

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Camila Nascimento Oliveira

**PAI, QUEM É VOCÊ? – UMA ANÁLISE CIVIL CONSTITUCIONAL DO DIREITO
À IDENTIDADE GENÉTICA**

Juiz de Fora

2014

Camila Nascimento Oliveira

**PAI QUEM É VOCÊ? – UMA ANÁLISE CIVIL CONSTITUCIONAL DO DIREITO À
IDENTIDADE GENÉTICA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Na área de concentração em Direito Civil e Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Felipe Guerra David Reis

JUIZ DE FORA

2014

Imprimir na parte inferior, no verso da folha de rosto a ficha disponível em:

<http://www.ufjf.br/biblioteca/servicos/usando-a-ficha-catalografica/>

Camila Nascimento Oliveira

**PAI QUEM É VOCÊ? – UMA ANÁLISE CIVIL CONSTITUCIONAL DO DIREITO À
IDENTIDADE GENÉTICA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Na área de concentração em Direito Civil e Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Felipe Guerra David Reis

Aprovada em 11 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Felipe Guerra David Reis- Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Mário Cesar de Andrade
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois sem ele não somos nada.

Agradeço aos meus pais, André e Fátima, por sempre estarem ao meu lado, me apoiando, acreditando em mim e fazendo tudo que está sob seu alcance para que eu realize meus sonhos. Agradeço, principalmente por serem meus exemplos de superação e perseverança e por sempre terem me dado todo amor e carinho, mesmo sendo tão jovens.

Ao meu irmão Vinícius, por ser, acima de tudo, meu companheiro e cúmplice, sempre ali, quieto, mas pronto a fazer o que for preciso para que eu possa realizar meus sonhos e por me ensinar a compartilhar.

À avó Dina, que sempre acreditou em mim e me ofereceu seu amor e apoio incondicionais, e à avó Bete, que abriu as portas de sua casa para mim, nesses cinco anos, tornando possível que eu chegasse até aqui.

Aos tios, tias, primos e primas, meu muito obrigada! Eu tenho muita sorte de ter vocês na minha vida.

À Verônica, Dedéia, Samuel e Ia, que sempre me consideraram como se fosse da família.

À Taís, amiga de anos, que sempre me deu uma palavra de consolo e incentivo quando pensei em desistir, me motivando a continuar correndo atrás do meu objetivo. Ao Matheus, que permaneceu amigo e ao meu lado, mesmo com meus sumiços e com a distância, sempre passando por cima dos meus vacilos e aturando as minhas novelas, há anos e anos.

Aos meus queridos de Juiz de Fora, Camila, Jéssica, Luiza, Amanda, Douglas e Nanda, que tornaram mais fácil suportar a saudade durante estes cinco anos de faculdade, se tornando essenciais na minha vida. Ao Momo, meu obrigada mais que especial, pelos cadernos que salvaram várias – provavelmente todas – as matérias, pelos esporros mais que necessários, quando eu não queria estudar, pelas aulas de qualquer matéria que fosse necessária, pelos momentos de risada e, principalmente, por ser um amigo em quem confiar. Ao Joãozinho, por ser um príncipe em todas as ocasiões, mostrando que ainda há cavalheirismo no mundo e, é claro por sempre ceder a sua casa para jantares, para comemorar meu aniversário e para a elaboração deste trabalho. À Silvia por ser um dos maiores presentes que Juiz de Fora poderia ter me dado, mais que uma amiga para todas as horas, se tornou uma irmã para mim.

Ao pessoal do Jesp de Juiz de Fora, que me deram a primeira oportunidade de

estágio, ainda no início da faculdade. À Dra. Daniele Vaccarini e demais advogados do escritório José Lúcio Fernandes e Advogados Associados, pelos ensinamentos e oportunidades que me deram ao longo dos dois anos que lá fiquei, me fazendo ter certeza de que quero trilhar o caminho da advocacia após formada. A todos do Coimbra e Bueno, que tiveram paciência comigo neste último período e confiaram no meu trabalho.

Todos contribuíram de alguma forma para que eu chegasse até aqui. Muito obrigada!

"O sentido de gerar um filho, uma filha, de chamar alguém para a existência é uma das missões mais nobres e sublimes."

Cardeal Eusébio Scheid, arcebispo do Rio de Janeiro.

RESUMO

O trabalho proposto insere-se dentro do campo do Direito Civil e Constitucional, referindo-se a importância do conhecimento da identidade genética no desenvolvimento do indivíduo, na formação de sua personalidade e na sua inserção na sociedade.

Levando-se em conta a ausência de legislação específica no que concerne a reprodução assistida heteróloga e a relação entre aqueles que dela participam e o indivíduo gerado, busca-se descobrir como a criança gerada através da reprodução *in vitro* é afetada e até que ponto é viável o sigilo do doador de sêmen.

Conclui-se que o direito à origem genética, como direito fundamental essencial ao indivíduo, deve ser garantido à pessoa concebida através da inseminação heteróloga, sem, contudo, cogitar a existência do estado de filiação entre esta e o doador.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Constitucional. Reprodução Assistida Heteróloga. Identidade genética.

ABSTRACT

The aim of this study is to insert in the civil and constitutional law field, referring to the importance of knowledge of the genetic identity in the development of the individual, in the formation of its personality and its integration into society. Considering the lack of specific legislation concerning the heterologous assisted reproduction and the relationship between those who participate and the individual generated, we try to figure out how the child generated by in vitro reproduction is affected and to what extent the confidentiality of semen donor is feasible.

It follows that the right to genetic origin as an essential fundamental right of the individual, must be guaranteed to the person conceived through heterologous insemination, without, however, entertain the existence of the state of affiliation between this and the donor.

Keywords: Civil Law. Constitutional Law. Heterologous Assisted reproduction. Genetic Identity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	13
2.1 A dignidade da pessoa humana na reprodução assistida heteróloga	16
3 DIREITOS DA PERSONALIDADE	18
3.1 Características dos direitos da personalidade	20
3.2 Direito à origem genética	21
4 CONSEQUÊNCIAS DO SIGILO DO DOADOR NA CRIANÇA GERADA	24
4.1 O princípio do melhor interesse da criança	27
5 DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DE FILIAÇÃO E DIREITO À ORIGEM GENÉTICA	29
5.1 Família Democrática	29
5.2 Estado de filiação: conceito, posse e consequências	30
6 CONCLUSÃO	35
BIBLIOGRAFIA	37

1 INTRODUÇÃO

O avanço da ciência, sobretudo no que diz respeito as experiências com o genoma humano, vem dando azo a situações inusitadas, não tuteladas especificamente pelo ordenamento jurídico.

Neste contexto, a reprodução assistida tem lugar de destaque, pois envolve o interesse de, pelo menos, três indivíduos, cada qual com seus próprios interesses a serem tutelados. Esta técnica é uma opção viável para aquelas mulheres que sonham com a maternidade, mas não conseguem reproduzir.

Contudo, deve-se ter em conta, também, os interesses da criança gerada por este meio e que, como pessoa, tem tantos direitos quanto aqueles adultos que se beneficiaram com referido método de reprodução, ou aqueles que agiram solidariamente, apenas doando seu material genético.

Destarte, é necessária uma análise mais profunda deste tema, com foco na criança, como ela é afetada ao logo de seu crescimento, de seu desenvolvimento como pessoa, pelo sigilo do doador, impossibilitando o acesso à sua identidade genética. Busca-se entender quais as possíveis consequências para um indivíduo que cresce sem conhecer suas origens e quais as possíveis soluções para esta solução.

A ausência de legislação específica acerca do assunto torna este estudo ainda mais relevante, não apenas para a área do Direito, mas também da bioética e da sociologia.

O presente trabalho parte de um estudo doutrinário, buscando compreender a psicologia da pessoa, seus direitos constitucionais, o conceito de família a importância do conhecimento de sua origem na formação do sujeito, tomando como base os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes naquilo que concerne a dignidade da pessoa humana e os direitos constitucionais inerentes a todo e qualquer indivíduo.

