

O DIREITO DE ACESSO À IDENTIDADE GENÉTICA EM FRENTE AO DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO: UMA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE RIGHT TO ACCESS THE GENETIC INDENTITY AGAINST THE RIGHT OF ANONYMITY OF THE GENETIC MATERIAL DONOR: A FUNDAMENTAL RIGHT COLLISION

*Daniela Braga Paiano**
*Guilherme Murinelli Francisco***

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre a bioética e o biodireito, suas distinções e conceitos. Aborda a reprodução humana assistida, suas técnicas e classificação. No âmbito da classificação, analisa, em especial, a reprodução humana heteróloga, quando o filho é gerado por material genético de um terceiro que não do próprio casal que deseja de ter a criança; as controvérsias decorrentes dessa reprodução humana – como na hipótese

* Graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo de Ensino (2000); mestrado em Direito pela Universidade de Marília (2006). Atualmente é advogada (Escritório de Advocacia); professora da Universidade Norte do Paraná, em Londrina e Arapongas e professora da Faculdade Catuaí, Pós-Graduação da UEL - Direito de Família; professora convidada da Fempar, Londrina – Direito de Família e sucessões. Possui formação completa em Inglês pela Escola de Idiomas Fisk (1999); tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: civil e processo civil, meio ambiente, direitos humanos e biodireito. Contato: danielapaiano@hotmail.com

** Graduação em Direito pela Universidade Norte do Paraná (2011); advogado; assistente jurídico na Procuradoria Jurídica do Município de Arapongas; pós-graduando em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Possui formação completa em inglês pela Escola de idiomas Fisk (2004). Contato: gui_murinelli@hotmail.com

de o marido que concorda com a inseminação heteróloga e, após o nascimento, recusa-se a reconhecer a criança como seu filho; se há algum vínculo jurídico entre esse filho e o terceiro que doou o material genético; o direito aos alimentos e à sucessão entre estes. Trata, ainda, do direito de acesso à identidade genética, seu conceito e características como um direito da personalidade e fundamental. Em contraposição, analisa o direito ao anonimato do doador de material genético, seu conceito, *status* de direito da personalidade e fundamental, protegido pelo direito à intimidade. Destaca a colisão de direitos fundamentais gerada pelo conflito entre o direito de acesso à identidade genética e o direito ao anonimato do doador de material genético, assim como aponta a solução desse conflito pelo princípio da proporcionalidade e, por fim, enfatiza a opinião doutrinária para a solução do referido conflito no caso concreto.

Palavras-chave: Direito à identidade genética. Direito ao anonimato do doador de material genético. Colisão de direitos fundamentais. Biodireito.

ABSTRACT

The present paper is about the bioethics and the biolaw, their distinctions and concepts. It also checks the assisted human reproduction, its techniques and classification. In the framework of the classification it specially analyzes the heterologous human reproduction, when the child is generated by genetic material of a third person that isn't the couple who wishes to have a child. The controversies come from this human reproduction as in the hypothesis of a husband, who agrees with the heterologous insemination, and, after the birth of the baby, he refuses to recognize the child as his, if there is a legal relationship between this child and the third one who donates the genetic material, if there is a possibility of inheritance and financial support between them. It even analyses the way of access the genetic identity, its meaning and its characteristics, as the right of the personality and fundamental. In contrast, it analyzes the right of anonymity of the genetic material donor, its meaning, its status of the personality and fundamental rights which is protected by the right of intimacy. Then, it highlights the fundamental rights collision caused by the conflict between the right to access the genetic identity and the right of anonymity of the

genetic material donor. Finally, it analyses the conflict resolution by the proportionality principle, the doctrinal opinion for the solution for this conflict in a factual case.

Keywords: The right of genetic identity. The right of anonymity of the genetic material donor. Resolution of the fundamental rights collision. Biolaw.

INTRODUÇÃO

Atualmente há um número crescente de crianças concebidas por meio de técnicas de reprodução humana assistida. Tal fato pode ser creditado a uma constante e rápida evolução da medicina, que descobre formas mais seguras e efetivas para a utilização da referida técnica de reprodução.

Este trabalho analisará o direito de acesso à identidade genética, ante a omissão legislativa sobre o tema, e o seu conflito no caso concreto com o direito ao anonimato do doador de material genético.

Para a abordagem do tema central, faz-se necessário, embora de forma sucinta, analisar os institutos da bioética e do biodireito, assim como as técnicas de reprodução humana assistida e sua classificação.

No âmbito da classificação da reprodução humana assistida, será estudada a reprodução humana heteróloga e as controvérsias decorrentes de sua utilização – como a questão do direito a alimentos e sucessão entre o filho gerado pela reprodução heteróloga e o terceiro que forneceu o material genético e, principalmente, o direito de acesso à identidade genética, assim como suas características de um direito fundamental e personalíssimo, protegido pela dignidade da pessoa humana.

Em contraposição, será estudado o direito ao anonimato do doador de material genético, seu conceito e suas características de direito fundamental e personalíssimo e, ainda, a proteção que o direito à intimidade lhe confere.

Desse modo, ocorrerá uma colisão de direitos fundamentais e será analisada a solução do referido conflito entre direitos fundamentais no ordenamento pátrio, assim como a posição doutrinária sobre em quais casos poderá ser quebrado o anonimato do doador de material genético.

Assim, será analisado o caso concreto e suas peculiaridades, abordando-se qual dos dois direitos deve prevalecer, o direito ao anonimato ou o direito à identidade genética.

Nesses moldes, o presente trabalho analisa doutrinas clássicas e obras complementares para demonstrar qual dos dois direitos fundamentais prevalecerá no caso concreto.

BIOÉTICA E BIODIREITO

Para possibilitar uma melhor compreensão do que venha a ser direito de acesso à identidade genética e sua relação com o direito ao anonimato do doador de material genético, diante da ausência de legislação para regulamentá-los, faz-se necessário elaborar algumas considerações sobre os institutos da bioética e do biodireito, pois estes trarão uma limitação ao poder de atuação da biotecnologia que não existe legalmente.

BIOÉTICA

O nascimento da bioética ocorreu na década de 70, nos Estados Unidos da América, conforme leciona Ivan de Oliveira Silva:

[...] conta com pouco mais de trinta anos e teve sua origem atribuída ao oncologista Von Rensselaer Potter (Madison, EUA), autor da obra bioética: ponte para o futuro. Entretanto nesta gênese, a expressão carregava uma preocupação muito mais ampla e, por conseguinte, uma inquestionável visão volta para a defesa da ecologia¹

Para Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, o desenvolvimento da bioética ocorreu “[...] em 1972, quando o doutor André Hellegger iniciou em Washington DC, o primeiro instituto de bioética: Joseph em Rose Kennedy Institut for Study of Human Reproduction and Bioethics”.²

O doutor André Hellegger alterou o sentido do termo bioética, não o tratando como o da ecologia, mas como um termo aplicado à proteção do ser humano. Conforme explica Fátima Oliveira, a bioética “[...] dizia respeito especificamente ao ser humano e as biociências médicas”.³

A bioética é, então, dividida em dois campos: a macrobioética, responsável pelo estudo da relação homem e ambiente; e a microbioética, que estuda a relação médico e paciente, ambas preocupadas em proporcionar uma melhor qualidade de vida ao homem.⁴

A bioética demonstra uma preocupação em proteger o homem e o respeito à condição humana, impondo limites para o ramo da investigação científica direcionada ao ser humano.⁵

Nas palavras de Givanildo Nogueira Constantinov está a definição mais simples do que vem a ser bioética: “[...] pode ser considerada como a ética da vida (bio + ética)”.⁶

Assim, pode-se entender a bioética como a ética da vida, pois é a aplicação da ciência da ética, que visa a determinar as condutas humanas para o bem da sociedade, considerando os problemas que emanam das novas descobertas científicas que envolvem a vida do ser humano.

