidade, assume o lugar de critério preponderante para reconhecimento da ascendência.

Com a descoberta do ADN, surgiram, também, novas e variadas técnicas de reprodução humana, medicamente assistidas, que colocam em cheque, agora, não só a paternidade, mas até mesmo a maternidade, até então objeto de certeza. A possibilidade de doação de óvulos e a maternidade por substituição fazem com que a maternidade biológica, gestacional e social nem sempre coincidam.

Da inseminação artificial homóloga, que utiliza material genético dos envolvidos no projeto parental, até a possibilidade da maternidade por substituição, muitas são as possibilidades oferecidas pelas novas técnicas.

Paradoxalmente, no momento em que há a possibilidade de conhecimento da ascendência biológica com grau de certeza, o critério torna-se insuficiente para o estabelecimento da relação parental. A utilização de material genético de terceiro, alheio ao projeto parental do casal, por exemplo, e a necessidade de se conferir segurança jurídica nas relações familiares levam a buscar novas soluções. Surge espaço para se estender o elemento sócio-afetivo, que já justificava os vínculos jurídicos da adoção, como critério de fixação dessas novas relações.

Sem desconhecer a importância de vínculos afetivos e sociais na composição da parentalidade, possíveis de serem utilizados como critério para estabelecer

⁵⁶ Ver art. 1826º do Código Civil Português e art. 1.597 do Código Civil Brasileiro.

⁵⁷ Há que se referir que o desconhecimento envolvia essas circunstâncias em um maior mistério e era fonte de inspiração para a literatura. Pode-se citar, por exemplo, a obra do brasileiro Machado de Assis, que, no livro *Dom Casmurro*, expõe a angústia vivenciada pelo personagem título, gerada pela dúvida de quem era o pai do filho de sua mulher. Nos dias atuais, um simples fio de cabelo seria suficiente para solucionar o enigma no qual se baseia o livro.

vínculos de filiação, há de se admitir, contudo, que a verdade biológica continua sendo um critério preponderante e importante⁵⁸.

Ademais, ainda que a origem biológica não seja o critério para o estabelecimento da relação de filiação, é reconhecida como de vital importância na composição da identidade do ser humano, de forma que se deve procurar mecanismos que coíbam a vedação de seu conhecimento⁵⁹.

A matéria não é pacífica e, por certo, não se está a tratar de um direito absoluto. Ao contrário, encontra muitos obstáculos no seu caminho. São direitos contrapostos que têm, em geral, fundamento nos mesmos direitos de personalidade, sendo necessário ponderá-los e harmonizá-los.

⁵⁸ No Brasil, a preponderância da verdade biológica permite, até mesmo, a reabertura de ações já transitadas em julgado, nas quais não foi realizado exame de ADN, com a relativização da coisa julgada. Nesse sentido, ementa de julgado do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO CÍVEL - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO EM FACE DA COISA JULGADA - Atualmente, os efeitos da coisa julgada, em ações de investigação de paternidade, sofrem alguma distensão, em face da possibilidade de um juízo de certeza advinda dos avanços do DNA. Some-se a isso, o fato de estarmos diante de ação de estado, onde a natureza da pretensão declaratória é imprescritível, bem como não se operam os efeitos da revelia (art. 320, inciso II, do CPC). De resto, a paternidade foi reconhecida pelo pai em acordo em audiência na qual ele não estava acompanhado de advogado. Todas essas circunstâncias obrigam a relativização da coisa julgada em face da natureza e da importância do direito em discussão. Desconstituíram a sentença, por maioria.” (TJRS, Apelação Cível nº 70035409895, 8ª C.Cív., Rel. Rui Portanova, Julgado em 10.06.2010. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 11 set. 2011)

⁵⁹ Duas notícias publicadas na *Revista Veja* de 7 de setembro de 2011 retratam a importância do conhecimento da ascendência e sua repercussão na vida do indivíduo.

A primeira descreve o cineasta dinamarquês, Lars Von Trier, diretor do filme “Melancolia”. Refere a reportagem: “Ansioso desde sempre e depressivo crônico desde que sua mãe lhe revelou, no leito de morte, que ele não era filho do homem que sempre acreditara ser seu pai - e que já falecera, deixando-o sem nenhum protagonista com tirar a limpo sua história -, ele faz, com “Melancolia”, uma parábola pungente do fim do mundo que cada ser humano terá de viver com sua própria morte” (BOSCOV, Isabela. A depressão é o fim do mundo. *Veja*, São Paulo: Abril, Edição 2233, a. 44, n. 36, p. 17).

A outra notícia diz respeito a Steve Job, criador da Apple, que se encontra na etapa final de embate com um câncer violento. Refere a notícia: “enfrenta ainda a aparição do pai biológico, que julgou ser este o momento oportuno para quebrar os 56 anos de distância. Ex-professor universitário nascido na Síria, hoje transposto para o ramo dos cassinos, Abdulfattah Jandali, 80, americanizado para John, diz que gostaria de se aproximar do filho, mas seu ‘orgulho sírio’ o impede. Jandali também aproveitou para falar mal dos mortos: disse que foi o pai da namorada quem se opôs ao casamento, quando os dois eram jovens universitários, e por isso o filho foi dado em adoção. Mas depois eles se casaram e tiveram uma filha” (STUPPIELLO, Bruna; BATISTA JR, João; AMARO, Mariana. Ele quer reiniciar. *Veja*, São Paulo: Abril, Edição 2233, a. 44, n. 36, p. 96).

Igualmente, permitir o conhecimento da ascendência pode colocar em causa relações parentais criadas por vínculo jurídico, como é o caso das adoções e da utilização de técnicas de procriação assistida.

O direito que se sustenta, contudo, é o direito de conhecer a verdade sobre os ascendentes.

É importante, pois, distinguirem-se as circunstâncias que envolvem o desconhecimento da ascendência, para que cada situação seja analisada dentro de suas peculiaridades. Embora não absoluto, tem-se que é um direito primordial entre os direitos de personalidade, pois decorre do direito a uma identidade genética e pessoal.

Para além dos fundamentos jurídicos, a psicologia reforça a importância da verdade sobre o início da vida do ser humano na construção da sua personalidade⁶⁰.

Na construção da identidade pessoal, em especial na fase da adolescência, a busca pela verdade sobre sua origem tende a ganhar significado maior, diante da necessidade da pessoa reconhece-se como indivíduo.

Os novos conhecimentos psicológicos agregados, pois, reforçam a necessidade do conhecimento das origens biológicas. Esse reconhecimento já foi transposto para a área jurídica, tanto que as legislações e/ou as decisões jurisprudenciais encaminham-se para coibir possíveis restrições ao acesso dessas informações por parte do filho.

A questão ganha sempre o contorno do direito interno de cada país, no qual, ao estabelecer a regra, são sopesados os direitos em colisão. Mesmo nos ordenamentos jurídicos em que há vedações expressas ao conhecimento dos dados e da identidade dos genitores, o debate está presente.

3.2 DIREITOS COLIDENTES E SUA POSSÍVEL HARMONIZAÇÃO

Se não há princípios absolutos, a possibilidade que se apresenta é de se buscar a harmonização dos direitos contrapostos, que, no presente caso, não são poucos.

⁶⁰ As psicólogas Judith Schaffer e Ronny Diamond, reforçando a posição de Mahisted e Greenfeld, “insistem sobre a dificuldade particular de se justificar o segredo sobre o início de vida de qualquer pessoa, já que isso coloca uma mentira no centro do mais básico dos relacionamentos, aquele entre o pai ou mãe e seu filho” (SCHAFFER, Judith A.; DIAMOND, Ronny. *Infertilidade: dor pessoal e estigma secreto*. In: IMBER-BLACK, Evan (Org.). *Os segredos na família e na terapia familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994. p. 126).

A realização de um projeto parental está na esfera da livre iniciativa do casal, que tem a sua disposição, além do método natural, a possibilidade de recorrer à adoção e às técnicas e procriação medicamente assistida. Esse direito tem reconhecimento constitucional em países como Portugal⁶¹ e Brasil⁶², assegurado de forma ampla.

A restrição à utilização de uma ou outra técnica poderia vir estabelecida em lei própria, mas, tratando-se de matéria que não enseja consenso, o comum é o não tratamento do assunto, como ocorre no Brasil. Em Portugal, a Lei n^o 32/2006, atendendo o disposto no art. 67, item 2, letra “e”, da CRP, regulamentou a procriação medicamente assistida.

Ainda, entre os próprios direitos de personalidade, há que se considerar o direito à intimidade, à privacidade e ao segredo, que se contrapõem frontalmente ao direito à verdade.