Considerando-se a lacuna legal no que concerne o tema, o presente trabalho foi construído a partir do estudo doutrinário, empregando-se o método de dedução bibliográfica, como forma de alcançar o objetivo pretendido.

Num primeiro momento, busca-se compreender o conceito de dignidade humana, traçando a sua evolução social e dando ênfase aos seus subprincípios, essenciais a sua aplicação, para, por fim, demonstrar a importância de sua consideração nos procedimentos científicos, principalmente na reprodução assistida.

Em seguida, é realizada uma análise dos direitos da personalidade, destrinchando suas características, seu início e influências no desenvolvimento de uma vida digna do

indivíduo. Neste momento, traz-se à tona o direito à origem genética, como direito fundamental da pessoa e essencial a esta como garantia do direito à vida, de uma inserção social e um desenvolvimento pleno e digno.

Logo após, tenta-se demonstrar as consequências que o sigilo do doador tem na criança gerada, por se tratar de um empecilho ao conhecimento de sua identidade genética. É aqui onde se enfatiza que o princípio do melhor interesse da criança, o qual garante que os interesses da criança e do adolescente devem prevalecer em face aos demais, por se tratarem de indivíduos vulneráveis.

Por fim, é feita uma análise da família democrática, partindo para a explanação do conceito de estado de filiação e a distinção entre este e o direito à origem genética.

Com o presente trabalho, pretende-se comprovar que o conhecimento da origem genética é essencial para o desenvolvimento pleno do ser humano, sua inserção na sociedade e seu crescimento como indivíduo. Pretende-se, principalmente, demonstrar a importância do conhecimento da identidade genética e as consequências de não deter este conhecimento, comprovando o quando o sigilo do doador pode vir a afetar o sujeito.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O viés filosófico-político da dignidade da pessoa humana insurge do imperativo categórico kantiano, do qual se extrai que o ser humano não deve ser tido como um meio para alcançar outras finalidades, mas sempre considerado como um fim em si mesmo. Assim, este imperativo categórico se orienta pelo valor absoluto, universal e incondicional da dignidade humana (MORAES, 2006, p. 109-114).

Com a Constituição Federal de 1988, o fundamento do imperativo categórico de Kant (1986) se tornou comando jurídico no Brasil. Contudo, mister ressaltar que a dignidade humana não é criação da ordem constitucional democrática, apesar de ser respeitada e protegida por ela. A Carta Magna consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, proclamando-o um de seus princípios fundamentais, ao qual se atribui valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.

Maria Celina Bodin de Moraes (2006) nos traz que a humanidade das pessoas reside em sua racionalidade, livre arbítrio e capacidade para interagir com os outros e com a natureza. Destarte, é contrário à dignidade humana tudo que possa reduzir a pessoa à condição de objeto.

Neste diapasão, o conteúdo material da dignidade humana se desdobra em quatro subprincípios, quais sejam:

[...] i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social em relação ao qual a garantia de não vir a ser marginalizado (MORAES, 2006, p. 117).

Como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana se têm os princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade, que passam a ser esmiuçados doravante.

O sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele. Isto é, a dignidade necessita de um tratamento igualitário. O subprincípio da igualdade tem como fundamento máximo que todo e qualquer indivíduo tem os mesmos direitos, as mesmas oportunidades, sem tratamento discriminatório (MORAES, 2006, p. 118-119).

O grande problema quanto à aplicação deste princípio reside na chamada igualdade substancial, onde se faz necessário o reconhecimento de que os sujeitos são diferentes entre si. Assim, a solução encontrada é que todos devem ser tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade.

Os indivíduos se diferenciam uns dos outros em razão da cultura da sociedade em

que vivem, sendo necessário o reconhecimento desta desigualdade, de modo a reconhecer que, apesar disto, são todos iguais. A diversidade de culturas deve ser respeitada, tendo cada uma um valor único. Neste sentido, merece destaque o imperativo invocado por Boaventura de Sousa Santos (*apud* MORAES, 2006, p. 124): *as pessoas e os grupos sociais têm direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.*

A aplicação deste princípio é sempre complexa, devendo ser realizada uma ponderação conforme o caso concreto que se apresente, a fim de encontrar a melhor solução, livre de preconceitos.

Talvez o mais importante para o entendimento deste trabalho, o princípio da integridade psicofísica garante, dentre outros, o direito a personalidade, abrangendo o bem estar do indivíduo não só físico, mas moral e social.

O avanço da biomedicina, tema sem regulamentação satisfatória no Ordenamento Jurídico pátrio, inspira um estudo e aplicação constante deste princípio, de modo a garantir que o indivíduo tenha uma existência digna.

Neste contexto, tem-se a questão da privacidade dos dados genéticos, na reprodução assistida heteróloga. O sujeito gerado através da reprodução *in vitro* tem o direito ao conhecimento de sua identidade genética, de saber se tem predisposição a alguma doença genética, de saber quem doou o material utilizado, ou deve prevalecer o direito ao sigilo do doador, de modo a evitar que, talvez, tenha uma redução no número de doações?

A Declaração de Helsinque, de 1964, dispõe que “*os interesses e o bem-estar do ser humano deverá prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência*” (MORAES, 2006). Assim, é possível o entendimento de que os interesses individuais devem estar acima dos interesses da ciência. No que se refere a reprodução assistida, seria possível, então, concluir que o direito da criança gerada de conhecer a sua identidade genética, sua origem e a identidade do doador é sim superior ao sigilo do doador, por se tratar, principalmente, de uma questão relativa ao direito da personalidade do indivíduo, o direito que o indivíduo tem de não ser “coisificado”, não ser visto como o resultado de uma técnica de reprodução, mas sim como um sujeito detentor de direitos, senhor de seu destino e de suas escolhas.

Nos primórdios do direito, a liberdade era relacionada aos direitos patrimoniais do sujeito. Antes da Constituição Federal de 1988, quando o Código Civil era responsável por estabelecer as normas máximas da sociedade, o Estado se preocupava, exclusivamente, em regular o modo como o indivíduo poderia manipular os seus bens, sem se preocupar com os

impactos de seus atos na sociedade (MORAES, 2006, p. 133-134).

Tal situação começa a se modificar quando Savigny traz a ideia de que o homem era proprietário não apenas de bens, mas de seu próprio corpo e, com isso, deveria ter autonomia para dele dispor, para dispor de seu destino e liberdade em suas escolhas. Conforme este entendimento, “*no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito a si mesma*” (PERLINGIERI, 1999, p. 298-299). O ordenamento jurídico deve zelar por sua liberdade de escolhas e garantir que seus interesses individuais sejam protegidos antes do interesse de terceiros ou da coletividade.

Hodiernamente, privilegia-se a liberdade individual, a qual transparece na privacidade, na intimidade e no livre exercício da vida privada, sendo o indivíduo livre para escolher como pretende dispor de si mesmo e como pretende levar a sua vida. Neste diapasão, tem-se que

A liberdade pressupõe que o ser humano não está condicionado de modo absoluto nem por seus genes, nem por seu instinto, nem pela educação que recebeu, a atuar de um modo particular, mas que, em última análise, é ele mesmo a causa de seu agir (*causa sui*), é ele quem decide, desde seu interior, de que modo agir (ANDORNO, 2009, p. 74).

O conceito de liberdade pode ser visto sob dois aspectos: o primeiro é a liberdade como querer, aquela arraigada no próprio sujeito; e o segundo é a liberdade como poder, a qual se refere a não existência de obstáculos para o exercício da liberdade do indivíduo. Para que se possa falar em respeito pleno da liberdade, é necessário que o próprio sujeito determine seu agir e que não sejam colocados obstáculos injustificados em seu querer (ANDORNO, 2009, p. 75).