Para Maria de Fátima Freire de Sá, a bioética pode ser conceituada como “[...] a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas médicas e biológicas, avaliando suas implicações na sociedade e as relações entre os homens e entre estes e outro seres vivos”.⁷

Sabe-se que os modelos de ética mais conhecidos atualmente são o deontológico kantiano, que se baseia na perspectiva crítica e fundamentação apriorística, e o consequencialista utilitarista, baseado na experiência com uma análise não crítica. Para que a bioética possa desempenhar sua função de preservar a vida humana, necessita de uma ética que seja crítica a partir da análise da experiência da gestão da vida.⁸

Por essa razão, “[...] a bioética deve utilizar uma ética que seja crítica não numa perspectiva apriorística como em Kant, nem puramente baseada em fatos como o utilitarismo, mas crítica a partir da experiência da facticidade”.⁹

Assim, ela possui a hermenêutica crítica como o tipo de ética em que se baseia atualmente. Nas palavras de José Roque Junges:

Os novos campos científicos surgiram no contexto da segunda ruptura epistemológica que novamente reaproxima a ciência do senso comum rejeitado na primeira ruptura. A bioética é um desses campos. Como

a segunda ruptura exige hermenêutica, porque atualmente a própria ciência tornou-se senso comum, exigindo senso crítico em relação a ela, a bioética, nascida no bojo dessa segunda ruptura, precisa assumir a hermenêutica crítica como modelo para sua ética. Do contrário ficará na superfície dos problemas éticos [...].¹⁰

Diante dos referidos conceitos de bioética, é possível extrair seus objetivos, que são a “[...] busca de benefícios e a garantia da integridade do ser humano, tendo como fio condutor o princípio básico da defesa da dignidade da pessoa humana”.¹¹

Portanto, a bioética visa à proteção da vida humana, diante dos avanços médico-científicos, tentando evitar, por meio de um pensamento ético, os abusos que possam ser cometidos pelos pesquisadores, principalmente no que tange a experimentos científicos que possam atingir os seres humanos.

BIODIREITO

Os avanços tecnológicos, na área de pesquisa médica, podem trazer sérias consequências ao meio ambiente, assim como à própria existência do ser humano, na medida em que os seus excessos poderiam causar um desequilíbrio para a vida no planeta.¹²

O modo de evitar os referidos excessos é com o pensamento ético existente sobre as novas técnicas médicas científicas aplicadas ao ser humano, que, como já visto, é realizado pela bioética. Surge, então, a necessidade de normatizar esses pensamentos e limitar legalmente as pesquisas científicas. Maria de Fátima Freire de Sá explica como ocorre o processo de surgimento do biodireito:

[...] o encontro da Ética, que tem como subconjunto a Moral, com elementos da Biomedicina, surge uma nova área do conhecimento, que é a Bioética. Portanto, é a Bioética um ramo da ética, quando se estuda o fato relacionado à Biomedicina e será o bem o valor nuclear a dar conteúdo às normas pertinentes a esse fato. Todavia, se as normas éticas forem eleitas pelo legislador, como de suma relevância para os fins desejados pelo mesmo, serão estas normas validadas, no que diz respeito ao Direito, surgindo, então, o Biodireito. Nesse sentido, o Biodireito será um ramo do Direito, mas abrangerá a Bioética.¹³

Portanto, o biodireito é a positivação das normas que tratam das questões da saúde e pesquisas científicas aplicadas ao homem, podendo impor sanções pelas suas violações.

Com uma preocupação maior com o ser humano e as consequências das experiências médicas que envolvem o homem, no âmbito jurídico, Ivan de Oliveira Silva assevera: “[...] o biodireito, consoante diretriz presente na Constituição Federal, assim como outros ramos do direito, ocupa-se com o tratamento jurídico relacionado à vida humana, em especial, com as novas técnicas de reprodução humana assistida e as suas consequências na rotina forense”.¹⁴

Assim, o biodireito pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas positivadas que impõe ou proíbe certas condutas médicas científicas, sancionando os seus infratores e estabelecendo a obrigatoriedade legal dos pensamentos bioéticos.¹⁵

O biodireito não possui, como um de seus objetivos, proibir as pesquisas científicas que possam ser aplicadas à saúde do homem, apenas visa a limitá-las, para que não haja malefícios à sociedade. Ivan de Oliveira Silva adverte que “[...] o biodireito não tem como alvo a proibição do avanço tecnológico, longe disso, o que se procura evitar é a pesquisa descuidada, que não atenda aos valores ligados à garantia dos fundamentos da República”.¹⁶

Portanto, faz-se necessário elaborar uma legislação que vise a regular as pesquisas científicas para garantir a dignidade do homem. Simone Born de Oliveira dispõe: “Faz-se imperioso visualizar a possibilidade de uma legislação que venha a regulamentar as situações não previstas e que estão despontando com o desenvolvimento das pesquisas em genética de um modo em geral, que venha a proteger o ser humano integralmente, para garantir, desta forma, o respeito à dignidade da pessoa humana”.¹⁷

A bioética e o biodireito possuem o mesmo objetivo, impor limitações à biociência e às experiências científicas que possam afetar a saúde do ser humano, com a finalidade fundamental de proteger o homem em todas as suas dimensões.¹⁸

Ocorre que, apesar de terem o mesmo objetivo, ou seja, uma relação de cooperação, os supracitados institutos não são sinônimos, não

podendo ser confundidos. É necessário destacar algumas diferenças entre eles. Ivan de Oliveira Silva as traça:

[...] o biodireito não se confunde com a bioética, haja vista que esta, em seu sentido estreito, representa a reflexão filosófica sobre o comportamento dos profissionais da área da saúde no exercício de suas atividades enquanto, por outro lado, aquele cuida da regulamentação das condutas envolvendo as pesquisas e as práticas advindas das descobertas resultantes dos esforços da biotecnologia.¹⁹

A bioética se preocupa apenas com a discussão dos valores a serem aplicados nas pesquisas médicas que afetam os seres humanos, mas a sua função assim se esgota, não cabendo à bioética decidir qual o tipo de normatização que a atual geração deseja para si e para as futuras, esse é o papel específico do biodireito.²⁰