Saliente-se que os referidos direitos, aplicáveis aos cidadãos, encontram-se no mesmo patamar de importância, sujeitos, pois, a colidirem entre si. Os direitos à intimidade e à vida privada, situados entre os direitos de personalidade, são reconhecidos como direitos fundamentais. Trata-se de conceitos considerados ora como sinônimos ora não, mas que estão direcionados a proteger a vida íntima da pessoa da intrusão ou conhecimento de terceiro, seja entidade de direito privado, seja pública.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem confere à expressão “vida privada” uma amplitude bem maior daquela conferida ao direito à intimidade. Inclui-se nesse direito à vida privada também o direito ao conhecimento da origem biológica e deixa clara a interligação dos direitos de personalidade de forma geral⁶³.

⁶¹ Estabelece o art. 67^o, item 2, da CRP: “2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: [...] d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”.

⁶² Refere § 7^o do art. 226 da CF: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planeamento 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”.

⁶³ Nesse sentido, o *Affaire Odièvre c. France* refere a amplitude conferida ao direito à vida privada, que vem estipulado no art. 8^o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Oportunamente tratar-se-á do acórdão com maior minúcia. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr>>. Acesso em: 6 jan. 2011.

Diógenes Ribeiro refere concepções amplas e restritas do direito à intimidade e à vida privada. Na concepção limitada, o direito à intimidade visa a exatamente resguardar a vida íntima da pessoa da curiosidade de terceiros. No sentido mais amplo, ter-se-ia, também, a ligação do direito à intimidade com o do livre desenvolvimento da personalidade, que não teria como ocorrer se não garantida sua intimidade⁶⁴.

A proteção a essa esfera privada e íntima da vida do ser humano está ligada a todos os demais direitos da personalidade e apresenta-se como fundamental. A curiosidade alheia sobre a vida íntima de uma pessoa está sempre presente na vida em sociedade, do que resultou a necessidade de previsão legal para sua proteção. Não restam dúvidas de que questões relacionadas à intimidade sexual e familiar são objetos de maior curiosidade. Quando conjugadas a questões relativas à infertilidade, merecem maior proteção, pois geram, no casal que não pode ter filhos, “senso de vergonha por não serem capazes de reproduzir ‘como todo mundo’”⁶⁵.

No entrelaçamento de direitos, não há como negar que, para o desenvolvimento da personalidade e criação de uma identidade pessoal, passe pelo direito de livremente constituir família e decidir sobre a prole. Para que essas decisões ocorram de forma livre e sem pressões sociais ou familiar, será necessária a garantia do direito à intimidade da pessoa. O direito à intimidade e à vida privada, pois, estariam a proteger da intromissão alheia fatos que dizem respeito somente ao indivíduo.

Tratando-se de decisões tomadas por um casal, o direito à intimidade estaria a proteger dados que dizem respeito a ambos e sua não exposição perante o grupo social em que se encontram. Dessa forma, a opção do casal pela forma de filiação que irão constituir é assunto exclusivo da vida íntima do casal.

Assim, regras que visem a assegurar o sigilo das informações, como, por exemplo, a proibição dos profissionais da saúde divulgarem a utilização de

⁶⁴ Diz o autor: “Essas últimas tentam impor restrições à curiosidade alheia sobre fatos da vida privada e íntima das pessoas, que têm interesses de mantê-los sob reserva. As primeiras dirigem-se à essência, ao fundamento do próprio direito, qual seja o direito à liberdade, o direito do homem de manter a sua individualidade não só ante os indivíduos, mas ainda diante do Estado, estando o homem livre para ser conforme as suas pretensões, para criar, para ter reflexões introspectivas, para imaginar, para ter relações com outros sem ser invadido e limitado pela curiosidade alheia” (RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Proteção da privacidade*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 20-21).

⁶⁵ SCHAFFER, Judith A.; DIAMOND, Ronny. Infertilidade: dor pessoal e estigma secreto. In: IMBER-BLACK, Evan (Org.). Op. cit., p. 126, p. 121.

técnicas de PMA, estabelecida na legislação portuguesa que trata da matéria, são necessárias e pertinentes.

Contudo, cabe salientar que a proteção da intimidade diz respeito unicamente a circunstâncias relativas à própria pessoa⁶⁶. Nesse contexto, informações sobre a forma de constituição da filiação e do patrimônio genético transmitido envolvem, também, e talvez, principalmente, a vida do filho. Assim, esses dados não estariam protegidos pelo direito à intimidade, frente ao filho interessado.

A manutenção de segredos sobre o início da vida de uma pessoa pode ser o pior dos segredos que se estabeleça, de forma que, frente ao próprio filho, não se pode invocar o direito à intimidade, porquanto os fatos também referem-se à vida íntima dele⁶⁷.

Na colisão de direitos que possa se apresentar, entre os envolvidos, ter-se-á, pois, a supremacia do direito ao conhecimento das origens por parte do filho sobre o direito à intimidade dos genitores, considerando, inclusive, a responsabilidade destes frente àquele .

Ainda, também o direito à intimidade estaria aqui direcionado a possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade e a criação da identidade pessoal do ser humano, que, portanto, tem peso mais substancial dentro da escala que se analisa, quando vinculado ao filho.

⁶⁶ Nesse sentido, Diógenes Ribeiro, analisando a obra de Adriano de Cupis, refere que esse autor “colocou o direito ao resguardo, classificado em direito à honra, direito ao resguardo e direito ao segredo, ao lado do direito à vida e à integridade física, do direito sobre as partes destacadas do corpo e do direito sobre o cadáver, do direito à liberdade, do direito à identidade pessoal e do direito moral do autor. A definição desse autor é muito conhecida e citada, constando ‘como o modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só’. Para Adriano de Cupis, a pessoa tem o direito de conservar discrição sobre os acontecimentos e o desenvolvimento da sua vida, com relação às suas experiências, lutas, paixões pessoais, enfim tudo o que estiver a ela intimamente ligado, não se podendo conceder livre acesso à curiosidade do público” (RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Op. cit., p. 17).

⁶⁷ Ribeiro, seguindo na análise da obra de Adriano de Cupis, apresenta a mesma posição do autor, embora reconheça alguma ambiguidade, a exigir melhor estudo. Relata: “Adriano de Cupis, embora distinga o direito à intimidade do direito ao segredo, considera que não se pode levar este às últimas consequências, admitindo que as informações sejam passadas a outra pessoa que tenha interesse em conhecer a verdade, a menos que o fato pertença exclusivamente à esfera realmente íntima da vida privada. Para clarear a relativa ambiguidade, ele expõe a possibilidade de o noivo pretender conhecer, por investigação até profissional, a saúde da noiva. E ainda põe sem dúvida alguma, a possibilidade plena e legítima de informações sobre a vida patrimonial das pessoas” (Idem, p. 40-41).

Seguindo-se a divisão de normas apresentada por Alexy, em regras e em princípios, estar-se-ia, aqui, a tratar de colisão de princípios, que, segundo o autor, resolve-se pelo reconhecimento da precedência de um sobre o outro, no caso concreto. Naturalmente que ambos os princípios considerados são válidos, de forma que a questão é sopesar a importância deles na hipótese analisada. Não há se falar em invalidade de um ou outro, mas em maior peso, tanto que, em circunstância diversa, o princípio de maior peso poderá ser o ora relegado⁶⁸.

A contraposição ao direito do conhecimento da origem biológica não é apenas do direito à intimidade, embora seja esse o argumento mais recorrente.

Outros direitos, como o da integridade física, surgem em circunstâncias mais específicas quando, por exemplo, exige-se a coleta de prova sanguínea. Nas ações de investigação de paternidade, nas quais já se reconheceu a supremacia do vínculo biológico, várias são as alternativas criadas nos sistemas jurídicos para a harmonização dos direitos em questão, que vão da imposição de multa até o estabelecimento da presunção de paternidade.

Questiona-se ainda: há o direito à verdade biológica sobre a descendência? Essa indagação surge do reconhecimento do direito à verdade biológica em relação aos genitores.

Porém, ainda que aquele direito se apresente, como regra geral, há que se considerar que os fundamentos aqui expostos não se aplicam, tampouco apresentam-se com a mesma força que o direito ao conhecimento da origem.

A transmissão de material genético, de forma voluntária ou involuntária, do indivíduo que participe ou não do projeto parental, constituirá uma nova pessoa, que herdará características de quem fornece esse material.

⁶⁸ Refere Alexy: “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 93-94).

Se na configuração genética desse novo ser as informações recebidas de seus genitores estão presentes, a recíproca não é verdade: as informações genéticas do novo ser não compõem a identidade genética do transmissor.

O conhecimento sobre a verdade da descendência poderia estar justificado nos mesmos direitos da personalidade. Contudo, como bem reconhece Rafael Reis, entre o direito do filho de conhecer seus progenitores e desses de conhecerem sua descendência, há maior densidade material daquele direito⁶⁹.

Pode-se objetar o limite a esse direito com a exemplificação de casos extremos, como por questões de saúde, em que a descoberta da existência de uma descendência apresenta-se como salvadora. Imagine-se o caso da necessidade de transplante do pai, em que o filho descoberto fosse compatível. Tal direito, contudo, teria um fundamento maior que diz respeito ao direito à vida, e que, a título excepcional, poderia ser autorizada a sua busca. Não há como integrá-lo nos direitos de personalidade, que servem de fundamento para reconhecer o direito ao conhecimento das origens biológicas de forma autônoma, objeto deste estudo.