Certos bens tem significado moral tamanho que não devem ter expressão econômica, como é o caso do gene, capaz de identificar as características essenciais de cada indivíduo, merecedor de uma tutela exaustiva do ordenamento. Muitas são as discussões acerca do tema, mas cada vez mais os estudiosos tem concordado que o embrião, por estar diretamente relacionado ao conceito de pessoa e personalidade, é merecedor da proteção do ordenamento (BARBOZA, 2005-2006, p. 36-37).

A liberdade deve andar lado a lado com a razão, o que significa dizer que o indivíduo não pode agir de maneira caprichosa, tendo atitudes prejudiciais para si ou para outrem. Para ter um sentido pleno, a liberdade deve ser utilizada de modo a fazer aquilo que é bom, sendo através dela que o indivíduo desenvolve a sua personalidade e suas potencialidades específicas, distintas a cada ser humano (ANDORNO, 2009, p. 75). Ressalta-se que não se defende aqui que o indivíduo possa agir sem se preocupar com a sociedade em

que vive, mas sim que os seus interesses e suas escolhas, sobre questões pertinentes a sua vida, prevaleçam sobre o interesse de terceiros. Como no caso da criança, fruto de uma reprodução assistida heteróloga, que deve ter a sua dignidade acima do interesse de terceiros, como o do doador, por exemplo, em permanecer anônimo.

A Constituição Federal prevê em seu bojo que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade. Contudo, o princípio ora em estudo detém mais que um caráter jurídico: um caráter moral, em que, para que seja plenamente aplicado, o indivíduo deve ter em mente sempre o resto da sociedade, com a obrigação moral de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito” (MORAES, 2006, p. 138).

A solidariedade deve ser tida com um princípio norteador das relações humanas, não podendo nunca ser esquecida quando se discute questões de cunho social, que envolvam o interesse de um grupo e não de um único indivíduo. Contudo, mister a ressalva de que isso não significa apagar o interesse individual, conforme explicado no tópico anterior, pois este deve continuar tendo a sua importância, sempre que o assunto em debate for relevante ao indivíduo singular e não à sociedade.

O que se busca aqui é uma ponderação, conforme o caso concreto, dos direitos conflitantes, sendo certo que sempre que tivermos em rixa um direito fundamental de um indivíduo, este deve prevalecer em face ao coletivo.

2.1 A dignidade da pessoa humana na reprodução assistida heteróloga

A reprodução humana assistida consiste em uma intervenção do homem no processo reprodutivo, quando inexistente a possibilidade de que ocorra a reprodução pelos meios naturais. A inseminação artificial pode ser homóloga, quando ocorre entre o casal, utilizando o material biológico do marido para fecundar a esposa, não gerando grandes debates, ou heteróloga, quando o material biológico utilizado na fecundação pertence a um terceiro estranho que doa seus gametas, sendo esta modalidade causadora de dissonância no meio jurídico (MORALES, 2007, p. 7).

A reprodução assistida é pautada em princípios bioéticos quais sejam o da beneficência, não maleficência, justiça e autonomia.

No presente trabalho, merece destaque o princípio da autonomia, o qual pressupõe um consentimento informado ou livre e esclarecido do doador de material genético. Tal princípio significa dizer que o indivíduo que doou o material tem capacidade suficiente para assumir as responsabilidades inerentes à prática deste ato (ANDRADE e CHAGAS, 2010, p.

711).

Quando da contratação da inseminação artificial heteróloga, tem-se a mãe, que não consegue ter filhos por outro meio, concordando com o sigilo. Contudo, quando isso ocorre, a mãe está abrindo mão de um direito personalíssimo de seu filho, de conhecer a sua identidade genética, logo, não poderia ela abrir mão de um direito que não é seu. Normalmente, as mulheres procuram esta técnica de reprodução por não terem outro meio de saciar seu desejo pela maternidade e acabam não refletindo a respeito das consequências que o sigilo com o qual concordam virá a ter sobre o filho que irá conceber.

Conforme já sugerido anteriormente, o direito a identidade genética é o maior expressão da personalidade da pessoa e, sendo o direito de personalidade abrangido pela dignidade humana, o direito a identidade genética deve ser considerado peça essencial para que o indivíduo tenha uma vida digna.

A criança, como pessoa, detentora de direitos que devem ser preservados, recebe a proteção do ordenamento. O artigo 3º, Estatuto da Criança e do Adolescente assim dispõe:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Desta forma, não há como negar que o indivíduo concebido através da reprodução assistida heteróloga, independente de sua idade, tem o direito de conhecer sua origem, sua história famílias, seus descendentes e ascendentes, sendo uma negativa deste direitos um ato direto contra a dignidade deste sujeito. Tais aspectos têm grande relevância para o desenvolvimento do sentimento de pertença do indivíduo, de modo que este se sinta inserido na sociedade e se desenvolva de maneira saudável. Para a criança em desenvolvimento, as consequências de estar em uma família desestruturada ou de desconhecer a sua origem são maiores ainda, conforme se pretende demonstrar. Nesta seara, os interesses do doador, em se manter anônimo, ou da mãe, em impedir que o filho tenha contato com seu pai biológico, não deve prevalecer quando em confronto com um direito fundamental individual da criança. A escolha por uma técnica de reprodução assistida não minimiza a importância da existência de uma família onde a pessoa seja inserida.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) consagra que todo ser humano tem direito de ser, em todo e qualquer lugar, reconhecido como pessoa perante a lei (LAFER, 2008, p. 297-329). Pessoa é todo aquele a quem são atribuídos direitos e obrigações, é o sujeito de direito dotado de personalidade e a proteção desta personalidade é uma consequência da proteção máxima concedida à pessoa humana. Não há como se falar em dignidade da pessoa humana, sem falar em direitos da personalidade.

Caio Mário da Silva Pereira nos ensina que os direitos da personalidade, são direitos personalíssimos, presentes nas relações jurídicas que envolvem a pessoa, as quais:

Despidas embora de expressão econômica intrínseca, representam para o seu titular um alto valor, por se prenderem a situações específicas do indivíduo e somente dele. Aí residem os direitos da personalidade, que atraem a atenção da ordem jurídica e encontram proteção no direito positivo, conforme a disposição do art. 12 do Código Civil (PEREIRA, 2005, p. 242).

Os direitos da personalidade constituem, pois, um mínimo necessário e imprescindível à espera jurídica de cada indivíduo, sendo atributos da própria pessoa, que tem por objeto bens de sua personalidade física, moral e jurídica (TEIXEIRA e RODRIGUES, 2011, p. 230). Diretamente ligados ao conceito de dignidade, são essenciais para que o indivíduo tenha uma vida digna.

No que tange o início da personalidade, duas são as teorias: a primeira – natalista – defende que a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida, a segunda – concepcionista – defende que a personalidade é atribuída a partir da concepção do indivíduo (RIBEIRO, 2011, p. 180).

Conforme ressaltado por Maria Leal de Meirelles, o art. 2.º, Código Civil é ambíguo, pois

a primeira parte do citado dispositivo legal pretende afirmar que antes do nascimento com vida inexistia personalidade e, portanto, não haveria direitos a proteger; entretanto, a segunda assegura proteção aos direitos do nascituro, ainda que não dotado de personalidade jurídica” (MEIRELLES, 2000, p. 51).

Em contraposição a este pensamento, Silmara Chinelato Almeida defende que o nascituro é sim dotado de direito absoluto da personalidade, desde a concepção, tendo, conseqüentemente, direito à vida, à integridade física e moral, à saúde, dentre outros (ALMEIDA, 1998, p. 184).

O direito fundamental à vida é um direito fundamental da primeira geração, inerente a todo ser humano, desde a concepção. Independente de cor, raça ou origem tem direito a uma vida com o mínimo de garantias, de modo que possa se desenvolver de maneira digna.

O ser humano goza, além dos direitos assegurados ao seu desenvolvimento pleno de valores básicos, de direitos que lhe atribuem individualidade e essencialidade no meio social. Nesta seara, têm-se os direitos à vida, à integridade psicofísica, à intimidade, à liberdade, à imagem e à identidade (GAMA, 2003, p. 904).