Portanto, é função da bioética perseguir as respostas às perguntas que envolvam as experiências científicas, assim como os limites do agir humano e até discutir se devem existir essas limitações às experiências científicas, e caberá ao biodireito traduzir essas respostas em normas jurídicas, protegendo o homem hoje e no futuro.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana sempre teve um significado muito importante na história do homem, pois a possibilidade de o ser humano dar continuidade à espécie, deixando um legado de sua existência neste mundo, esteve sempre ligada à sua dignidade.²¹

No ser humano, as primeiras notícias da aplicação de técnicas de reprodução assistida datam do século XV. Foi utilizada em D. Joana de Portugal, esposa de Henrique IV de Castela. Em 1785, um dos mais antigos professores da Faculdade de Medicina de Paris, de nome Thouret, fecundou sua mulher estéril com uma aplicação de injeção intravaginal de seu esperma.²²

No final do século XVIII, ocorreu a primeira gestação por inseminação artificial. Maria de Fátima Freire de Sá aduz que: “A primeira gestação por inseminação artificial foi realizada pelo inglês John Hun-

ter, no final do século XVIII, através do depósito de uma amostra de sêmen no ambiente intravaginal. No século XIX, o americano Willian Pancoast realizou a primeira inseminação artificial utilizando sêmen de doador com sucesso”.²³

Atualmente, com o intenso progresso científico, há diversas técnicas e classificações da reprodução humana assistida. As principais serão analisadas a seguir.

TÉCNICAS E CLASSIFICAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução assistida, segundo Maria de Fátima Freire de Sá, é conceituada como o “[...] conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”.²⁴

Portanto, hoje, as técnicas de reprodução humana assistida possuem uma grande importância, garantindo àqueles que por alguma razão são estéreis o direito de procriar e constituir uma família junto de seus descendentes.

Segundo Bruno Brum Scheffer, são cinco as principais técnicas de reprodução:

A ciência coloca à disposição do homem, na atualidade, cinco variedades de técnicas de reprodução [...]. São elas a inseminação artificial, a fecundação artificial in vitro (FIV), a GIFT (transferência intratubária de gametas), a ZIFT (transferência de zigoto nas trompas de falópio) e a PROST (transferência em estágio de pró-núcleo).²⁵

A reprodução humana assistida pode ser classificada em homóloga e heteróloga. Maria de Fátima Freire de Sá assim se posiciona: “[...] a inseminação homóloga seria a realizada com a utilização de material genético colhido do marido ou companheiro. A inseminação heteróloga, seria a que planta o material retirado de terceiro diverso do marido ou companheiro da mulher inseminada”.²⁶

Assim, diante da complexidade e dos desdobramentos causados por essas espécies de reprodução humana, principalmente no que tange à reprodução heteróloga, elas serão tratadas individualmente a seguir.

Reprodução humana assistida homóloga

A reprodução humana assistida homóloga corresponde às técnicas para obtenção da concepção humana com os gametas dos esposos unidos em matrimônio ou em união estável, podendo ser realizada pela fecundação *in vitro* homóloga, na qual o encontro dos gametas se dá *in vitro*, ou pela inseminação artificial homóloga, em que o encontro dos gametas se dá no corpo da mulher.²⁷

Não se faz necessário que o esperma utilizado seja exatamente do marido da mulher a ser fecundada. O gameta a ser utilizado pode ser de qualquer pessoa com quem a mulher possua relação afetiva. Leila Donizetti explica que, “[...] se o esperma do doador for da pessoa com quem a mulher mantém relação afetiva, geralmente marido ou companheiro, a fecundação é homóloga”.²⁸

Portanto, a reprodução homóloga é, em regra, um método seguro e que não traz grandes desconfortos para os interessados, já que a criança gerada terá as mesmas características genéticas dos seus pais.

Reprodução humana assistida heteróloga

A reprodução humana heteróloga, ao contrário da homóloga, é aquela que utiliza um ou ambos os gametas de terceiro, que não o casal desejoso de ter o filho. Cristiane Beuren Vasconcelos faz esta diferenciação: “[...] poderá ser homóloga sempre que os gametas e o útero gestacional provierem dos cônjuges envolvidos na prática médica, ou heteróloga, conforme haja a necessidade de utilização de um ou ambos os gametas (casos de esterilidade) de terceiros, bem como o recurso a outra estrutura uterina de gestação”.²⁹

A reprodução heteróloga, diferentemente da homóloga, possui um maior número de problemas, pois envolve a presença de um terceiro elemento, o doador do gameta a ser utilizado, que quebra a intimidade do casal.³⁰

Portanto, as inseminações heterólogas utilizam o gameta de um terceiro, e não o do casal que pretende ter o filho. Por essa razão, geram maiores consequências de ordem jurídica e ética que não possuem uma resposta, como a possibilidade do acesso à identidade genética, ou seja, se o filho possui o direito de conhecer o seu pai biológico (doador do material genético) em contraposição ao direito de sigilo que resguarda esse doador. Leila Donizetti indaga:

A possibilidade de se ‘fabricar um filho’ por meio da inseminação artificial heteróloga, por exemplo, trouxe à baila uma questão bastante intrigante, que é o resultado desse fenômeno absolutamente inovador: o filho tem o direito ao conhecimento das suas origens genéticas? Até que ponto a imposição do anonimato dos doadores e receptores de gametas é salutar para a preservação da integridade psíquica do ser humano?³¹

Com a mesma preocupação, Maria de Fátima Freire de Sá aduz que, “[...] com relação, ainda, à inseminação artificial heteróloga, é preciso investigar se o filho tem o direito de obter os dados pessoais do doador do esperma em contraposição ao sigilo que normalmente os doadores exigem”.³²

Diante de tantos questionamentos, faz-se necessário, a seguir, um estudo mais aprofundado do direito de acesso à identidade genética.

O DIREITO DE ACESSO À IDENTIDADE GENÉTICA

O direito de acesso à origem genética é um direito que alcança o filho gerado por meio da reprodução humana assistida heteróloga, visando a garantir a este a possibilidade de conhecer a sua ascendência. Selma Rodrigues Petterle o conceitua:

O termo identidade genética está focalizado no indivíduo; na identidade genética do indivíduo como base biológica de sua identidade pessoal. Nesse sentido, a identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano, individualmente considerado. Sob este prisma, significa dizer que identidade genética é sinônimo de individualidade genética, permanecendo resguardadas, portanto, as diferenças de cada um.³³

Maria Helena Diniz ainda dispõe que o direito à identidade genética pode ser compreendido como:

[...] o direito de cada ser humano ter um genoma próprio, salvaguardando, biologicamente, sua constituição genética individual; um direito à não repetição desse patrimônio genético, tornando-o inviolável, vedando-se clonagem humana e um direito à identidade genética como o direito ao conhecimento dos genitores, à historicidade pessoal ou à ascendência *a matre e a patre* biologicamente verdadeira.³⁴