3.3 NOVAS FÓRMULAS JURÍDICAS EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO

Além de enfrentar os possíveis direitos contrapostos, o direito sustentado estaria a bater de frente com a questão relativa à segurança jurídica, bem como o risco de colocar em dúvida relações de ordem parental.

Se a psicologia sustenta como importante o conhecimento das origens biológicas para o estabelecimento da identidade de um ser humano, não há dúvidas que sobre isso se sobrepõe o direito a manter relações estáveis de afeto.

A certeza do vínculo biológico, abalizado pelo exame de ADN, tem uma grande repercussão em uma ação de investigação de paternidade, porquanto, para além de conferir a certeza quanto à identidade do genitor, possibilita também o reconhecimento de um vínculo jurídico e legal de filiação. Na

⁶⁹ Refere o autor: “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 autorreferencial” (REIS, Rafael Luís Vale e. Op. cit., p. 130).

verdade, a leitura que se apresenta é inversa, pois, nas ações de investigações de paternidade, o objeto primeiro é o reconhecimento do vínculo de filiação, de forma que o conhecimento da origem biológica apresenta-se como um ganho secundário.

A mesma leitura não é feita de forma tão tranquila quando a investigação da origem genética pode colocar fim a uma relação de filiação estabelecida sobre outros parâmetros. Tome-se, por exemplo, uma relação de filiação criada sobre um vínculo sócio-afetivo no qual nenhuma das partes pretenda dissolver, ou seja, suposto pai e o filho reconhecem a relação filial e não pretendem desfazê-la. A intenção de um ou outro, ou mesmo de um terceiro interessado como o pai biológico, em conhecer a verdade sobre a paternidade, nesse caso, estaria a colocar em jogo uma relação afetiva constituída.

Igualmente, na adoção, quando laços são formados por força da decisão judicial e da respectiva convivência familiar, o vínculo poderia ser questionado se o filho decidisse buscar a verdade sobre a origem de seu nascimento e de seus pais biológicos.

Na atual fase de grandes evoluções tecnológicas na área da reprodução assistida, entender que o vínculo entre pai/mãe e filho apenas se constitui em decorrência da ligação biológica poria fim, *a priori*, à possibilidade de reprodução heteróloga e de maternidade por substituição.

Na questão de doação de sêmen ou óvulos, o que se apresenta é o altruísmo de um terceiro, alheio ao projeto parental, que, por meio de sua doação, colabora para a concretização de uma relação parental, da qual não pretende firmar vínculos de filiação. De outro lado, o homem ou a mulher que se envolve nesse projeto parental passa a ter a responsabilidade para com o filho que nascerá, independentemente da existência de vínculo biológico que os ligue.

Nesse sentido, andou bem a legislação brasileira ao estabelecer a presunção de paternidade no caso de inseminação artificial heteróloga, que, no caso, deve ser considerada como presunção absoluta, pois a pessoa que nasce não pode ficar privada de uma relação de filiação.

Por isso, a importante lição de Paulo Lobo⁷⁰ é no sentido de se separar o direito ao estado de filiação do direito à identidade genética, este compreendido

⁷⁰ Sobre o tema, ver LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção. *CEJ*, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004.

como o direito ao conhecimento de seus ascendentes biológicos. Enquanto aquele diz respeito ao direito de família, este está ligado ao direito de personalidade.

O estado de filiação pressupõe mais que o vínculo biológico⁷¹, é o gênero no qual se incluem os vínculos biológicos e não biológicos. Com efeito, o vínculo sócio-afetivo já demonstrou ser forte para sustentar relações parentais, senão que ter mais peso que os vínculos biológicos⁷². Atualmente, é reconhecido como critério para estabelecer ou manter vínculos parentais em ações judiciais⁷³.

Incluir o direito a conhecer a origem biológica, entre os novos direitos de personalidade, impõe pensar na harmonização desse direito com a garantia das relações jurídicas firmadas, de forma que o direito ao conhecimento da ascendência não implique nem a desconstituição de paternidades firmadas, tampouco a possibilidade de se buscarem o reconhecimento da paternidade/maternidade e os demais direitos decorrentes, como o direito a visitas, alimentos, herança, entre outros.

Segue-se, pois, a ideia de se separar o direito a um estado de filiação do direito ao conhecimento da verdade biológica sobre a origem. Aquele relacionado com o direito de família e que pode se constituir independente do vínculo biológico; este vinculado aos direitos de personalidade ligados à pessoa

⁷¹ “O direito à filiação não é somente um direito da verdade. É, também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa.” (Idem, p. 55)

⁷² Refere o autor: “Na tradição do direito de família brasileiro, o conflito entre a filiação biológica e a socioafetiva sempre se resolveu em benefício da primeira. Em verdade, apenas recentemente a segunda passou a ser cogitada seriamente pelos juristas, como categoria própria, merecedora de construção adequada. Em outras áreas do conhecimento que têm a família como objeto de investigação, a exemplo da sociologia, da psicanálise, da Antropologia, a relação entre pais e filhos fundada na afetividade sempre foi determinante para sua identificação” (Idem, p. 48).

⁷³ “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ERRO DE CONSENTIMENTO NÃO DEMONSTRADO - VERDADE REGISTRAL E SOCIOAFETIVA QUE PREVALECE SOBRE A BIOLÓGICA - O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da Lei nº 8.560/1992 e art. 1.609 do Código Civil. A retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente se admite quando existir nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, em face da demonstração de total ausência de relação socioafetiva entre pai e filho. Paternidade consolidada que não pode ser extinta. Não comprovado que o registro decorreu do alegado erro de consentimento e de que inexistia vínculo socioafetivo entre pai e filha, impunha-se a improcedência da ação negatória da paternidade. Negaram provimento à apelação (segredo de justiça).” (TJRS, Apelação Cível nº 70040915969, 7ª C.Cív., Rel. André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 13.07.2011. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 11 set. 2011)

humana e que lhe permite mapear sua identidade genética e estabelecer sua identidade pessoal, independentemente da relação parental que mantenha.

Implica, igualmente, uma limitação ao direito de rompimento de vínculos firmados quando decorrentes dos casos de adoção ou procriação médica assistida, constituídos em cima de uma relação afetiva, e não biológica.

Diante disso, há que se reconhecer a possibilidade de ser intentada ação com vistas a compelir o fornecimento de dados, de quem os detenha, para a satisfação do direito ao conhecimento da origem biológica, tão somente, sem que implique o reconhecimento de direitos correlatos.

Tomaszewski e Leitão confirmam que, admitida a perquirição da ascendência genética, não poderia estabelecer novo estado de filiação, mas apenas “atender uma necessidade psicológica, resguardar os impedimentos matrimoniais e proteger a vida do filho e dos pais biológicos”⁷⁴.

Na sequência desse raciocínio, há que se afastar a utilização de ação de investigação de paternidade para esse fim. Essa ação busca, exatamente, a constituição de um vínculo parental, que não é o objeto perseguido pelo direito ao conhecimento da ascendência.

Cunha e Ferreira analisam, no Direito brasileiro, a possibilidade da utilização do remédio constitucional do *habeas datas*. Afastam, contudo, essa possibilidade, pois os dados resguardados pelo remédio constitucional são relativos ao próprio indivíduo e, no caso, se está a perquirir dados de terceiro (genitores). Ademais, o *habeas data* é direcionado para a busca de dados em arquivos governamentais ou de caráter público, o que inviabilizaria a sua utilização nos casos de doação de material genético ocorridos em clínicas particulares, como é o corrente nos dias atuais⁷⁵.

As autoras, reconhecendo a inexistência de procedimento direcionado para o fim proposto, propõem a utilização de uma “ação de conhecimento de origem genética”, que permitiria a pessoa receber informações sobre sua ascendência sempre que, dentro do sistema, estivesse autorizado⁷⁶.

⁷⁴ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; LEITÃO, Manuela Nishida. Filiação socioafetiva: a posse de estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial e o direito à origem genética. *Revista Jurídica da UniFil*, a. III, n. 3, 2006.

⁷⁵ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. Reprodução humana assistida: direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador. *Dez./2008*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2011.

⁷⁶ *Idem*.

As novas realidades que se apresentam decorrentes, em especial da evolução tecnológica, inevitavelmente conduzem ao reconhecimento de novos direitos e, para a garantia e eficácia desses, precisa se pensar em novas fórmulas, mesmo de caráter processual.

4 INCIDÊNCIA NO REGIME JURÍDICO DA FILIAÇÃO

O direito a obter a verdade biológica sobre a origem, embora não absoluto, apresenta uma natural supremacia, uma vez que se projeta sobre a formação da identidade pessoal do ser humano.