Quando se fala em reprodução, é necessário se ter em mente o direito a uma vida saudável da criança, que deve ser colocado a frente da satisfação que sentem os pais em gerar um novo indivíduo. Mais ainda, quando se fala em reprodução assistida, não há como deixar de lado a proteção que deve ser dada ao nascituro, a quem é concedida tutela jurídica (LIMA, 2011, p. 60-61).

Dessa forma, é inegável que o direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequando com a condição humana. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores do trabalho e da livre iniciativa.

Os direitos da personalidade não são dotados de natureza patrimonial, sendo inerentes as pessoas, e, por esta razão, possuem características únicas, tais quais generalidade, o caráter absoluto, intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade (LIMA, 2012, p. 8). Dessarte, vislumbra-se impossível a situação em que uma mãe abre mão ao conhecimento da identidade genética do filho, no caso da reprodução assistida.

Por não serem dotados de natureza patrimonial, os direitos da personalidade são plurais e subjetivos, o que significa dizer que não há como elaborar um rol taxativo destes direitos, tendo em vista que se evidenciam a cada nova situação não prevista pelo legislador. São direitos elásticos, que encontram limites, apenas, quando de frente ao direito da personalidade de outro indivíduo. Conforme bem explicita Selma Rodrigues Petterle, o sistema dos direitos fundamentais não está enclausurado, mas amplo e aberto, sendo ilusório imaginar que o rol da Constituição Federal pudesse prever todos os direitos mercedores da proteção constitucional (PETTERLE, 2007, p. 89-90).

Neste mesmo sentido é a cátedra de Orlando de Carvalho, quando afirma que os direitos da personalidade devem abarcar toda e qualquer manifestação, previsível ou imprevisível, da personalidade humana (CARVALHO, 1999, p. 541 e s.).

O exercício dos direitos da personalidade está vinculado ao direito à autonomia, vez que cabe ao indivíduo optar por exercer ou não estes direitos.

Conforme já citado, algumas características são inerentes ao direito da

personalidade, merecendo uma análise mais pormenorizada.

3.1 Características dos direitos da personalidade

Inicialmente, tem-se que os direitos da personalidade são *absolutos*, o que implica dizer que são oponíveis *erga omnes*, impondo à coletividade o dever de aceitar e respeitar as decisões alheias no que concerne a própria personalidade.

Referidos direitos são, ainda, *imprescritíveis*, ou seja, não há prazo legal para a busca por sua tutela, podendo sempre serem invocados pelo titular.

Outra característica inerente ao direito da personalidade é a *intransmissibilidade*, no sentido de que não é possível delegar a terceiro o exercício deste direito, o qual pode ser exercido apenas pelo titular.

No que tange a *irrenunciabilidade*, esta gera grande problemática no ordenamento, tendo em vista que, por ser vinculado a autonomia, cabe ao indivíduo decidir se deseja ou não exercer o seu direito da personalidade. Desta forma, afirmar serem tais direitos irrenunciáveis, implicaria em dizer que o indivíduo é obrigado a buscar a tutela desses direitos, independente de sua vontade. Contudo, é possível o entendimento de que a irrenunciabilidade está ligada ao fato de serem os direitos da personalidade imprescritíveis, no sentido de que o indivíduo, movido pela autonomia, tem o direito de escolha sobre exercer ou não tais direitos. Não há um prazo para que ele tome esta decisão, podendo vir a buscar a tutela a qualquer momento de sua existência. Assim, o fato do indivíduo optar por não exercer o direito num determinado momento, não significa que o renunciou ou que este deixa e ser necessário para que tenha uma existência digna.

Por fim, há a *extrapatrimonialidade* dos direitos da personalidade, por se tratarem estes de bens sem valores de mercado, não sendo possível comercializá-los ou estabelecer valores.

Estas são as principais características dos direitos da personalidade, contudo não se pode afirmar serem as únicas. Conforme já mencionado, tais direitos não possuem um rol taxativo, se manifestando das mais diversas maneiras, em razão do espaço de decisão pessoal do indivíduo e de sua liberdade para construir o próprio projeto de vida.

Com o avanço da biomedicina, o direito a origem genética tem ganhado espaço para debates na doutrina, pois se trata de um direito da personalidade, com todas as características que a estes se agregam. Na reprodução *in vitro*, o tema ganha repercussão ainda maior, tendo em vista a possibilidade ou não do exercício de um direito personalíssimo, inerente a criança gerada, pela mãe, no momento da contratação de referido método

reprodutivo, quando acorda com o sigilo do doador.

No campo do Direito privado, mais especificamente na Biomedicina, os direitos da personalidade caracterizam os limites que resguardam a pessoa humana e orientam este ramo que vem avançando lentamente de modo a garantir que tal avanço se dê sem ameaçar a pessoa e sua dignidade. O respeito aos direitos da personalidade garantem um respeito constante à ética nas pesquisas e procedimentos que envolvam seres humanos.

O mapeamento dos nossos genes, através do projeto genoma humano, vem causando grande revolução no conhecimento que o homem tem de si próprio, trazendo, ainda, problemáticas no que concerne a dignidade humana. Por esta razão, se faz necessária a intervenção do Direito, de modo a evitar a “coisificação” do homem, em meio a estes procedimentos.

A legislação pátria é lacunosa quanto ao tema, que é regulado por Resoluções do Conselho Federal de Medicina. O silêncio do Direito acerca deste tema gera questionamentos e conflitos entre princípios fundamentais à dignidade humana, principalmente no que tange o direito à origem genética, frente ao direito ao sigilo do doador, na reprodução assistida heteróloga, ficando a cargo do hermenauta aplicador do Direito encontrar uma solução.

Conforme defende Daniel Sarmento (2007), a personalidade possui uma dupla perspectiva: como centro de imputação e pressuposto para a aquisição de direitos e como objeto de direitos de personalidade e como tal merecedora de tutela jurídica. Um dos primeiros direitos reconhecidos ao homem foi a liberdade, a qual se encontra diretamente ligada a autonomia privada e as escolhas existenciais que refletem na personalidade da pessoa. Dentre estas escolhas, está àquela relacionada à identidade genética, garantida ao indivíduo por se tratar de um subprincípio da dignidade humana (REIS, 2009, p. 7).

3.2 Direito à origem genética

O avanço da biotecnologia traz grandes questionamentos acerca da vida humana. É intrínseca ao homem a busca pelo conhecimento e os avanços vivenciados na medicina genética tornam possível que o homem tenha um conhecimento mais profundo acerca de sua origem.

A engenharia genética, através da manipulação do DNA permite ao indivíduo uma certeza da sua origem genética, o que não era possível há um tempo, quando a origem do ser humano se definia conforme o vínculo de filiação.

Notavelmente o estudo da origem genética está diretamente vinculado aos direitos da personalidade, o qual, apesar de não elencar o rol da Constituição Federal de direitos

fundamentais, merece a mesma tutela destes, por se tratar de um desdobramento do princípio da dignidade humana. Por isso mesmo que esse tema dá ensejo a tantos debates, vez que são confrontados por questões de fundo moral e crença social, onde a Ética tem lugar de destaque, sendo a afirmação valorativa da dignidade da pessoa humana e a máxima expressão dos direitos de personalidade do indivíduo (LIMA, 2012, p. 14).

Quando se fala de reprodução assistida heteróloga, é majoritário o entendimento de que a mãe que se submete a estes procedimentos arca com todas as responsabilidades sobre a criança, eximindo o doador. Contudo, este pensamento majoritário tem como foco apenas os interesses da mãe e do doador, deixando de considerar o terceiro envolvido no procedimento: a criança gerada.