A partir da relação estabelecida entre o casal, o doador do material genético e o filho concebido, é que pode surgir a vontade da criança de conhecer a sua origem. Maria de Fátima Freire de Sá assim se manifesta:

[...] é plenamente possível que o indivíduo concebido a partir da inseminação artificial ou fecundação artificial na qual houve doação de esperma queira, quando se tornar adulto, conhecer aquele de quem herdou suas características biológicas. Trata-se de um querer de fácil compreensão. Qual seria a pessoa, mesmo feliz em suas relações familiares, que diante da informação de possuir um pai biológico diverso do socioafetivo não ficaria desejoso de conhecer aquele de quem adquiriu à voz, a altura, a cor dos olhos, os cabelos, talvez a personalidade, saber do que o pai biológico gostava, a contribuição do mesmo para a formação da estrutura emocional do filho etc.³⁵

Ocorre que essa não é a única causa. Em algumas situações, é a necessidade que faz com que seja imperioso o conhecimento dessas origens. Maria Helena Diniz explica:

O direito à origem genética (direito da personalidade advinda de inseminação artificial heteróloga) é o de saber a história da saúde dos seus parentes consanguíneos para fins de prevenção de alguma moléstia física ou mental ou de evitar incesto, logo não gera o direito à filiação, nem o direito alimentar e tampouco o sucessório.³⁶

Entretanto, o acesso à origem genética não poderá ter como motivação a criação de um vínculo de filiação entre o pai biológico e a criança gerada por técnica de reprodução heteróloga, não havendo

como criar obrigação alimentar ou direito à sucessão. Ivelise Fonseca da Cruz assevera:

Agora é oportuno afirmar que inexistente a possibilidade de algum vínculo sequer entre o doador e criança concebida, como se esse fosse o pai biológico [...]. O que nos confirma tal sustentação é a importância do consentimento informado, manifestado pelo doador, que, ciente de todas as informações de caráter biológico, ético, jurídico e econômico, demonstra sua concordância em não estabelecer qualquer vínculo entre ele e a criança concebida, o que lhe tira qualquer responsabilidade em relação a esta.³⁷

O consentimento informado retira a possibilidade do reconhecimento quanto à paternidade biológica do filho, excluindo-o da obrigação do pagamento de alimentos e impossibilitando que esse filho se habilite pelo direito à sucessão, mas não retira da criança a possibilidade de ter acesso à sua identidade genética, já que esta não possui relação com a investigação de paternidade. Maria Helena Diniz afirma:

[...] o direito à origem genética, como direito da personalidade, nada teria que ver, como diz Paulo Luiz Netto Lôbo, com o estado de filiação. O direito à origem genética não requer investigação da paternidade, visto que é a busca de dados para desvendar a história da saúde físico-psíquica de seus ascendentes biológicos, sem ter a *intentio* de estabelecer o parentesco legal ou de pleitear direitos sucessórios ou pensão alimentícia do genitor biológico. Esse direito à identidade genética permite a adoção de medidas preventivas para a preservação da saúde e da vida do que foi inseminado artificial e heterologamente.³⁸

Assim, o consentimento informado não tem o poder de retirar da criança o direito de acesso à identidade genética, pois o sigilo que envolve o doador do material genético e os pais receptores não pode ser estendido ao filho, já que este não participou dessa convenção, possuindo assim o direito personalíssimo de conhecer sua origem genética, sendo possível sua reivindicação, sem que isso interfira na relação de filiação ou gere obrigações patrimoniais.³⁹

Ainda, há que se destacar que é de grande importância para o direito de família, atualmente, a paternidade socioafetiva, aquela baseada nos laços afetivos. Leila Donizetti aduz:

O critério afetivo, portanto, adquire relevância para a identificação da filiação, uma vez que a paternidade biológica não consegue substituir a convivência necessária para a construção permanente dos laços afetivos. A filiação, vista nesse enfoque, passa a assumir nova feição diferenciada daquela oriunda do critério jurídico e/ou biológico. A filiação chamada sociológica, que responde pelo critério afetivo, é marcada por um conjunto de atos de afeição e de solidariedade que demonstram claramente a existência de um vínculo de filiação entre filho-pai-mãe.⁴⁰

Dessa maneira, em um conflito entre a paternidade jurídica e a socioafetiva, esta deverá prevalecer. Nesse sentido, a mesma autora dispõe:

[...] a convivência entre pai e filho deve ser considerada na resolução dos conflitos envolvendo a paternidade jurídica e/ou biológica com a paternidade socioafetiva. O magistrado não pode ignorar tais fatores no momento do julgamento. É necessário perscrutar a vida familiar a fim de construir a decisão mais justa para a hipótese em concreto. Só assim é que se poderá ir ao encontro da proteção dada à família pela Constituição Federal.⁴¹

Portanto, o direito de acesso à identidade genética não pode gerar obrigação patrimonial para o doador do material genético, seja pelo consentimento informado que retira essa possibilidade, seja pela natureza do pedido de acesso à origem genética, que não possui relação com a investigação de paternidade, seja pela existência de uma paternidade socioafetiva pré-constituída pela reprodução heteróloga, que não poderá ser substituída pela paternidade biológica.

O direito de acesso à identidade genética é considerado um direito da personalidade, fundamentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme será analisado a seguir.

O DIREITO DE ACESSO À IDENTIDADE GENÉTICA COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE

O direito às origens genéticas é tratado pela doutrina como um direito da personalidade. Selma Rodrigues Petterle dispõe que “[...] a identidade genética da pessoa humana é um bem jurídico a

ser preservado, enquanto uma das manifestações essenciais da personalidade humana”.⁴²

No mesmo sentido, Leila Donizetti escreve: “O direito ao conhecimento da origem genética é direito da personalidade e, como tal, indisponível e personalíssimo, não podendo, de forma alguma, ser restringido, tampouco ser objeto de renúncia por outrem – mesmo quando são os pais. Só o titular do direito é que poderá exercê-lo [...]”.⁴³

Assim, o direito de acesso à origem genética é um direito da personalidade, não podendo ser negado ao filho, mesmo que, como já exposto, exista um acordo de sigilo entre os pais e o doador de material genético, já que esse acordo de sigilo e anonimato não alcança a criança. Selma Rodrigues Petterle ainda explica:

[...] o direito à identidade genética é um direito da personalidade que busca salvaguardar o bem jurídico-fundamental ‘identidade genética’, uma das manifestações essenciais da personalidade humana [...]. Assim, quando a doutrina faz referência ao direito fundamental à identidade genética, pretende salvaguardar a constituição genética individual (a identidade genética única e irrepetível de cada ser humano) enquanto base biológica de sua identidade pessoal, esta em constante construção, no âmbito das relações interpessoais.⁴⁴

Desse modo, é direito do indivíduo gerado por reprodução heteróloga ter acesso aos seus dados genéticos.