Embora já analisados os direitos contrapostos, de forma ampla, verifica-se que em cada uma das situações específicas há pontos especiais a serem analisados.

Dividem-se, aqui, questões relativas à relação pais/filhos em três diferentes circunstâncias: investigação da paternidade, adoção e procriação medicamente assistida.

Saliente-se que o trabalho se direciona à análise do conhecimento das origens biológicas, assim compreendido o direito ao conhecimento da ascendência, e não da descendência, de forma que, também nesse viés, é que serão analisadas questões peculiares.

4.1 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Interessa, aqui, a questão relativa à busca pela paternidade, considerando que a maternidade, em regra, já é conhecida. As questões que envolvem a maternidade surgem nos casos de adoção ou de utilização de procriação assistida, itens que adiante se verão.

Nesse passo, pois, surge o interesse do filho em conhecer o seu pai e obter o consequente reconhecimento do estado de filiação. Essa necessidade surge nos casos de filiação fora do casamento, e teve um importante marco histórico quando foi reconhecida a igualdade de filiação.

Nas ações de investigação de paternidade, a procura pelo vínculo biológico que gera a relação parental é dado incidente e responsável pelas alterações legislativas na matéria, permitindo também a busca pela verdade nas relações já cobertas pela presunção legal.

Dos exames de tipagem sanguínea que apenas permitiam a exclusão aos sofisticados exames de ADN, hoje já popularizados, a perquirição vem direcionada à busca do pai biológico.

Na falta do exame de ADN, a prova testemunhal da manutenção de relações sexuais era indício acolhido nos julgamentos que declaravam o vínculo biológico entre pai e filho, embora persistisse a dúvida sobre a verdade da origem. Com o aperfeiçoamento dos exames sanguíneos, chegou-se à sua certeza⁷⁷.

O ADN é o ácido encontrado em todas as células do corpo humano e mantém informações de toda a cadeia genética do indivíduo. O teste permite assegurar a paternidade de 99,99% a 99,9999%, o que equivale ao grau de certeza. A possibilidade de utilização desses exames é bastante extensa, tanto porque se pode acessar o ADN de qualquer material genético como porque permite sua utilização, mesmo após o falecimento do suposto pai, em decorrência dos avanços alcançados nessa área⁷⁸.

O problema que se apresenta diz respeito à obrigatoriedade de se exigir o exame, em face da existência do direito à integridade física do progenitor. Ambos os direitos em causa – o da integridade física do progenitor e o do filho de conhecer sua própria origem – decorrem, fundamentalmente, do mesmo princípio maior da dignidade da pessoa.

Diante da impossibilidade de se obrigar a realização do exame, que afronta diretamente o direito à integridade física, para fins de harmonização de

⁷⁷ Maria Christina de Almeida, ao tratar do Direito brasileiro, reconhece a significativa evolução legislativa na matéria, que se encaminha para a busca da verdade biológica nas relações de filiação, refere a importância dos exames de ADN. Diz a autora: “[...] pelo advento da prova pericial do exame em DNA, que fez surgir, pela primeira vez no Direito, a possibilidade de se substituir a verdade ficta ou presumida, decorrente de provas indiciárias ou subjetivas, a exemplo da prova testemunhal, pela verdade científica ou biológica com resultado seguro às partes, seja apontando pela exclusão ou pela inclusão da paternidade, evolução esta que não pode ser desconsiderada nos dias atuais, na avaliação das provas em demandas investigatórias de paternidade” (ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 139).

⁷⁸ Almeida traduz a grande evolução nessa área: “O exame pericial em DNA é, via de regra, realizado com o trio mãe, filho e suposto pai. Todavia, esta técnica pericial é tão versátil ao ponto de se poder realizá-la mesmo quando um dos membros-chave a ser analisado (mãe ou suposto pai) não estejam disponíveis, por falecimento ou por outro motivo. Esses são os denominados ‘casos deficientes’, cuja probabilidade de paternidade poderá atingir 99,99% de segurança no resultado. Pode-se realizar exame em DNA com a presença do filho e do possível pai e, no caso de este ser falecido, a perícia pode ser feita utilizando-se o DNA de ambos os possíveis avós paternos ou, na falta destes, os filhos, viúva e irmãos do investigado. Ainda é possível realizar o exame pericial em DNA através da exumação de cadáver, nos casos em que o investigado falecido não deixou descendentes ou ascendentes para análise comparativa com o investigante e sua mãe. O teste pode ser feito, também, antes do nascimento da criança, através da análise do líquido amniótico ou das vilosidades coriônicas da placenta, ao redor do início do quarto mês de gestação. O DNA é extraído, em geral do sangue. Pode-se, no entanto, extrair DNA da raiz do cabelo, dos ossos, do sêmen, da saliva, dos músculos, da urina” (Idem, p. 90).

direitos, buscando-se outras alternativas, estabelecidas legalmente. A exemplo disso, tem-se a hipótese de se considerar a negativa expressa como indício da paternidade, o que, no conjunto probatório, permite o veredito da paternidade⁷⁹.

O tema já foi objeto de debate no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no Caso *Mikulic v. Croácia*, em que reiteradas negativas do progenitor em submeter-se ao exame sanguíneo, somada à decisão da imprescindibilidade desta prova, levaram a uma demora injustificável na decisão da ação.

A decisão do TEDH reconheceu que a inexistência de previsão de mecanismos que compelissem o progenitor a realizar o exame (como fixação de multa, prisão, presunção da paternidade), permitindo o desrespeito à determinação judicial, viola o direito que o filho tem de obter informação que necessita para descobrir a verdade sobre importante aspecto de sua identidade⁸⁰.

⁷⁹ Nesse sentido, refere Esther Calle: *“El problema aparece cuando el progenitor se niega a someterse a la correspondiente prueba biológica, surgiendo el conflicto entre el derecho a la integridad física del mismo, derivado de su dignidad personal, y el derecho del hijo a conocer su propio origen. En tal caso, nuestros tribunales han entendido que la negativa del progenitor a someterse a la prueba es insuperable (por lo que no se puede imponer coercitivamente), sin perjuicio de su consideración como un indicio que, en conjunción con otros elementos de prueba, pueda servir para determinar la paternidad; valor indiciario que reconoció, v. gr. La STC 7/1994, de 17 de enero, y que reconoce hoy el artículo 767.4 LEC (según el cual, ‘la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios’)”* (CALLE, Esther Gómez. Op. cit., p. 122).

⁸⁰ Transcreve-se parte dos fundamentos do acórdão que resultou na decisão de que houve violação da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e dos Direitos Fundamentais: “Segundo a Corte, as pessoas que estão na situação da recorrente têm um interesse vital, protegidos pela Convenção, para obter as informações que são indispensáveis para descobrir a verdade sobre um aspecto importante de sua identidade pessoal. Por outro lado, tendo-se em mente a necessidade de proteger os terceiros, que pode excluir a possibilidade de forçá-los a se submeter a qualquer análise médica, incluindo o teste de ADN. Os Estados-partes na Convenção têm encontrado diferentes soluções para o problema que surge quando um suposto pai se recusa a cumprir uma ordem judicial que o obriga a submeter os testes apropriados para estabelecer os factos. Em alguns Estados, os Tribunais podem condenar o recusante a uma multa ou prisão. Em outros países, a resistência a tal injunção pode criar uma presunção de paternidade ou constituir uma violação da regra da justiça passível de procedimento criminal. Um sistema como o da Croácia, que não fornece os meios para obrigar o suposto pai a cumprir uma ordem judicial que o obriga a submeter a testes de ADN, pode, em princípio, ser considerada compatível com as obrigações do art. 8º no que diz respeito ao critério do Estado. O Tribunal considera, no entanto, que, sob tal sistema, os interesses da pessoa que procura determinar sua filiação deve ser defendido quando a paternidade pode ser estabelecida através de testes de ADN. A ausência de qualquer acto processual, para obrigar o suposto pai a submeter-se a ordem judicial é consistente com o princípio da proporcionalidade, se o sistema em questão tem outros meios pelos quais uma autoridade independente possa pronunciar-se rapidamente sobre as medidas a estabelecer a paternidade. No entanto, nenhum procedimento estava programado, neste

Outro direito que se aclama em favor da negativa do pai em realizar o exame é o da intimidade. Maurício Benevides Filho sustenta a impossibilidade de exigir que o suposto pai se submeta à coleta de prova, sob pena de violar a intimidade, direito que entende não estar sujeito a restrições. Em seu artigo, o autor sustenta, ainda, a impossibilidade de, em caso de recusa, ser aplicada a presunção a favor do filho⁸¹.

No Brasil, já no ano de 1992, com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito a investigar a paternidade biológica é considerado imprescritível. Permite-se a perquirição em qualquer situação, mesmo quando já estabelecida a paternidade, caso em que será automaticamente desconstituída⁸².