Nesse âmbito, merece destaque os dizeres de Guilherme Calmon, ao esclarecer a amplitude do direito à origem genética:

Além do direito ao nome, há outros elementos que devem, obrigatoriamente, ser concebidos na noção mais abrangente do direito à identidade pessoa. Devem, desse modo, ser considerados elementos relativos à integridade físico-psíquica da pessoa e à sua inserção na vida social, como a imagem de sua vida, sua história pessoa, sua honra objetiva e subjetiva, sua identidade sexual, sua identidade familiar, sua identidade cultural, política e religiosa, entre outros. [...]

A identidade pessoal, portanto, não se restringe ao nome, mas abrange outros elementos considerados fundamentais que se situam no campo pessoal, familiar, social e comunitário e, entre eles, se insere na história pessoal do indivíduo (GAMA, 2003, p. 905).

Sendo assim, o conhecimento da origem genética garante ao indivíduo uma integridade psíquica, física e corporal plenas, permitindo que conheça e compreenda suas características, tendo uma influência direta na sua identidade, individualidade e pessoalidade.

Todo indivíduo tem o direito à identidade genética, sendo este um direito fundamental inerente ao ser humano, logo, personalíssimo, indisponível e intransferível. Destarte, o exercício deste direito é exclusivo do sujeito concebido, não podendo ser afastado pela mãe, pelo doador ou, até mesmo, pela Lei (SPODE e SILVA, p. 8). Ou seja, resta clara a impossibilidade da mãe, quando procura uma clínica especializada em reprodução assistida, abrir mão do direito à identidade do filho que virá a conceber, concordando com o anonimato do doador.

O direito à identidade genética, como sobreposição do princípio da dignidade da pessoa humana, é essencial à formação do sujeito concebido como indivíduo, além de exercer grande influência na composição de sua personalidade, influenciando, diretamente, na sua autodeterminação. Privilegiar o anonimato do doador resulta, inevitavelmente, em uma obstacularização da efetivação de um direito fundamental concedido ao ser humano, qual seja, o conhecimento de sua descendência genética, resulta, ainda, em colocar obstáculos a sua

liberdade de agir.

4 CONSEQUÊNCIAS DO SIGILO DO DOADOR NA CRIANÇA GERADA

Restou demonstrado no capítulo anterior a essencialidade do conhecimento da origem genética para o desenvolvimento digno e saudável do indivíduo. No que concerne o a criança gerada através de reprodução assistida este conhecimento é imprescindível, dado que a concepção deste indivíduo ocorre de modo não natural.

As novas técnicas de reprodução servem àquelas mães que não podem ter filhos, seja por serem inférteis, seja por não terem um parceiro. A evolução da ciência tem possibilitado o surgimento da “supermãe”, aquela mãe que gerou e criou o filho sozinha, sem o auxílio da figura paterna, acreditando não precisar dele. A pressão social que se exerce em cima da mulher para procriar a leva a trocar o desejo de ter um filho, pelo desejo de maternidade, o qual é dotado de ganância e a faz buscar um filho como objeto de consumo e garantia de sua completude (BIAZUS, BOTTON, *et al.*, 2009, p. 207).

A segregação social, fruto dos preconceitos da sociedade, é capaz de afetar qualquer ser humano, seja ele adulto, criança ou adolescente. Certo é que a criança e o adolescente, por estarem ainda em desenvolvimento, sofrem consequências mais drásticas, pois é inerente a pessoa querer se ver inserida na sociedade.

Grande parte do drama pelo qual passa a criança gerada através de um meio de reprodução assistida se dá por não conhecer a sua origem, a sua descendência, a sua história genética. O acesso a identidade genética, conforme os dizeres de Leila Donizetti, “*constitui um dos pilares da identidade pessoal*” (2007, p. 80).

Estudos¹ apontam que crianças que crescem sem conhecer suas origens tendem a desenvolver transtornos psicológicos, ter pior desempenho na escola e maior dificuldade em se relacionar, além de se tornarem indivíduos mais carentes e dependentes de suas mães, por ser o único vínculo que tem com o a sua origem.

A identidade genética é de extrema relevância no âmbito da personalidade da pessoa, vez que possibilita a esta obter informações acerca de sua origem, construindo sua história e possibilitando o direito à vida, de maneira digna. Conhecer sua ascendência possibilita que a criança avalie não só suas características físicas, emocionais e intelectuais, mas permite, ainda, que ela se compreenda e se aceite como realmente é.

¹ Por exemplo, estudos europeus acerca da reprodução assistida e seus reflexos no seio familiar e na psique da pessoa “reproduzida” (GOLOMBOK, BREWAEYS, *et al.*, 1996).

O não conhecimento dessa genética, principalmente no que concerne a reprodução assistida heteróloga, onde a figura do pai é ausente, tem como consequências o aumento da delinquência juvenil, pois o indivíduo em desenvolvimento de vê tão perdido no meio da sociedade, sem saber exatamente de onde veio, sem se conhecer por completo, que envereda por caminhos desconhecidos e perigosos (PEREIRA, 2004, p. 389). O indivíduo que se desenvolve sem uma estrutura, sem o conhecimento pleno de si próprio tem maior tendência a sucumbir à marginalidade, além de se sentir inferiorizado, o que pode resultar em um adulto com baixa autoestima, com tendência a depressão, dentre outras doenças. Para comprovar este raciocínio, basta se imaginar uma situação comum na Europa, que vem, inclusive, gerando debates acerca da exclusão do dia dos pais do calendário: no segundo domingo do mês de agosto se comemora o dia dos pais e imagine-se agora, com 8 anos de idade, matriculado na escola, onde haverá um evento em comemoração a esta data, e os pais serão homenageados. Os pais de seus coleguinhas estão presentes, demonstrando orgulho dos filhos e você sequer sabe quem é o seu pai, se está vivo ou morto, se parece com você ou não. Esta situação vem se repetindo na sua vida há 8 anos e continuará se repetindo ano após ano. Qual você acha que é a consequência deste tipo de situação no desenvolvimento de uma criança? A situação tem se demonstrado de tamanho embaraço, que vem levando grupos da sociedade europeia a reivindicar o fim da comemoração do dia dos pais.

O tema do conhecimento de sua ascendência já vem sendo retratado há tempos. No filme “Central do Brasil”, vivenciamos a história do menino Josué, que cresceu sem saber quem era o seu pai, apenas imaginando um indivíduo, de acordo com os relatos de sua mãe. Esses relatos, a possibilidade da imagem paterna, possibilitou que o menino se estruturasse psiquicamente, se desenvolvendo como um sujeito. Com a morte de sua mãe, o menino Josué sai e busca deste pai, com o intuito de confirmar a imagem que tinha construído, de verificar quais qualidades tinham em comum, quais traços de sua personalidade havia herdado deste pai. Em síntese, Josué sai em busca da confirmação de sua origem genética, pois conhecer o seu pai significa entender melhor a si próprio.

A influência do doador de sêmen nas características das crianças que serão geradas se comprovam no momento em que a mãe escolhe o esperma daquele indivíduo.

Hoje em dia existem diversos sites que buscam ajudar crianças frutos de reprodução assistida a encontrar o seu doador. Estes sites possibilitam, mais do que o encontro do doador, que se encontre meios-irmãos espalhados pelo mundo. Quando o indivíduo se voluntaria a doar esperma, a clínica especializada lhe garante que não irá utilizar seu material mais do que vinte vezes, na mesma região. Contudo, na prática acontece

justamente o contrário, porque alguns doadores se tornam populares dentre as mães, devido as suas qualidades físicas e intelectuais, seu porte atlético etc. Isso comprova que as qualidades da criança que será gerada são diretamente influenciadas pelas qualidades do doador.