No Brasil, a proteção dos direitos da personalidade se fortaleceu com o advento da Constituição Federal de 1988, que se refere àqueles direitos de forma expressa em seu art. 5º, X.⁴⁵

Para Francisco Amaral, os direitos da personalidade são “[...] os direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.⁴⁶

Consideram-se direitos da personalidade aqueles que são reconhecidos à pessoa tomada em si mesma, previstos para defender os valores inatos ao homem, configurando direitos subjetivos que são o mínimo para a existência de uma personalidade. A ausência desses direitos impede a formação de uma personalidade completa e concreta.⁴⁷

A dignidade humana está em primeiro plano na defesa dos direitos da personalidade. Leila Donizetti dispõe que:

[...] direito geral de personalidade que se constrói a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, base legítima dos direitos especiais da personalidade que o sistema jurídico brasileiro já reconhece. É redundante, portanto, falar que a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento para a proteção dos direitos da personalidade [...].⁴⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é o fundamento de proteção dos direitos da personalidade.

Desse modo, o direito de acesso à identidade genética, por compor os direitos da personalidade, tendo como base de proteção o princípio da dignidade da pessoa humana, é considerado, também, como um direito fundamental afeto à esfera privada.

O DIREITO DE ACESSO À IDENTIDADE GENÉTICA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E PROTEGI- DO PELO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito de acesso à identidade genética não está explicitamente previsto na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, assim, faz-se necessário primeiramente dispor sobre a abertura material dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional pátrio, o que garante ao direito de acesso às origens genéticas o *status* de direito fundamental. Ingo Wolfgang Sarlet aduz:

[...] uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais.⁴⁹

O direito de acesso à identidade genética possui um conteúdo material significativo, digno de ser considerado um direito fundamental, já que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Selma Rodrigues Petterle explica:

[...] é preciso identificar qual o ponto de contato existente entre a dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à vida e a temática enunciada, qual seja, o impacto das novas tecnologias sobre as pessoas. Identificados estes contatos, não há como negar que há bens jurídicos fundamentais a proteger, bens extremamente relevantes em termos de conteúdo, isso porque estreitamente vinculados à vida e à dignidade das pessoas humanas, este parece ser, com o rigor que merece, o critério aferidor para identificar a identidade genética como direito fundamental implícito na ordem jurídico-constitucional pátria.⁵⁰

Os direitos fundamentais possuem uma valoração genérica que dizem respeito à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, direitos que não estejam explícitos na Constituição poderão ser considerados fundamentais, se também tiverem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito de acesso à identidade genética.

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como um conjunto de princípios, normas, institutos que dizem respeito à soberania popular, que possibilitam a convivência digna, livre e pacífica na sociedade, independentemente das condições sociais ou econômicas da pessoa. Sem esses direitos, o homem não pode conviver e, em alguns casos, nem mesmo sobreviver na sociedade.⁵¹

O direito de acesso à identidade genética é tido como um direito fundamental de 4ª geração, pois diz respeito aos direitos que estão surgindo com a modernidade e o avanço tecnológico, como as biociências, a eutanásia, a clonagem e os direitos dos filhos gerados por inseminação artificial.⁵²

O ordenamento constitucional pátrio elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, forçando, assim, que as relações humanas sejam realizadas sobre a luz desse princípio, que será exteriorizado a partir do momento em que o valor da pessoa humana for o paradigma para a compreensão das relações interpessoais.⁵³

Este princípio, nas palavras de Alexandre de Moraes, é conceituado como:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁵⁴

A dignidade humana é a qualidade intrínseca e distintiva que há no ser humano, o que faz com que ele seja respeitado pelo Estado e pela sociedade. Constitui-se em um conjunto de direitos e deveres que garantem à pessoa meios de defesa contra atos degradantes e fornece condições mínimas para uma vida saudável e em integração com a comunidade.

Em contraposição ao direito de acesso à identidade genética, há o direito ao anonimato do doador de material genético, que também é um direito fundamental da pessoa e será a seguir analisado.

O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO

O direito ao anonimato do doador de material genético está previsto na Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1.358, de 11 de novembro de 1992, em seu art. 4º, II e III, dispondo que será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores para resguardar sua identidade civil.⁵⁵

Não há, portanto, nenhuma regulamentação jurídica que trate especificamente sobre a matéria, havendo uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro. Maria Fátima Freire de Sá explica:

[...] não existe regulação jurídica infraconstitucional que trate da matéria, mas apenas uma norma deontológica do Conselho Federal de Medicina – Resolução n° 1.358, de 11 de setembro de 1992, que enumera regras éticas que devem ser observadas pelos médicos durante a realização de procedimentos que envolvam as técnicas de reprodução assistida.⁵⁶

O referido direito possui grande importância para a proteção da própria criança gerada por meio da reprodução humana assistida heteróloga, visando à sua proteção. Ivelise Fonseca da Cruz afirma:

O anonimato do doador e o princípio do sigilo do procedimento, na reprodução assistida heteróloga, são necessários para permitir à plena e total integração da criança na sua família jurídica, promovendo, assim, o melhor interesse da criança ou do adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa do fruto da reprodução humana assistida heteróloga.⁵⁷

Além da proteção da criança, existem argumentos favoráveis para a manutenção do anonimato do doador defendidos amplamente pela classe médica, que afirmam que a quebra do anonimato dos doadores de material genético diminuiria o número de fornecedores, impossibilitando o acesso às técnicas de reprodução assistida por quem necessita. Tem-se, ainda, o argumento dos aspectos negativos que tal revelação possa causar na vida do doador do material genético.⁵⁸

O anonimato do doador de material genético é garantido pelo direito fundamental à intimidade, este, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos:

Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso às informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.⁵⁹

Dessa feita, o direito à intimidade visa tutelar a privacidade do indivíduo, tanto pessoal e familiar quanto negocial, protegendo do conhecimento de terceiros aspectos sobre a vida particular do indivíduo.⁶⁰

Como o anonimato do doador de material genético é garantido pelo direito à intimidade e, sendo este considerado um direito fundamental, aquele também o é. Sobre o assunto, Denise Hammerschmidt aduz:

A intimidade é um direito inerente à pessoa, que não é preciso ser conquistado para possuí-lo nem se perde por desconhecê-lo. É uma característica própria do ser humano pelo mero fato de sê-lo. Esse direito, que na Constituição Federal brasileira tem características de

direito fundamental (art. 5º, X), apresenta suas raízes no direito ao respeito da liberdade da pessoa, que se encontra na base de todo tipo de convivência e de relações humanas.⁶¹

Como é embasado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo a autodeterminação da pessoa e os seus bens mais íntimos, o direito à intimidade também é considerado como um direito da personalidade. Carlos Alberto Bittar assevera:

Esse direito reveste-se das conotações fundamentais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar a sua condição de direito negativo, ou seja, expresso exatamente pela não exposição a conhecimento de terceiro de elementos particulares da esfera reservada do titular. Nesse sentido, pode-se acentuar que consiste no direito de impedir o acesso de terceiros aos domínios da confidencialidade. Trata-se de direito, aliás, em que mais se exalta a vontade do titular, a cujo inteiro arbítrio queda a decisão sobre a divulgação.⁶²