De lá para cá, o caminho legislativo concede cada vez mais importância à paternidade biológica. O Código Civil de 2002 trouxe a regra expressa de que a recusa a se sujeitar à realização do exame será considerada presunção da paternidade⁸³⁻⁸⁴.

caso" (tradução minha) (Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 7 de fevereiro de 2002, *Affaire Mikulic c. Croatie*. Disponível em: <www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 6 jan. 2011).

⁸¹ Refere o autor: "Donde concluímos que o investigado, já exposto ao vexame de suportar uma ação judicial, não pode sofrer, ademais, o vilipêndio de sua intimidade. Cabe ao investigador, que dispõe de todos os meios de prova em direito permitidos, buscar comprovar o fato constitutivo de seu direito, respeitando, entretanto, a esfera da vida do investigado na qual este tem o poder legal de evitar os demais. Além disso, o direito fundamental subexamine encontra-se lançado no rol daqueles insusceptíveis de restrições, uma vez que constitui um antecedente natural da personalidade e da capacidade jurídica, um *a priori* da própria personalidade, e não quedou eivado de qualquer limitação pelo texto Constitucional. [...] A negativa do réu em submeter-se ao exame hematológico não implica presunção de paternidade, mas tão somente fato de que, no conjunto das provas pode ser considerado em seu desfavor" (BENEVIDES FILHO, Mauricio. Direito à intimidade e o processo de investigação de paternidade: direito à recusa ao exame hematológico. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago Guerra Filho (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 167-168).

⁸² O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, estabelece no art. 27 que o reconhecimento do estado de filiação, de caráter personalíssimo, indisponível e imprescritível, poderá ser executado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

⁸³ Estabelece o Código Civil brasileiro de 2002: "Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa. Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame".

⁸⁴ Sílvio Venosa, analisando os citados dispositivos, reconhece o direcionamento para as ações de investigação de paternidade. Refere o autor: "A questão relaciona-se primordialmente, mas não exclusivamente, com as investigações de paternidade. Embora não de forma peremptória, pois a nova lei utiliza a terminologia o juiz 'poderá' suprir a prova, quem se recusa a permitir o exame de DNA, por exemplo, poderá ter contra si a presunção indigitada. De qualquer modo, a recusa em submeter-se a exame médico nunca poderá ser valorada em favor do recusante, mas, como regra feral, operará

Na Alemanha, segundo refere Maria Christina de Almeida, diante do grau de certeza conferido pelo exame de ADN, na hipótese de recusa injustificada de se submeter ao exame, pode-se imputar desde a aplicação de uma multa pecuniária até a realização forçada do exame⁸⁵.

As adequações da legislação ordinária, que vêm ocorrendo paulatinamente, visíveis em vários países, demonstram a importância que é atribuída ao direito do filho de conhecer suas origens biológicas.

4.2 ADOÇÃO

A adoção cria um vínculo jurídico de parentalidade entre pessoas que não detenham o vínculo biológico. O elemento sócio-afetivo, pois, é o preponderante e justificador da relação parental firmada.

A procura pelo conhecimento da verdade biológica também está presente nessas relações. Não raro, os filhos adotivos buscam informações sobre os pais biológicos que possibilitem entender sua história pessoal. Por fundamentos de proteção à nova relação criada, tende-se a blindá-la com o sigilo das origens.

Determinações que visem ao benefício do filho, sem o expor e evitando qualquer discriminação (a exemplo da impossibilidade de conter a origem da filiação adotiva na certidão) são necessárias. Contudo, tal direito a favor do adotado não pode se voltar contra ele, impedindo-o de conhecer seus dados pessoais primeiros, que compõem sua identidade genética e pessoal.

O segredo da origem da filiação nas relações de adoção é bastante recorrente. É comum todos saberem da condição de adotado, menos o próprio, que, muitas vezes, toma conhecimento da circunstância por informação de terceiro⁸⁶.

contra ele" (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2003. p. 568).

⁸⁵ ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 145-146.

⁸⁶ Refere Caroline Reppold: "A partir da análise de regressão acima descrita, observou-se que a variável que mais contribuiu para variação das medidas de adaptação psicológica foi a forma de revelação da condição adotiva. Análises de variância indicaram que, entre os filhos cujos pais retardaram a comunicação da adoção ou a mantiveram em segredo até que esta fosse trazida à tona por outras pessoas, constataram-se os piores índices de depressão e autoestima" (REPPOLD, Carolini Tozzi. *Estilo parental percebido e adaptação psicológica de adolescentes adotados*. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Grau de Mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Psicologia, set./2001. p. 58.

Atualmente, a orientação psicológica é de que se dê conhecimento ao adotado de sua condição, de forma a ressaltar os benefícios do instituto da adoção. Deve-se incluir, também, o direito ao conhecimento da origem biológica, que permite a construção de sua identidade, com base nas verdades sobre o seu nascimento⁸⁷.

Assim, quer por questões de ordem psicológica, quer porque, de acordo com a leitura feita dos direitos fundamentais de personalidade, o caminho a ser trilhado é o da autorização do conhecimento da origem biológica.

Paradigmática, para fins de estudo, é a leitura de acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que apreciou pedido de filho adotado que pretendia conhecer o nome de sua mãe biológica⁸⁸. Ainda que o resultado final tenha sido contrário ao conhecimento, cabe a sua referência para exame dos fundamentos levantados.

A questão, naturalmente, ganhou contornos do direito interno. Na França, assim como na Espanha, há a previsão do segredo do nascimento que permite a ocultação da maternidade por ocasião do nascimento da criança, também chamado de parto anônimo. Nesse caso, o nome da mãe será ocultado dos registros do nascimento e da criança, que será entregue aos serviços públicos competentes e encaminhada à adoção. A medida se justifica por diminuir o número de abortos e abandonos e pela própria tradição francesa que, há muito, consagra o instituto⁸⁹.

⁸⁷ “Uma questão pouco explorada na literatura nacional que foi investigada neste estudo foi a ligação do adolescente adotado com sua família de origem. Embora alguns teóricos, como Diniz (1994), afirmem que seja preferível que a família adotiva não conheça os pais consangüíneos de seu filho, os dados apontaram que os participantes que tiveram contatos com seus progenitores apresentaram maior autoestima e menos sintomas depressivos. Nesta direção também, Grotevant, McRoy, Elde e Fravel (1994) afirmam que o contato entre as famílias parece trazer mais benefícios do que prejuízos tanto aos pais hereditários, quanto aos substitutos. [...] A propósito da busca dos adotados por suas origens, Brodzinsky e seus colaboradores (1998) revelam que quando os adotantes avaliam de forma positiva, empática e respeitosa os pais biológicos, facilitam à criança o resgate de sua história pessoal. De fato, uma das funções parentais que diferenciam as famílias adotivas das originais é a necessidade de reconhecer o interesse do filho pela busca de sua procedência genealógica e cultural junto as suas origens e assumir uma posição quanto a esta questão” (Idem, p. 74).

⁸⁸ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 13 de fevereiro de 2003, *Affaire Odièvre c. France*. Disponível em: <www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 6 jan. 2011.

⁸⁹ Reis refere, contudo, que o sistema do parto anônimo já não abunda nos ordenamentos jurídicos europeus, que, ao contrário, vem consagrando a regra da obrigatoriedade da indicação da identidade da mãe quando do registro. Segundo o autor, essa obrigatoriedade é vigente “na Áustria, Noruega, Holanda, Bélgica, Grécia, Alemanha, Dinamarca, Reino Unido, Estados Unidos da América e Suíça.

No caso em julgamento, o autor, já adulto, pretendia ter acesso às informações sobre a progenitora. O Tribunal decidiu, por maioria de votos, que, em não sendo o direito ao conhecimento das origens genéticas, enquanto dimensão da vida privada, um direito absoluto, cabe aos Estados, no exercício dessa margem de conformação e de acordo com a respectiva cultura e tradição, proceder à adequada ponderação de interesses.

O Tribunal considerou, assim, que o sistema francês sopesou vários e importantes direitos, sendo legítimo o estabelecimento do “segredo da maternidade”. Desta forma, concluiu pela não violação dos arts. 8º e 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A decisão não foi unânime. Os juízes dissidentes entenderam que o direito ao respeito da vida privada inclui o direito ao desenvolvimento da personalidade e à evolução pessoal. Com relação à identidade fundamental da pessoa, o acesso às suas origens constitui um elemento essencial da vida privada, protegida, portanto, pelo art. 8º da Convenção⁹⁰. Tais argumentos, contudo, não prevaleceram.

Rafael Reis avalia a decisão do TEDH e entende que o resultado levou em consideração a situação materna em detrimento do filho. Refere o autor:

Por um lado, considerando nossa tradição jurídica, duvidamos da bondade de tal tutela, e ainda que encontrássemos razões para proteger esse interesse da mãe, nunca essa defesa, de acordo com o que vimos afirmando nesse estudo, sobrelevar-se-ia à importância que, na conformação da individualidade, tem o direito de todo o indivíduo a conhecer a sua historicidade pessoal, e que não deve ser joguete nas mãos da mulher que (algumas vezes, por capricho) decide, em pleno século XXI, esconder, por exemplo, a condição de mãe

Já não é legalmente obrigatória a identificação dos ascendentes na Itália e no Luxemburgo, embora no caso deste último país o segredo abranja apenas o momento do nascimento, não se impedindo de ulterior estabelecimento dos vínculos” (REIS, Rafael Luís Vale e. *Op. cit.*, p. 236).