Recentemente foi exibido no canal MTV um documentário, que deu origem a diversas reportagens, dividido em episódios, que trata justamente sobre este tema. A série-documentário “Geração *in vitro*”, conta a jornada de Breeanna, uma adolescente de 17 anos dos EUA, criada por um casal homoafetivo, que descobre, através de um site, que tem, pelo menos 15 meio-irmãos, frutos do doador #1096. Breeanna sai então em busca destes irmão e descobre que tem características parecidas com as deles, cria laços afetivos e juntos eles saem em busca do doador. Estes irmãos, criados por famílias diferentes, em ambientes distintos, religiões distintas, descobrem que tem muito em comum e , com a ajuda uns dos outro, vão completando o conhecimento de sua personalidade. Mais do que isso, com a ficha do doador, onde consta as informações físicas, intelectuais, as habilidades esportivas, a profissão, eles começam a se entender melhor, como é o caso de Jesse, um dos meio-irmãos de Breeanna, que descobre que herdou o talento para o esporte do doador.

O mais interessante na série não é a busca pelo doador, mas a constatação do quanto a origem genética tem influência na personalidade do indivíduo. Nem todos os meio-irmãos tem interesse em conhecer a identidade do doador, e vale ressaltar que aqueles que não tem este interesse foram criados em uma família estruturada, no sentido tradicional, ou seja, com uma figura materna e uma figura paterna para lhe darem carinho e suporte, contudo, todos se unem para ajudar aqueles que querem conhecer o indivíduo conhecido como #1096 e, nesta busca, mesmo aqueles que não tem este interesse descobrem mais sobre si mesmos e sua personalidade. Eles criam um vínculo afetivo formando uma “nova família” ou uma “família extensiva”.

Em entrevista a um site que publicou reportagem sobre a história, Breeanna, disse que foi motivada a sair em busca do doador, por acreditar que a genética é grande parte do que nós somos e de onde viemos. Ela percebia não ter tantas semelhanças com a mãe e, por curiosidade, decidiu iniciar esta jornada, afim de descobrir mais sobre si mesma.²

É possível, ainda, observar a diferença no desenvolvimento daqueles criados em um ambiente familiar estruturado e aqueles que não tiveram a figura paterna. Estes se sentem

² “There are a lot of things that I know I'm nto like my mom in certain ways. I'm just a curious person. I wanted to know more about myself by knowing more than what the profile we received told me” (Generation Cryo' half-siblings appear on 'Today': 'I feel like family').

excluídos da sociedade, de alguma forma, não se sentem completos e sempre levantam o fato de sentirem que falta algo. Já aqueles, embora não conheçam o seu pai biológico e, assim como os demais, não tem acesso a sua origem genética, se sentem menos incompletos, pois, perante a sociedade, nada lhes falta, eles não tem o sentimento de inferioridade que os demais tem, por não ter a figura paterna ao seu lado durante o seu crescimento.

4.1 O princípio do melhor interesse da criança

A Assembleia Geral das Nações Unidas (1989), juntamente com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, definiu os direitos humanos comuns a todas as crianças, implicando no seu reconhecimento como sujeito de direitos. Como consequência, surgiu a “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”, adotada pelo Brasil, a qual reconhece que a criança e o adolescente são pessoas humanas em processo de desenvolvimento, conforme disposto no art. 15, Estatuto da Criança e do Adolescente: *A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis* (SPENCER, 2012, p. 16).

A criança e o adolescente, como indivíduos em desenvolvimento, não tem pleno conhecimento de seus direitos, ou condições para defendê-los diante de ameaças de violações, razão pela qual é imposto à sociedade, de forma integrada, a garantia destes direitos, de modo a proteger integralmente estes indivíduos vulneráveis. A Constituição federal adota a “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, Constituição federal, 1988).

Deste modo surge o princípio do melhor interesse da criança, o qual implica em um agir visando, sempre, o interesse do menor, de modo que se respeite sua prioridade e se opte pela melhor solução, sob o prisma da pessoa em fase especial em desenvolvimento. Não se trata meramente de uma orientação ética, mas de uma diretriz determinante nas relações que envolvam a criança e o adolescente com seus pais, sua família, a sociedade ou, até mesmo, o Estado, sendo seus interesses tutelados como prioritários (LÔBO, 2004, p. 333).

Tal prerrogativa se inaugurou na Declaração de Genebra (1924), aparecendo novamente na Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), mas se consagrou com a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), a qual afirmou que:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. (BRASIL, 1959)

Resta clara, então, a primazia do direito da criança e do adolescente frente aos demais. Neste diapasão, havendo um conflito entre o direito do doador a permanecer anônimo, tendo como fundamento sua privacidade, e o direito da criança gerada em ter acesso à sua origem genética, este deve prevalecer, por se tratar de direito fundamental e imprescindível ao pleno desenvolvimento do menor como pessoa. Não deve o interesse dos pais ou do doador ser tido como o único relevante quando se discute a satisfação da criança. Conforme defendido por Andréa Rodrigues Amin, o princípio do melhor interesse da criança se trata de um princípio orientador para o legislador e para o aplicador do direito, que devem sempre ter em mente a primazia das necessidades da criança e do adolescente no momento de solucionar conflitos, interpretar a lei ou elaborar futuras normas (AMIN, 2011, p. 28).

5 DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DE FILIAÇÃO E DIREITO À ORIGEM GENÉTICA

O objetivo deste trabalho não é defender que as crianças concebidas por reprodução assistida tenham direito de filiação, com consequentes direitos sucessórios em face do doador, mas sim que tenham direito a acessar a sua origem genética.

Para compreender melhor a distinção entre o direito de filiação e o direito à identidade genética, é preciso entender a família democrática.

5.1 Família Democrática

A família é a célula básica da sociedade (PEREIRA, 2012, p. 1). Hodiernamente, é cogente a compreensão da família como instrumento interdisciplinar. Neste sentido, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias advertem:

Dúvida inexistente de que a família, na história dos agrupamentos humanos é o que parece a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos (perspectivas científicas), numa espécie de “**paleontologia social**” (g.n.).

É certo que o ser humano nasce inserto no seio familiar – estrutura básica social – de onde se inicia a **moldagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal** (g.n.).

No âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, filosófico..., também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz (ROSENVALD e FARIAS, 2011, p. 30).

Neste diapasão, a família, como primeiro aspecto de inserção do ser humano na sociedade, consiste em mecanismo elementar de contato do homem com normas morais e sociais.

Ao longo dos séculos, a família sofreu mudanças, sendo tida, em parte do Século XX, como instituição em crise, decadente e destinada a desaparecer (COOPER *apud* MORAES, 2006). Contudo, nas últimas décadas, esta visão se transformou, passando o ambiente familiar a ser dotado de certa magnificência, se tornando um escopo comum de vida.

A crise no âmbito do direito da família se deu não em face da família em si, mas sim do modelo familiar único, absoluto e totalizante, no qual havia um marido, chefe da sociedade conjugal e principal titular do pátrio poder. As mudanças sociais, tais quais a

inserção da mulher no mercado de trabalho, crianças nascidas de pais não casados, compartilhamento dos encargos domésticos etc, provocaram a queda do sistema tradicional de família, tendo como consequência a criação no novo modelo familiar – o modelo democrático.

Ao contrário do que ocorria na família tradicional, a família democrática se rege pela igualdade, liberdade e solidariedade, com tendência a se tornar um grupo cada vez menos organizado, menos hierarquizado e independente de laços consanguíneos, tendo os sentimentos, a afetividade, peso maior que o sangue. Nesta família, o filho tem papel central, devendo os pais zelarem, igualmente, por seu melhor interesse.

Com a democratização de seu instituto, a família deixa de ser tida como uma mera instituição e passa a ser vista como família-instrumento, com a função de propiciar um ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade de todos os seus membros. A família serve, agora, com instrumento de realização da pessoa humana.

5.2 Estado de filiação: conceito, posse e consequências

A filiação pode ser biológica ou não-biológica. É a qualificação jurídica da relação de parentesco estabelecida entre duas pessoas, onde uma ocupa a posição de filho e a outra a posição de pai ou mãe, compreendendo um conjunto de direitos e deveres. Não necessária deriva de uma consanguinidade entre os envolvidos, pois surge da convivência familiar, da afetividade construída e consolidada no dia-a-dia.

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 [...] (CORNU, 2003, p. 325).