Desse modo, o direito à intimidade é um direito fundamental e personalíssimo. No âmbito do direito a intimidade, tem-se ainda o direito à intimidade genética, que protege os dados genéticos do indivíduo, estando previsto em diversos textos constitucionais, como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco, o convênio relativo aos direitos humanos e Biomedicina do Conselho da Europa e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos.⁶³

O direito à intimidade genética é conceituado como:

[...] o direito a determinar as condições de acesso à informação genética. O princípio da autonomia determina que o consentimento abarque também o controle sobre os dados genéticos obtidos. Esse direito do indivíduo de decidir por si mesmo acerca da utilização de seus dados médicos e especialmente de seus dados genéticos, implica o direito de poder aceder aos mesmos, controlar sua existência e veracidade e autorizar sua revelação.⁶⁴

A doutrina dispõe que, para que se possa quebrar o direito ao anonimato do doador de material genético e acessar as informações genéticas nos bancos de dados e registros governamentais ou de caráter

público, no caso, os bancos de esperma, faz-se necessária a utilização do instrumento do *habeas data*, art. 5º, LXXII, da Constituição Federal.⁶⁵

Portanto, o direito fundamental e personalíssimo ao anonimato do doador de material genético, que visa à proteção da identidade do doador de material genético e à total inserção da criança na família jurídica, é tutelado pelo direito constitucional à intimidade. Ainda no âmbito desse direito, há o direito à intimidade genética, que protege os dados genéticos do indivíduo, podendo o referido direito ser quebrado pelo instrumento do *habeas data*.

Desse modo, verifica-se que há uma colisão de direitos personalíssimos e fundamentais, de um lado, o direito de acesso à identidade genética e, do outro, o direito ao anonimato do doador de material genético. Para solucionar tal colisão, faz-se necessário analisar como ocorre a resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais.

RESOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana e, por essa razão, deveriam estar totalmente compatibilizados no texto constitucional. Ocorre que, diante das situações concretas, tal compatibilização não se verifica, havendo colisões entre os referidos direitos.⁶⁶

No mundo atual, em que há cada vez mais novas tecnologias que geram mudanças no modo de vida social, as soluções às lides nem sempre são trazidas pela legislação, mas sim pelo Poder Judiciário, que garante a cada conflito concreto uma solução adequada.⁶⁷

A colisão de direitos fundamentais se caracteriza por um conflito *in concreto* de direitos fundamentais, havendo essa colisão sempre que se entender que a Constituição Federal tutela, ao mesmo tempo, dois valores em contradição concreta. Desse modo, como será a resolução desse conflito, quando ambos os direitos envolvidos são fundamentais?⁶⁸

Inicialmente, os direitos fundamentais não possuem hierarquia entre si, estão todos no mesmo plano, não havendo como, no caso concreto, resolver um conflito com base na hierarquia da norma.

Assim, sua resolução será realizada de acordo com o princípio da proporcionalidade.⁶⁹

As normas de direito fundamental não podem ser consideradas como simples regras jurídicas. Se assim fosse, seria necessário escolher uma das normas conflitantes para se fazer a subsunção ao caso concreto, desconsiderando completamente a outra. Quando há direitos fundamentais em colisão, não pode um dos referidos direitos ser escolhido de forma absoluta em detrimento do outro, como se estivessem dispostos em uma ordem hierárquica. É necessário lançar mão de um critério jurídico que deve permitir a ponderação dos valores contrapostos diante de cada situação concreta.⁷⁰

O princípio da proporcionalidade é o método que permitirá uma decisão de preferência entre os direitos fundamentais em conflito, determinando qual direito, e em que medida, prevalecerá sobre o outro, pondo fim à colisão.⁷¹

O referido princípio pode ser conceituado como:

[...] o balizador dos argumentos juridicamente utilizados pelo julgador, a fim de contrabalancear os princípios que se encontram em rota de colisão ante um caso concreto. Daí ser a proporcionalidade o instrumento por excelência para a concretização da própria idéia do Direito que, desde a Antiguidade, busca a proporção, ou seja, o equilíbrio harmônico entre valores que se contrapõem.⁷²

Para alcançar esse equilíbrio que, na realidade, é a pacificação social por meio do respeito à dignidade humana, o princípio da proporcionalidade é dividido em três subprincípios: a adequação dos meios utilizados, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito.⁷³

O subprincípio da adequação verifica se, no caso concreto, a decisão que restringe um direito fundamental em favor de outro oportuniza o alcance da finalidade perseguida, ou seja, se a decisão proferida pelo juiz irá fornecer o direito almejado pela parte, investigando se a medida é apta, útil e apropriada para atingir o fim pretendido.⁷⁴

O subprincípio da necessidade prega que os meios utilizados para atingir os fins pretendidos sejam os menos onerosos à pessoa, portanto, considerando este subprincípio, a proporcionalidade será

desrespeitada, se for constatado que há, incontestavelmente, outras medidas menos gravosas para se alcançar o fim pretendido.⁷⁵

O subprincípio da proporcionalidade, em sentido estrito, pode ser compreendido como: “[...] uma verificação da relação custo benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.⁷⁶

Neste subprincípio, o aspecto mais importante é a ponderação, ou seja, a análise das vantagens e desvantagens para o indivíduo, a partir dos meios utilizados para se chegar a um objetivo. Assim, a ponderação entre dois direitos fundamentais em colisão verifica se o dano causado a um deles em benefício da proteção do outro se justifica ante os objetivos da Constituição.⁷⁷

Em suma, para que uma decisão obedeça ao princípio da proporcionalidade, ela deverá ser adequada, ou seja, atingir a finalidade desejada, exigível, isto é, causar o menor prejuízo possível à pessoa, e proporcional em sentido estrito, quando as vantagens que trará serão superiores às desvantagens.

Utilizando-se do princípio acima exposto, a doutrina dispõe de algumas considerações sobre como solucionar o conflito entre o direito de acesso à identidade genética e o direito ao anonimato do doador de material genético, no caso concreto, o que será analisado a seguir.

DIREITO DE ACESSO À IDENTIDADE GENÉTICA EM FRENTE AO DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO

Avalia-se, então, de acordo com a doutrina, a contraposição no caso concreto desses dois direitos fundamentais, o direito à origem genética e o direito ao sigilo do doador.