⁹⁰ Os votos divergentes referem ainda que várias são as formas de atendimento dos princípios envolvidos, que não a fixação do parto anônimo, e que aceitar a ideia segundo a qual, de, entre o conjunto dos países do Conselho da Europa, só o sistema francês asseguraria o respeito do direito à vida garantido pelo art. 2º da Convenção, desconsideraria as outras legítimas formas de atendimento.

solteira, ou refugiar-se nas dificuldades económicas para educar uma criança.⁹¹

Em Portugal, considera-se que a maternidade decorre do parto, e o parto anônimo não é aceito. Com relação ao conhecimento das origens genéticas, as alterações legislativas, no âmbito da adoção, encaminham-se para adaptar o instituto ao interesse maior do adotado, prevendo a adoção aberta que se assenta na manutenção dos vínculos entre o adotado e a família biológica⁹².

No Brasil, da mesma forma, os avanços conduziram à expressa autorização ao adotado de conhecer sua origem biológica. A Lei nº 12.010/2009, que trata da adoção, alterou e introduziu disposições legais sobre o tema, reconhecendo o direito do adotado de buscar a verdade sobre sua origem biológica⁹³. A matéria já foi objeto, inclusive, de decisões judiciais, que reconhecem esse direito sem que isso interfira na relação parental já constituída⁹⁴.

⁹¹ REIS, Rafael Luís Vale e. Op. cit., p. 254.

⁹² Nesse sentido, Idem, p. 267-278.

O autor faz referência à importância da manutenção da adoção plena ao lado da adoção aberta, com a necessidade de, naquele caso, estabelecer-se uma tutela adequada ao interesse do adotado de ter acesso às informações da família biológica.

⁹³ “Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).”

⁹⁴ Nesse sentido, ementa do REsp 127.541/RS, 3ª T. do STJ: “Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art. 48 da Lei nº 8.069/2009. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no art. 27 do ECA” (Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 6 jan. 2011).

Também recente decisão do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, já diferenciando o estado de filiação do direito ao conhecimento da origem biológica:

“APELAÇÃO - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PAI REGISTRAL - ADOÇÃO - IRREVOGABILIDADE - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA SEM REFLEXOS NA ESFERA PATRIMONIAL - ADMISSIBILIDADE - A adoção, quando regular e despida de qualquer vício, constitui ato irrevogável, não se perquirindo de alterar o registro civil do investigante, mormente evidenciada a relação socioafetiva entre os autores e os adotantes. Por se tratar de direito personalíssimo, admite-se o efeito meramente declaratório da paternidade acerca da verdade biológica do investigante ainda que, no caso, sem reflexos sucessórios

No instituto da adoção, também se constata que o direcionamento legal e jurídico é no sentido de se admitir o conhecimento da origem biológica, no qual se permita ao adotado fechar o círculo de sua história pessoal, sem implicar a quebra do vínculo adotivo.

4.3 PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

A reprodução humana, quando medicamente assistida, abre um novo campo de possibilidades que exigem estudo e regulamentação. Os avanços nessa área possibilitam a utilização de variadas técnicas, usadas individualmente ou conjugadas.

Os limites para a utilização dessas novas técnicas devem ser debatidos na sociedade, lembrando-se sempre que todo novo conhecimento apresenta um lado positivo e outro negativo. É preciso evitar os desvios da utilização desse conhecimento. Deve-se, pois, estabelecer o que pode e não pode ser aplicado, o que representa real benefício para os indivíduos e para a sociedade e o que extrapola e se torna prejudicial.

Quando há coincidência entre a paternidade/maternidade biológica e social, não há maiores problemas jurídicos associados. O uso dessas técnicas homólogas terá como resultado a geração de uma criança que, na sua origem biológica, possuirá dados dos pais sociais. A única alteração ocorre na forma de concepção, que se dará com a intervenção de terceiro, o médico, e não da forma natural decorrente de relações sexuais. Nesse ponto, as evoluções tecnológicas e científicas apenas trazem benefícios na consolidação de direitos, como, por exemplo, o de constituir uma família.

Cabe ainda referência à maternidade por substituição, em que a divergência estaria com relação à mãe gestacional, que pode ou não ser a biológica, mas que, certamente, não será a social. Nesse passo, as legislações têm sido mais rigorosas e, não raro, disciplinam pela vedação à utilização de técnicas dessa natureza.

Em Portugal, a Lei nº 32/2006 trata da questão relativa à maternidade por substituição, entendendo que a mulher que suportar a gravidez será

nem patrimoniais, em razão da manutenção do registro civil. O filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Negaram provimento à apelação.” (Segredo de justiça) (TJRS, Apelação Cível nº 70032527533, 7ª C.Cív., Rel. André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 09.06.2010. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 10 set. 2011)

considerada, para todos os efeitos, a mãe da criança⁹⁵. No Brasil, em que há ausência de regramento legal sobre as reproduções assistidas, são as Resoluções do CFM que orientam, no caso, pela possibilidade de sua utilização apenas entre parentes próximos⁹⁶.

As questões envolvidas no emprego dessa técnica trazem outros problemas para além do conhecimento de dados genéticos, que fogem ao objeto deste trabalho, mas que merecem uma breve reflexão.

No emprego dessa técnica, seria comum a utilização de material genético dos próprios envolvidos no projeto parental, que se utilizariam apenas da barriga de outra mulher para a gestação. Nessa hipótese, paternidades social e genética seriam colidentes. O problema poderia surgir com as informações relativas à forma de concepção e gestação. Seguindo o mesmo fundamento de direito à identidade pessoal, impõe-se que essas circunstâncias sejam relatadas à pessoa envolvida, resultado desse projeto parental inovador.

Naturalmente que, se houver a necessidade de utilização de material genético de terceiro (sêmen ou óvulo), conjugado à maternidade por substituição, a situação recairá nas questões relativas ao anonimato, que adiante se verão.

Quando há necessidade de utilização de material genético de terceiros, outros problemas surgem. Em regra, a utilização é de material masculino (sêmen) – mas as técnicas podem ir de uma simples inseminação artificial até outras mais complexas, muitas das vezes motivadas por interesses egoístas e caprichosos dos progenitores⁹⁷.

Não podemos ter como base de estudo situações doentias. Porém, casos extremos permitem concluir que a sociedade precisa pensar sobre a matéria de

⁹⁵ Art. 8º, itens 1, 2 e 3, da Lei nº 32/2006.

⁹⁶ A disposição constava da Resolução nº 1.358/1992 e foi mantida na atual resolução que trata da matéria – Resolução CFM nº 1.957/2010. A orientação em caso de maternidade por substituição é a que segue: “VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) 1. As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina”.

⁹⁷ No livro *Enquanto a cegonha não vem*, Paulo Olmos relata caso extremo de doação de esperma e óvulo para gestação em barriga de aluguel, de forma que a paternidade/maternidade biológica não está de acordo com a maternidade gestacional que, por sua vez, não estará de acordo com a paternidade/maternidade social. Questiona: “Se a criança poderia ser biologicamente de mãe e pai desconhecidos e gestada por uma terceira pessoa, que diferença havia entre o procedimento escolhido e um processo normal de adoção, a não ser o desejo de controlar todas as etapas que levam ao nascimento?” (OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem*: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003. p. 216).

forma séria, estabelecer os limites para as inovações e criar regras que assegurem o seu cumprimento.

As reproduções assistidas heterólogas, hoje uma realidade viável, dificilmente terão como ser proibidas. Legislações que vedem a utilização de material de terceiro alheio ao projeto parental já foram objeto de discussão. Nesse sentido, o Caso S. H. e outros *v.* Áustria, julgado no ano de 2010, analisou casos concretos e entendeu que as limitações à utilização das técnicas disponíveis criam distinção de tratamento entre os casais que precisam recorrer à PMA sem uma justificação objetiva e razoável⁹⁸.

Essa decisão, que considerou as diferentes formas de tratamento legislativo da matéria, nos vários países da União Europeia, reforça a necessidade de se pensar nos limites para a utilização das técnicas existentes e de se estabelecer uma regulamentação coerente com os avanços e com visão da realidade.

Um dos problemas que se apresenta, a exigir rápida intervenção, diz respeito ao anonimato do doador que participa como terceiro em um projeto parental.