A posse do estado de filiação é constituída no momento em que um indivíduo assume o papel de filho e outro assume o papel de pai, exteriorizando a convivência familiar e a afetividade. Ela surge quando é visível para a sociedade que aqueles indivíduos constituem uma família, tendo um vínculo afetivo e social profundo entre eles, independente do vínculo biológico. O afeto não tem ligação com a biologia, sendo consequência da convivência familiar (LÔBO, 2004, p. 326 e s.). Neste contexto, festejado o dizer de Everton Leandro da Costa:

Hoje, temos por bem, dar valor ao sentimento, a afeição, ao amor da verdadeira paternidade, não sobrepujar a origem biológica do filho e desmistificar a supremacia da consanguinidade, visto que a família afetiva foi constitucionalmente reconhecida e não há motivos para os operários do direito que se rotulam como biólogos e se oporem resistência à filiação sociológica. Essa é a realidade!

A filiação socioafetiva é compreendida como uma relação jurídica de afeto com o filho de criação, como naqueles casos que mesmo sem nenhum vínculo biológico os pais criam uma criança por mera opção, velando-lhe todo amor, cuidado, ternura,

enfim, uma família, em tese, perfeita (COSTA, 2014).

Como toda relação jurídica, o estado de filiação acarreta direitos e deveres dos indivíduos, principalmente daquele que assume o papel de pai, que passa a ter o dever de paternidade responsável e, em decorrência, o dever de prover assistência moral, afetiva, matéria e intelectual, além de garantir direitos sucessórios a este.

O não exercício da paternidade responsável acarreta em responsabilidade civil do indivíduo, nos moldes do disposto nos artigos 5.º, 18, 22, Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 186 e 927, Código Civil e artigos 244, 245, 246 e 247, Código Penal (CARDIN e E ROSA, p. 244).

Cumpram-se enfatizar que o direito à origem genética e a filiação tem natureza jurídicas distintas. Enquanto o estado de filiação, decorrente da estabilidade dos laços afetivos que se constroem do convívio cotidiano entre pai e filho, tem natureza de direito de família, o direito ao acesso à origem genética detém natureza de direito de personalidade, não havendo ligação entre a tutela deste e a investigação de paternidade para estabelecimento de vínculos jurídicos.

Independente de ter ou não em sua vida a presença de um pai afetivo, é assegurado a toda e qualquer pessoa o conhecimento de sua identidade genética, como um direito de personalidade capaz de garantir o seu desenvolvimento e o estabelecimento de uma vida social digna. É plenamente possível ao filho reivindicar os dados genéticos do doador, para fins de personalidade, sem que tenha o escopo de atribuição de paternidade.

Ratificando este entendimento, tem-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná:

1 A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula n. 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, emanando do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestado em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do Direito Civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.

A jurisprudência supratranscrita demonstra, justamente, que os Tribunais pátrios vêm se manifestando no sentido de privilegiar a relação socioafetiva. Na jurisprudência em análise, discute-se o caso de um indivíduo adotado, contudo, é possível, através de analogia, aplicar o mesmo raciocínio e princípios ao caso do indivíduo concebido através da reprodução

assistia.

O Conselho Federal de Medicina garante o sigilo do doador, no Capítulo IV, item 4, da RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013, entretanto, prevê a possibilidade de quebra deste sigilo, sob determinação judicial, em situações específicas.

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

O sigilo do doador tem fundamento no direito à intimidade e ao medo de que a quebra de sigilo minimize as doações. No que tange o direito à intimidade, tal direito não pode ser tido como intangível, devendo-se compreender que “*a vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade*” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 424). Neste sentido, o direito à intimidade de um indivíduo deve ser limitado quando prejudicial ao exercício de direito fundamental de outrem. Conforme pontuado por Guilherme Calmon

Mesmo para aqueles que consideram o anonimato em caráter absoluto, tal afirmação deve necessariamente ceder a interesses maiores que se revelam pelo risco concreto de doenças hereditárias ou genéticas que podem ser prevenidas ou mais bem tratadas em relação à pessoa concebida com o auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga. Não como reconhecer que o anonimato do doador possa prevalecer perante à iminente lesão à vida ou à higidez físico-corporal da pessoa que foi gerada com material fecundante do primeiro. Ainda que se fundamente o anonimato com base na intimidade e privacidade do doador, logicamente que tal direito fundamental deverá ceder quando colocado em confronto com o direito à vida e, nele inserido, o direito à vida de outra pessoa.

[...]

O direito à identidade pessoal, com importantes reflexos no pleno desenvolvimento da pessoa humana no contexto de uma vida sadia, deve prevalecer, como regra, ao direito à intimidade do doador (CALMON, 2003, p. 904).

Garantir o direito à obtenção das informações do doador não é o mesmo que garantir o direito à filiação. Não se nega que, apesar de consistir em um ato consciente, o que atribui certas responsabilidades, do doador, o ato de doar material genético também constitui um ato altruísta e solidário por parte deste, que não tem interesse em criar laço afetivo com o menor. Ao contrário, admite-se, aqui, que o estado de filiação só é possível através de um vínculo de afeto, que surge da convivência entre as partes, o que, *a priori*, não ocorre entre o sujeito concebido por inseminação artificial e o doador.

Entretanto, a criança, como ser vulnerável, deve ser o centro da relação, e, por isso, ter seus direitos protegidos acima dos demais. Isso significa dizer que, independente do direito à identidade e do ato solidário por parte do doador, deve sim ser possível a quebra do sigilo, em favor do indivíduo concebido, haja vista que o conhecimento à sua identidade genética é inerente a sua condição de pessoa, sendo fundamental ao seu desenvolvimento pleno, a sua inserção na sociedade e ao conhecimento de si mesmo, através de sua história e

da história de seus ascendentes. A cláusula geral implícita na busca da identidade genética é a tutela de todas as manifestações essenciais da personalidade humana. Destarte, privar um indivíduo o acesso a sua origem genética implica numa negação de sua dignidade (ZANATTA e ENRICONE, 2010, p. 105).

Neste sentido tem se manifestado a jurisprudência internacional, como a Alemã, por exemplo, que, em 1997, através do Tribunal Constitucional alemão, garantiu o acesso à identidade genética aos indivíduos, sem relação de parentesco ou os efeitos decorrentes do direito de família (LÔBO, 2004, p. 341) Este posicionamento tem vinculado os demais tribunais alemães, como ocorreu no Tribunal Superior Estadual de Hamm (2013), onde a Requerente, Sarah P., fruto de reprodução assistida, teve garantido o seu direito de conhecer a identidade do doador. Referido tribunal justificou a sentença com base no livre desenvolvimento da personalidade, alegando que “*O interesse da pleiteante, de saber sobre sua origem, coloca-se acima do direito do acusado ou o doador ao sigilo dos dados da doação*”.

Outros Estados tem se posicionado no mesmo sentido que a Corte Alemã, como a França, que, pautada na necessidade de informações básicas sobre a sanidade, identidade e condições genéticas, no interesse do menor, criou a Lei n 2002-93, de 22 de janeiro de 2002, possibilitando o acesso às origens genéticas daquelas crianças que não tem uma estrutura familiar para lhe dar suporte. Na Suécia, é previsto o direito da pessoa de obter as informações do doador, após atingida a maioridade.

No Brasil, contudo, a jurisprudência é confusa, não havendo um entendimento pacífico. Dentro do Superior Tribunal Federal, há uma divergência, quando, no HC 71.373/RS, o Ministro Marco Aurélio se manifestou no sentido de não permitir a confirmação da identidade do doador através do exame de DNA, fundado no direito a intimidade e da intangibilidade do corpo humano, enquanto, no mesmo processo, o Ministro Francisco Rezek se manifesta em sentido contrário, fundando-se no direito à origem genética:

É alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do direito do investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer a sua origem genética. A verdade jurídica geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica. (HC n 71.373-4-RS).