Na opinião de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o anonimato das pessoas envolvidas no processo de reprodução heteróloga deve ser preservado, contudo ensina que as informações sobre toda a história biológica e genética da pessoa, que resultou da técnica de

reprodução heteróloga, devem ser a ela reveladas, para protegê-la de eventuais doenças hereditárias, de modo a garantir sua existência, utilizando-se, para tanto, do direito fundamental à identidade genética.⁷⁸

Não é difícil perceber que a posição do referido autor vai ao encontro da dignidade humana, ao conceder ao indivíduo os seus dados genéticos, quando acometido de alguma doença. Juliana Apyrgio Bertoncelo exemplifica:

Imagine-se, hipoteticamente, que uma criança, fruto de inseminação artificial heteróloga, desenvolve uma doença cujo tratamento necessário é o transplante de medula óssea, onde somente aqueles que possuem compatibilidade é que podem realizar a doação. Neste caso a saúde da criança é pressuposto para a quebra do direito ao anonimato.⁷⁹

No mesmo sentido, para Ivelise Fonseca da Cruz, o anonimato do doador deve prevalecer contra todas as pessoas, exceto contra o próprio indivíduo gerado pela reprodução assistida heteróloga. Nos casos em que este estiver doente ou que haja perigo à sua saúde, o mais digno é que tais informações sejam passadas ao indivíduo, desde que elas sejam relevantes para a sua recuperação.⁸⁰

Assim, mesmo aqueles que defendam o anonimato total terão que ceder, quando houver interesses maiores, ou seja, quando se revelar o risco de doenças hereditárias ou genéticas que podem ser prevenidas com a identificação do doador. Portanto, não há que se falar em anonimato, quando o bem que está em iminência de ser prejudicado é maior que o direito à intimidade, ou seja, a vida do indivíduo não pode ser comprometida por um direito secundário, o direito ao segredo.⁸¹

Maria Claudia Crespo Brauner acredita que

A identidade do doador só pode ser revelada em caso de critérios médicos emergenciais, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informação genética indispensável à saúde, ou quando da utilização de gametas com carga genética defeituosa. A alegação de que a criança tem o direito de conhecer sua origem genética, serviria apenas para realçar o conceito de paternidade biológica, sendo este um conceito ultrapassado, em razão da valorização da paternidade afetiva.⁸²

Contudo, Leila Donizetti acredita que o não conhecimento da origem genética lesiona a dignidade da criança, pois, privando-a desse conhecimento, ela é quase que transportada para o mundo animal, já que o que diferencia a reprodução dos seres humanos da dos animais é o conhecimento das origens, pelo que é direito da pessoa ter acesso aos seus dados genéticos.⁸³

Em acordo com a supracitada doutrinadora, Belmiro Pedro Welter dispõe que não importa o tipo de reprodução realizada, os filhos poderão investigar sua identidade genética, assim como o pai biológico pode ter acesso à identidade do filho gerado pela reprodução heteróloga, tudo pautado no princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁴

Para Cristina Grobério Pazó, embora o genitor possua o direito ao anonimato, não devendo seus dados ser de conhecimento de todos, há necessidade do filho de tomar ciência do seu patrimônio genético, algo inerente à sua constituição física, devendo ser concedido a este o acesso aos dados do doador do material genético, ressaltando-se que o conhecimento da origem genética não está relacionado com os vínculos da filiação, mas trata-se de um direito de autoconhecimento, haja vista o patrimônio genético ser intrínseco ao ser humano.⁸⁵

A mesma autora ainda defende que toda pessoa deve ter o direito personalíssimo de conhecer sua origem genética, pois muitas doenças podem ser prevenidas e tratadas com o conhecimento dos fatores genéticos. O não conhecimento da origem genética pode ainda permitir que irmãos separados possam vir a contrair núpcias.⁸⁶

A doutrina brasileira não é unânime quanto à resolução no caso concreto do conflito entre o direito de acesso à identidade genética e o direito ao anonimato do doador de material genético, mas a tese dominante dispõe que o anonimato do doador de material genético somente deverá ser quebrado se o indivíduo que foi gerado a partir de uma reprodução humana heteróloga estiver acometido de alguma doença relacionada com sua origem genética, ou seja, o anonimato somente poderá ser desfeito se o seu objetivo for a proteção da saúde ou da vida da pessoa, mantendo, assim, a sua dignidade.

Portanto, realizando um juízo de ponderação no caso concreto, chega-se à conclusão de que, quando estiver em jogo o direito à vida

da pessoa gerada a partir da reprodução humana heteróloga, o direito de acesso à identidade genética deverá prevalecer sobre o direito ao anonimato, mantendo a dignidade da pessoa, porém, quando o acesso à identidade genética for apenas um desejo de conhecer o pai biológico, sem propósito médico, prevalecerá o direito ao anonimato, protegendo a dignidade do doador de material genético.

CONCLUSÃO

As novas técnicas de reprodução humana assistida são aliadas daqueles que não podem procriar pelas vias naturais, contribuindo para a manutenção da espécie. A partir dessas técnicas, surgem novos conflitos e dilemas no ordenamento jurídico pátrio que não possuem previsão legal e clamam por uma resposta.

Como não há legislação específica que regule o assunto, faz-se necessária a utilização da bioética e do biodireito para que se possa limitar a utilização dessas técnicas de reprodução, de modo que não tragam prejuízos à dignidade da pessoa humana.

O direito de acesso à identidade genética é um desses novos dilemas que não possuem previsão legal e necessitam de uma resposta. Esse direito, como analisado, é aquele que permite ao indivíduo gerado por reprodução heteróloga o conhecimento do seu pai biológico. É um direito personalíssimo e fundamental, portanto inerente à pessoa e, a princípio, insuscetível de ser negado.

Outra questão estudada trata da possibilidade de alimentos e sucessão entre o doador do material genético e a pessoa criada a partir da reprodução heteróloga, questão na qual restou clara a posição da doutrina de que não há possibilidade de nenhum vínculo jurídico entre as referidas pessoas. A assinatura do consentimento informado retira a possibilidade de qualquer vínculo jurídico entre eles e, ainda, pela natureza do pedido de acesso à origem genética, que não possui relação com a investigação de paternidade, e pela existência de uma paternidade socioafetiva pré-constituída, que não poderá ser substituída pela paternidade biológica.

No entanto, o direito de acesso à identidade genética está em oposição ao direito ao anonimato do doador de material genético,

pois, no momento da doação desse material, é assinado um termo que lhe assegura o anonimato. Esse direito personalíssimo e fundamental, protegido pelo direito à intimidade, é, portanto, também inerente à pessoa e, em tese, insuscetível de ser quebrado.

Desse modo, a colisão entre esses dois direitos fundamentais será solucionada pelo princípio da proporcionalidade, já que, como abordado, não há uma hierarquia de importância entre os direitos fundamentais. Em cada caso concreto, será necessário avaliar suas peculiaridades, realizando-se um juízo de ponderação sobre qual direito deverá prevalecer no caso concreto.

Utilizando-se da proporcionalidade, a maior parte da doutrina dispõe que o direito ao anonimato do doador de material genético deverá ser quebrado nas hipóteses em que a saúde ou a vida do indivíduo que foi gerado por reprodução humana heteróloga estiver em risco, ou seja, é ponderado que o indivíduo tenha acesso às suas características genéticas, se estiver acometido de doença que possua relação hereditária ou que possa ser curada de forma mais rápida pelo conhecimento do seu ascendente genético.

Assim, com a observância desses critérios, tanto a dignidade do doador de material genético como a do indivíduo que foi gerado pela reprodução humana heteróloga serão conservadas.