Em Portugal, as procriações medicamente assistidas foram tratadas pela Lei nº 32/2006, que, nessa questão, parece ter ficado “em cima do muro”. Embora permita o conhecimento de dados genéticos, mantém o sigilo sobre a identidade do doador⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Da leitura do artigo, há que se concluir pela importância de se estabelecer o sigilo quanto à utilização das técnicas e a identificação dos envolvidos, o que é prudente e saudável, pois respeita o direito à intimidade de todos, inclusive do próprio filho, e evita a mera exposição para satisfação da curiosidade alheia. Mas o anonimato da identidade do doador retira a possibilidade da pessoa interessada vir a saber quem é o genitor.

Permitir o conhecimento de dados anônimos apenas incitaria maiores questionamentos. É informar pela metade e acenar que se sabe tudo, mas não se quer dizer. As indagações que surgissem das respostas incompletas

⁹⁸ Nesse sentido, ver Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 1º de abril de 2010, *Affaire S.H. et autres c. Autrich*. Disponível em: www.echr.coe.int. Acesso em: 9 set. 2011.

⁹⁹ Art. 15 da Lei nº 32/2006.

¹⁰⁰ Oliveira Ascensão relata que quando o parecer foi discutido no Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – CNECV foi aprovado por unanimidade e sem controvérsia o direito do novo ser ao conhecimento de sua origem biológica. Contudo, “a Lei nº 32/2006 traz surpresa: a posição unanime do CNECV é invertida” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 226.

criariam maiores problemas que a identificação correta do doador. No Brasil, as disposições legais a respeito de reprodução assistida, constantes no Código Civil de 2002, fazem referências às novas técnicas, sem discipliná-las.

Não se nega que, no que diz respeito à segurança das relações jurídicas e à proteção do filho, é correta a opção legislativa de estabelecer a presunção da paternidade, conforme disposto no art. 1.597, inciso V, do CC¹⁰¹, nos casos de reprodução heteróloga.

Ainda que importante e inovadora a disposição, voltada à proteção do direito de assegurar o vínculo de parentesco, que considera elementos outros que não o biológico, essa disposição traz consigo outro efeito, que é o de deixar clara a autorização para técnicas de reprodução assistida heterólogas no país.

Não há, contudo, como já se referiu, legislação a disciplinar as reproduções assistidas. A questão é tratada, apenas, na Resolução nº 1.957/2010¹⁰² do CFM, que indica o anonimato do doador. Igualmente, em alguns projetos de lei sobre reprodução humana assistida, há anos, no Congresso, a opção permanece pela regra do anonimato, embora já se apresentem projetos disciplinando o direito ao conhecimento da identidade do pai ou mãe biológico(a)¹⁰³.

O tema já é objeto de discussão em nível internacional, e verifica-se certa tendência, nos países de influências anglo-saxônica e germânica, a repudiar o anonimato, embora nos de influência francesa ainda se preconize o anonimato¹⁰⁴. Nesses, porém, sua relativização, por causas justificadas, como questões relacionadas à saúde, tendem a ser aceitas.

¹⁰¹ “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.”

¹⁰² A atual Resolução nº 1.957/2010 reproduz a disposição que constava da anterior Resolução nº 1.358/1992:

“IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES 1. A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial. 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.”

¹⁰³ Nesse sentido, Petterle apresenta a lista dos projetos em tramitação no Congresso Nacional brasileiro PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*, cit., p. 191.

¹⁰⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 167.

É bem verdade que, quando surgiram as técnicas de reprodução assistida heterólogas, o interesse de captar doadores e o desconhecimento de como iriam se desenvolver as relações conduziram para a regra do anonimato.

Saliente-se que um dos fundamentos apontados em defesa do anonimato refere-se à proteção da criança que nasceria com a utilização dessas técnicas, evitando-se problemas de identificação da filiação biológica e intromissão indesejada na relação parental, a qual é formada com os pais sociais¹⁰⁵.

Um caminho bastante percorrido diz respeito à relativização da regra do anonimato, exigindo-se motivação para se conhecer a identidade do doador.

Essa motivação serviria como a balizadora dos direitos que se encontram em colisão. Assim, autorizar-se-ia o conhecimento em casos relevantes, em que o princípio da dignidade da pessoa humana surge com maior clareza, como o caso da necessidade por questões de saúde. Por outro lado, estaria vedada a quebra do sigilo quando houvesse interesse financeiro, direcionando o pedido investigatório para quem estivesse em melhores condições econômicas.

Já decorrido um tempo da utilização das tecnologias de PMA, e com a evolução na perspectiva jurídica de proteção à dignidade da pessoa, natural que ressurgja o debate.

As novas fórmulas jurídicas para garantir o acesso ao conhecimento das origens biológicas, sem a alteração das relações parentais formadas, são um

¹⁰⁵ Stela Barbas elenca as razões de defesa do anonimato do doador: “Garante o valor da defesa da intimidade da vida privada; promove um ‘eventual’ bem-estar da criança (forma de se poupar de um possível conjunto de traumas resultantes da descoberta de uma terceira pessoa na sua procriação). É uma forma de encorajar a doação. Representa um meio de desresponsabilização da paternidade do doador anónimo. É garantia para os pais sociais da impossibilidade do doador anónimo reclamar qualquer direito sobre o seu filho biológico. A revelação sobre determinados elementos sobre a origem biológica da criança pode fazer com que alguns doadores ocultem características essenciais para os diagnósticos pré-natais. O conhecimento da identidade do doador pode pôr em causa a atribuição da paternidade ao cônjuge da mulher inseminada”.

A autora contrapõe a esses argumentos, para além das questões ligadas a doenças genéticas e impedimentos matrimoniais, que o anonimato: “Posterga o direito da criança ao conhecimento do seu património genético; colide com o direito fundamental de conhecer as origens biológicas que constitui uma faceta do direito à identidade pessoal (art. 26, número 1, da Constituição da República Portuguesa). Condiciona o estabelecimento da filiação. Ofende o direito essencial à identidade da pessoa, subalternizando-o a um discutível direito dos inférteis a terem um filho; este é, assim, instrumentalizado. Implica a atomização e despersonalização do processo reprodutivo”. E conclui que “podemos, ainda, alegar que o anonimato pode estar, em termos gerais, em profunda contradição com os direitos fundamentais” (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao património genético*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 172 e 174).

caminho para evitar que o direito ao conhecimento direcione a escolha do pai/mãe por questões de ordem material, por exemplo.

Reconhecida a importância de conhecer a identidade da ascendência biológica no desenvolvimento da personalidade do ser humano, há, igualmente, que se reconhecer a sua autonomia, evitando casuísticas e subjetivismos na sua avaliação.

Outro problema a ser enfrentado diz respeito com a legislação existente no momento em que se utilizou esse material genético. Com efeito, se a regra determinava o anonimato do doador, a segurança jurídica da relação estabelecida conduz para a manutenção do sigilo.

Tal circunstância reforça a urgência do debate na sociedade e a criação de regras para a utilização dessas novas técnicas, em consonância com os princípios maiores.

Os direitos fundamentais de personalidade encaminham o Estado/legislador para a criação de legislação que garanta o direito ao conhecimento da origem biológica. Nesses termos, forçoso reconhecer que toda a legislação que assegure o anonimato do doador estará violando os princípios maiores.

Especificamente em Portugal, onde o direito à identidade pessoal vem reforçado pelo reconhecimento constitucional expresso de um direito à identidade genética, as regras que tratam da PMA, que estabelecem a vedação da identificação do doador, devem ser consideradas como inconstitucionais. Nem mesmo a abertura para a análise casuística soluciona a carga inconstitucional que recai sobre a norma.

Stela Barbas reconhece que o segredo em relação à identidade do doador, nas técnicas de procriação médica assistida heteróloga, está em manifesta contradição com o direito à identidade pessoal expressa na CRP. A autora traz questionamento pertinente: “No entanto, se cada pessoa tem direito à sua verdade e esta é escondida por poder ser traumatizante, não será de questionar se provavelmente se fez algo que não deveria ter sido feito?”¹⁰⁶.

A complexidade que envolve a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, o seu caráter inovador e a ausência de conhecimento sobre a repercussão de sua utilização em termos de futuro tornam difícil o estabelecimento de padrões de comportamento.

¹⁰⁶ Idem, p. 172-173.

Não é por outro motivo que as relações de filiação que se desenvolvem com a utilização dessas técnicas são um desafio e encaminham para discussões de ordem ética, jurídica e social.

A gama de valores essenciais envolvidos, que acabam por colidirem, exige que ponderações, nem sempre fáceis, tenham que ser realizadas.

De toda sorte, em qualquer dos âmbitos de incidência do direito ao conhecimento da ascendência biológica, que se analisou, constata-se a tendência pelo reconhecimento da sua preponderância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O século XX caracteriza-se por ser o século do conhecimento e do desenvolvimento científico, com repercussão ímpar sobre as sociedades modernas. O estudo realizado trata, exatamente, dessas inovações ocorridas nos vários campos do conhecimento.

Na área científica, reconhece-se como o século do genoma. Descobre-se o ADN, o código hereditário transmitido de uma geração para outra, e chega-se às procriações medicamente assistidas.