A Corte Superior de Justiça se pronunciou à favor da quebra do sigilo, quando a Quarta Turma, por unanimidade, no Resp. n 140. 665- MG, publicado no *DJe* em 03.11.1998, decidiu que “*na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz*”. (LÔBO, 2004, p. 343)

Não restam dúvidas que o ordenamento jurídico brasileiro tem muito que amadurecer quanto ao tema, mas, mais do que isso, é essencial a criação de uma lei que tutele o assunto, evitando jurisprudências contrárias e buscando proteger o interesse dos envolvidos, principalmente o do menor, por ser o mais vulnerável na relação.

6 CONCLUSÃO

Restou comprovado até o presente momento a importância do direito à origem genética no desenvolvimento pleno do indivíduo, configurando um direito fundamental deste, diretamente vinculado a sua dignidade como pessoa.

Os avanços na ciência possibilitam o conhecimento pleno da origem genética, através do exame de DNA, garantindo ao indivíduo não apenas a certeza de suas origens biológicas, mas o acesso a sua história e de seus ascendentes de modo que possa conhecer melhor a si mesmo e se inserir na sociedade.

Este conhecimento não está vinculado ao estado de filiação, existente entre pais e filhos que convivem diariamente, criando laços afetivos, independente de compartilharem a mesma genética.

O empecilho imposto por alguns ao acesso à informação genética está vinculado ao sigilo o doador, sendo suscitado a sua relação com o direito à intimidade, que também tem natureza de direito fundamental ao indivíduo.

Contudo, diante deste conflito, na ponderação dos princípios, deve prevalecer o direito ao conhecimento da ascendência biológica, por se tratar do direito de uma pessoa mais vulnerável – a criança e o adolescente –, conforme exposto.

O indivíduo gerado por técnica de reprodução assistida deve sim ter o direito ao acesso as informações do doador, afim de conhecer sua origem genética e garantir sua dignidade. Contudo, não há que se falar em reconhecimento de filiação entre estes, pois ausente os requisitos essenciais, como convívio diário e relação de afeto entre pai e filho.

Apesar de se defender a não existência do estado de filiação entre o doador e o indivíduo gerado, não há que se ter como impossível uma relação saudável entre eles. A criança, mais do que o direito de ir atrás de sua identidade, tem o direito a oportunidade de conviver com os seus ascendentes biológicos, sem qualquer interesse patrimonial.

É compreensível e pacífico o entendimento de que, no momento da doação, o doador não tem qualquer interesse em se relacionar com aquele indivíduo que será concebido. Porém, nada impede que, no futuro, quando este indivíduo o procure, para conhecer melhor sua história e se autoconhecer, eles descubram coisas em comum e mantenham uma relação de amizade, que pode vir a ser saudável para os dois.

A situação acima descrita ocorreu Cheyenne, criança norte-americana concebida por reprodução assistida. Os pais da menina, através de um site que ajuda pessoas que tem interesse de conhecer o doador, descobriram que a menina tinha mais treze meio-irmãos. Eles

entraram em contato com a família desses irmãos e foi estabelecida uma relação entre Cheyenne e eles. Um tempo depois, conseguiram contato com o doador e todo verão a menina se encontra com seu ascendente biológico. Os pais afetivos da menina afirmam que a relação que ela mantém com os meio-irmãos e com o doador influencia positivamente a sua vida.

Este caso serve para demonstrar que o conhecimento da identidade do doador não pode ter consequências apenas negativas. É possível que se estabeleça uma conexão entre a criança e o doador, que será positiva para ambos, sem que se fale em reconhecimento do estado afetivo. Ao contrário do que muitos afirmam, a quebra do sigilo não está diretamente vinculada as obrigações oriundas do direito de família.

Entretanto, certo é que a ausência de legislação específica acerca do tema é a principal causa de tantos questionamentos e exige uma maior participação do Judiciário para a afirmação do direito à origem genética. Enquanto houver essa lacuna legal, o tema fica sujeito as interpretações dos aplicadores do Direito, dando margem a situações diversas.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, S. C. O nascituro no código civil e no direito constituído do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 25, 1998. n. 97.
- AMIN, A. R. **Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 4. Ed. Rev. E atua. Conforme a Lei n. 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ANDORNO, R.. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: _____ **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ANDRADE, D. A. D.; CHAGAS, M. C. **Limitações ao anonimato dos doadores de material genético nas fecundações artificiais humanas frente ao direito à informação do receptor**: uma nova mirada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE. Fortaleza: CONPEDI. 2010. p. 705-716.
- BARBOZA, H. H. Genes Humanos e o Princípio da Dignidade Humana. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Curitiba, v. 13 e 14, 2005-2006.
- BIAZUS, C. B. et al. As implicações da reprodução assistida na constituição subjetiva infantil. **Revista de psicologia da IMED**, 2009, v. 1, 2009. Ano n.2.
- CARDIN, V. S. G.; E ROSA, L. C. B. **Da realização do projeto homoparental em face a vulnerabilidade das crianças envolvidas**. [S.l.].
- CARVALHO, O. **O homem e o tempo**. Porto: Fundação Engenheiro Antonio de Almeida, 1999.
- CORNU, G. **Droit Civil: La Famille**. 8.^a. ed. Paris: Montchrestien, 2003.
- COSTA, E. L. D. Paternidade sócio-afetiva. **IBDFAM**, 2014. Disponível em: <www.idbfam.org.br>. Acesso em: 10 dez. 2014.
- DONIZETTI, L. **Filiação sócio-afetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GAMA, G. C. N. D. **A nova filiação – O biodireito e as relações parentais**: o

estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 2003.

GENERATION Cryo' half-siblings appear on 'Today': 'I feel like family'. **Zap2it**. Disponível em: http://www.zap2it.com/blogs/generation_cryo_half-siblings_appear_on_today_i_feel_like_family-2013-11>. Acesso em: 10 dez. 2014.

GOLOMBOK, S. et al. **European Study of Assisted Reproduction Families: family functioning and child development**. [S.l.]. 1996.

LAFER, C. Declaração Universal de Direitos Humanos. In: MAGNOLI, D. **História da paz: os tratados que desenharam o planeta**. São Paulo: Contexto, 2008.

LIMA, B. C. D. A. A. E. **O Direito à Origem Genética e a Tutela da Personalidade nos Casos de Inseminação Artificial Heteróloga**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.

LIMA, J. D. L. **Inseminação artificial heteróloga por família monoparental: uma colisão de direitos fundamentais entre o direito de alimentos do nascido e o anonimato do doador**. Passo Fundo: [s.n.], 2011.

LÔBO, P. L. N. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: FARIAS, C. C. D. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MEIRELLES, J. M. L. D. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, M. C. B. D. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 6.^a ed. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORALES, P. D. C. O direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida. **PUC/RS - Banco de Trabalhos de Conclusão de Curso**, 2007. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Priscila_Castro.pdf>. Acesso em: 24 novembro 2014.

PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil**. 21.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, R. D. C. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalista**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERLINGIERI, P. **Perfis de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

REIS, C. E. S. **Direitos da personalidade na reprodução assistida heteróloga**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIBEIRO, G. P. L. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo código civil. In: TEIXEIRA, A. C. B.; RIBEIRO, G. P. L. **Manual de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ROSENVALD, N.; E FARIAS, C. C. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, D. **Interesses Públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SPENCER, L. G. **O direito fundamental ao conhecimento da identidade genética na reprodução assistida heterológica**. [S.l.]. 2012.

SPODE, S.; SILVA, T. V. S. D. **O direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo**. [S.l.].

TEIXEIRA, A. C. B.; RODRIGUES, R. D. L. Aspectos gerais dos direitos da personalidade. In: TEIXEIRA, A. C. B.; RIBEIRO, G. P. L. **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Del Rey: Belo Horizonte, 2011.

ZANATTA, A. M.; ENRICONE, G. **Inseminação artificial: doação anônima de Sêmen e a possibilidade jurídica de quebra de sigilo**. [S.l.]. 2010.