O ADN permite conhecer as informações sobre a constituição genética do homem, decorrente da combinação de cargas genéticas herdadas dos pais. Descobre-se que cada uma e todas as células do corpo humano guardam informações únicas, que fazem de cada indivíduo um ser único e irrepetível.

A procriação medicamente assistida permitiu separar sexo e procriação e faz com que paternidade biológica, social e gestacional possam divergir. Nessa área, especificamente, as inovações seduzem. Não só se descobriu o código genético como a possibilidade de manipulá-lo. Pode-se, hoje, determinar quem é o pai e a mãe de uma pessoa com grau de certeza, identificar preventivamente doenças genéticas, selecionar embriões e utilizar técnicas de clonagem e de reprodução humana. Nessa última, tem-se à disposição fertilização *in vitro*, inseminações artificiais, doação de sêmen ou óvulos e gestação em barriga de outra pessoa que não a mãe biológica/social. As técnicas que podem ser utilizadas de forma individual ou conjugada abrem um leque de oportunidade para casais que não podem ter filhos.

Na área da psicologia, a acumulação de conhecimento leva à conclusão de que o ser humano é um produto da interação dos genes e do ambiente.

Reconhece-se a complexidade da personalidade, sempre em construção, nesse contexto de interação da hereditariedade e do ambiente.

As pessoas, membros da mesma espécie humana e portadoras da mesma dignidade intrínseca diferem entre si tanto pela carga genética que possuem como pelas influências do ambiente onde se desenvolvem, tornando-se um indivíduo dentro do todo.

Saber a verdade de sua origem é dado primordial na construção da identidade de uma pessoa, que precisa se reconhecer como indivíduo no contexto social com o qual interage. Tem-se consciência de que a identidade pessoal do ser humano tem um sentido de pertencimento e um sentido de ser separado.

Identificam-se a importância e influência da família no desenvolvimento da criança e a relevância dos vínculos de afeto, mais até do que os próprios vínculos biológicos. Contudo, essa circunstância não afasta – e até impõe – a verdade sobre a origem e a forma de constituição dessa relação.

Estudos na área da adoção apontam que adotados que conseguem fechar o círculo de sua história com a família biológica tendem a melhor se desenvolverem. Admite-se que o conhecimento das origens biológicas é importante no desenvolvimento da personalidade do ser humano.

Na área jurídica, a pessoa é colocada no centro de todo o ordenamento jurídico. A normatização do valor dignidade, intrínseco em cada ser humano, redireciona a leitura jurídica e passa a fundamentar as modernas Constituições. Estabelecem-se direitos fundamentais que garantam a proteção da pessoa frente ao Estado e que irradiam seus efeitos à esfera de relação privada. Normatizam-se os direitos de personalidade, reconhecidos como os direitos mais básicos do indivíduo a permitir o seu desenvolvimento como pessoa.

Unindo-se a evolução do conhecimento e do pensamento, chega-se a uma era de novos direitos e novas exigências.

A identidade genética vem reconhecida como direito e exige que se defenda o patrimônio genético único em cada um, o qual também contém informações sobre a ascendência.

Essa identidade genética é componente essencial da identidade pessoal e conduz à conclusão de que o conhecimento da ascendência biológica de cada indivíduo se apresenta como um direito.

O fato não é novo. A verdade biológica nas relações parentais sempre foi perseguida pelo homem. Tampouco decorre das inovações científicas no campo da reprodução humana, porquanto já era questionado em relações como a adoção.

O que está diferente agora é o enfoque que é dado, decorrente da agregação do conhecimento nas diversas áreas, que faz com que a importância desse direito se sobressaia.

O direito ao conhecimento da origem biológica tem natural supremacia entre os direitos colidentes que digam respeito às pessoas envolvidas. Nesse sentido, embora reconhecido o direito a um projeto parental, que inclui a possibilidade de adoção e de utilização de técnicas de PMA, mesmo heterólogas, bem como o direito à intimidade, que permite que essas opções sejam protegidas da curiosidade alheia, essas não teriam como ser invocadas em relação ao filho, a quem esses fatos dizem respeito diretamente.

Sustenta-se, assim, o conhecimento da origem biológica, que compreende dados genéticos e identidade da ascendência, como um direito autônomo, que dispensa alegação de justa causa para ser deferido.

Igualmente, estaria desvinculado de outros direitos correlatos, permitindo, assim, a manutenção de estados de filiação constituídos. O direito ao conhecimento da ascendência biológica seria investigado, sem implicar a desconstituição de vínculos de filiação criados, por exemplo, em razão da adoção ou de presunção legal nos casos de reprodução assistida heteróloga. Tampouco concederia direitos decorrentes da relação parental, como alimentos, visitas e sucessórios.

A fundamentalidade desse direito direciona a necessidade de sua proteção, impondo o estabelecimento de regras que o garantam e o afastamento de disposições que, de uma forma ou outra, vedem o acesso a esses dados.

Legislações que preconizam o anonimato de doador de material genético nas procriações medicamente assistidas, ou que mantenham disposições que assegurem a ocultação da origem por ocasião do nascimento, como é o caso do “parto anônimo”, previsto na legislação francesa, estão em desacordo com essa orientação.

O direito pessoal ao conhecimento de sua origem deve estar assegurado, de forma plena, a todo indivíduo que demonstre a necessidade de saber quem são seus pais biológicos.

Como se constatou ao longo do estudo, o encaminhamento legislativo, de nível internacional, com repercussões nas legislações nacionais, já se encaminha nesse sentido, a deixar clara a relevância do direito analisado.

A agregação de conhecimento, tanto na área técnico-científica como nas esferas psicológica e jurídica, traz novos desafios à humanidade. Discussões de temas dessa relevância fazem-se necessárias para que o conhecimento seja aplicado de forma consciente e construtiva para a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANJOS, Mário Fabri dos. Ética e clonagem humana na questão dos paradigmas. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Chistian de Paul (Org.). *Fundamentos da bioética*. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº 32/2006 sobre procriação medicamente assistida. *Revista de Direito Público*, Lisboa, n. 1, 2009.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

BENEVIDES FILHO, Mauricio. Direito à intimidade e o processo de investigação de paternidade: direito à recusa ao exame hematológico. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago Guerra Filho (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BOSCOV, Isabela. A depressão é o fim do mundo. *Veja*, São Paulo: Abril, Edição 2233, a. 44, n. 36, p. 17.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 127.541/RS, 3ª T. - Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 6 jan. 2011

CALLE, Esther Gómez. El derecho civil ante las nuevas técnicas de investigación genética. En particular, las pruebas de detección genética. In: *Derecho y genética: um reto de la sociedad del siglo XXI*. Madrid, 2006.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. Reprodução humana assistida: direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador. Dez./2008. Disponível em: www.lfg.com.br. Acesso em: 10 set. 2011.

FRANÇA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. 1º de abril de 2010. *Affaire S. H. et autres c. Autrich*. Disponível em: <www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 9 set. 2011.

FRANÇA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Affaire Odièvre c. France*. 13 de fevereiro de 2003. Disponível em: <www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 6 jan. 2011.

FRANÇA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Affaire Mikulic c. Croatie*. 7 de fevereiro de 2002. Disponível em: <www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 6 jan. 2011.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade genética e direito da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção. *CEJ*, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. In: Portugal-Brasil ano 2000. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra, 1999.

_____. Genética, moínhos e gigantes: Quixote revisitado - Deveres fundamentais, sociedade de risco e biomedicina. In: *Derecho y genética: um reto de la sociedad del siglo XXI*. Madrid, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. IV, 2008.

_____; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, t. I, 2005.

NERI, Demetrio. *A bioética em laboratório - Células-tronco, clonagem e saúde humana*. São Paulo: Loyola, 2004.

OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade*. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

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

_____. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na construção brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil ano 2000. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra, 1999.

REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra, 2008.

REPPOLD, Carolini Tozzi. Estilo parental percebido e adaptação psicológica de adolescentes adotados. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Grau de Mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Psicologia, set./2001.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Proteção da privacidade*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70032527533, 7ª C.Cív., Rel. André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 09.06.2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10 set. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70035409895, 8ª C.Cív., Rel. Rui Portanova, Julgado em 10.06.2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 11 set. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70040915969, 7ª C.Cív., Rel. André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 13.07.2011. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 11 set. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais - na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHAFFER, Judith A.; DIAMOND, Ronny. Infertilidade: dor pessoal e estigma secreto. In: IMBER-BLACK, Evan (Org.). *Os segredos na família e na terapia familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

STUPPIELLO, Bruna; BATISTA JR., João; AMARO, Mariana. Ele quer reiniciar. *Veja*, São Paulo: Abril, Edição 2233, a. 44, n. 36, p. 96.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; LEITÃO, Manuela Nishida. Filiação socioafetiva: a posse de estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial e o direito à origem genética. *Revista Jurídica da UniFil*, a. III, n. 3, 2006.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica - Para operadores do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2003.