NOTAS

- 1 SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro**. São Paulo: Pillares, 2008. p. 65.
- 2 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone, 1998. p. 38.
- 3 OLIVEIRA, Fátima. **Bioética: uma face da cidadania**. São Paulo: Moderna, 1997. p. 48.
- 4 PAIANO, Daniela Braga; ROCHA, Maurem da Silva da. Biodireito e início da vida: crise de paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica Intertemas da Toledo**, n. 12, p. 126, 2009.
- 5 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, op. cit., p. 37.
- 6 CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira. **Biossegurança & patrimônio genético**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 28.
- 7 SÁ, Maria de Fátima Freire de, op. cit., p. 10.
- 8 JUNGES, José Roque. O nascimento da bioética e a Constituição do biopoder. **Revista Acta Bioethica**, v. 17, p. 174, 2011.
- 9 Idem, ibidem, loc. cit.
- 10 Idem, ibidem, p. 177.
- 11 LIMA NETO, Francisco Vieira. **Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética**. Leme: Direito, 1997. p. 46.

- 12 CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira, op. cit., p. 30.
- 13 SÁ, Maria de Fátima Freire de, op. cit., p. 235.
- 14 SILVA, Ivan de Oliveira. *op. cit.*, p. 75.
- 15 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, op. cit., p. 73.
- 16 SILVA, Ivan de Oliveira, op. cit., p. 75.
- 17 OLIVEIRA, Simone Born de. **Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 66.
- 18 Idem, *ibidem*, p. 69.
- 19 SILVA, Ivan de Oliveira, op. cit., p. 74-75.
- 20 CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS, 2008. p. 12.
- 21 VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 142.
- 22 FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 49.
- 23 SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 284.
- 24 SÁ, Maria de Fátima Freire de, op. cit., p. 284.
- 25 SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução humana assistida**. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 191.
- 26 SÁ, Maria de Fátima Freire de, op. cit., p. 196.
- 27 RAFFUL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Thermis, 2000. p. 38.
- 28 DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007. p. 94.
- 29 VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 13.
- 30 SÁ, Maria de Fátima Freire de, op. cit., p. 290.
- 31 DONIZETTI, Leila, op. cit., p. 116.
- 32 SÁ, Maria de Fátima Freire de, op. cit., p. 200.
- 33 PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.
- 34 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 557.
- 35 SÁ, Maria de Fátima Freire de, op. cit., p. 201.
- 36 DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 557.
- 37 CRUZ, Ivelise Fonseca da, op. cit., p. 125.
- 38 DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 556.
- 39 CRUZ, Ivelise Fonseca da, op. cit., p. 130.
- 40 DONIZETTI, Leila, op. cit., p. 38.
- 41 Idem, *ibidem*, p. 26.
- 42 PETTERLE, Selma Rodrigues, op. cit., p. 110.
- 43 DONIZETTI, Leila, op. cit., p. 126.
- 44 PETTERLE, Selma Rodrigues, op. cit., p. 111.
- 45 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 184.
- 46 AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 243.
- 47 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 6.
- 48 DONIZETTI, Leila, op. cit., p. 68.
- 49 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89.
- 50 PETTERLE, Selma Rodrigues. op. cit., p. 91-92.
- 51 BULOS, Wadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 404.
- 52 Idem, *ibidem*, p. 407.
- 53 DONIZETTI, Leila, op. cit., p. 52.

- 54 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 26.
- 55 SÁ, Maria de Fátima freire de, op. cit., p. 200.
- 56 Idem, ibidem, p. 291.
- 57 CRUZ, Ivelise Fonseca da, op. cit., p. 127.
- 58 DONIZETTI, Leila. op. cit., p. 124.
- 59 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 203.
- 60 PAZÓ, Cristina Grobério. Segredo da Identidade do Vínculo de Filiação: Anonimato do doador, na procriação assistida heteróloga: anonimato do pai biológico, na doação anonimato do genitor no instituto do parto anônimo. In: SALATINI, Rafael; BARUFFI, Helder; GUIMARÃES, Verônica Maria Bezerra (Org.). **Relações Internacionais e direito: estudos multitemáticos**. Dourados: Editora da UFGD, 2010. p. 302.
- 61 HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 93.
- 62 BITTAR, Carlos Alberto. op. cit., p. 112.
- 63 HAMMERSCHMIDT, Denise, op. cit., p. 97.
- 64 Idem, ibidem, p. 96.
- 65 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 803.
- 66 HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico**. São Paulo: RCS, 2006. p. 128.
- 67 Idem, ibidem, p. 130.
- 68 STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.
- 69 BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 169.
- 70 HONESKO, Vitor Hugo Nicastro, op. cit., p. 131.
- 71 STEINMETZ, Wilson Antônio, op. cit., p. 145.
- 72 HONESKO, Vitor Hugo Nicastro, op. cit., p. 132.
- 73 Idem, ibidem, p. 132-133.
- 74 STEINMETZ, Wilson Antônio, op. cit., p. 149.
- 75 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 219.
- 76 BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 219.
- 77 BUECHELE, Paulo Arminio Tavares, op. cit., p. 133-134.
- 78 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 803.
- 79 BERTONCELO, Juliana Aprygio. **Reprodução humana assistida: o direito à busca da identidade genética diante aos direitos da personalidade e a manipulação genética no contexto do acesso a justiça**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Maringá. Maringá, 2011. p. 100.
- 80 CRUZ, Ivelise Fonseca da, op. cit., p. 133.
- 81 Idem, ibidem, p. 133-134.
- 82 BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 88.
- 83 DONIZETTI, Leila, op. cit., p. 121.
- 84 WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 231.
- 85 PAZÓ, Cristina Grobério, op. cit., p. 313-314.
- 86 Idem, ibidem, p. 314.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERTONCELO, Juliana Aprygio. **Reprodução humana assistida: o direito a busca da identidade genética diante aos direitos da personalidade e a manipulação genética no contexto do acesso a justiça**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Maringá. Maringá, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BULOS, Wadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira. **Biossegurança & patrimônio genético**. Curitiba: Juruá, 2008.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2007.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **A norma jurídica e os direitos fundamentais**: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico. São Paulo: RCS, 2006.

JUNGES, José Roque. O Nascimento da Bioética e a Constituição do Biopoder. **Revista Acta Bioethica**. v. 17, 2011. Disponível em: <www.revistas.uchile.cl/index.php/AB/article/viewArticle/18100/18889>. Acesso em: 13 fev. 2012.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética**. Leme: Direito, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Fátima. **Bioética**: uma face da cidadania. São Paulo: Moderna, 1997.

OLIVEIRA, Simone Born de. **Da bioética ao direito**: manipulação genética e dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2008.

PAIANO, Daniela Braga; ROCHA, Maurem da Silva da. Biodireito e início da vida: crise de paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica Intertemas da Toledo**. Presidente Prudente, n. 12, 2009. Disponível em: <www.intertemas.initoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/view/731>. Acesso em: 29 nov. 2011.

PAZÓ, Cristina Grobério. Segredo da Identidade do Vínculo de Filiação: Anonimato do doador, na procriação assistida heteróloga; anonimato do pai biológico, na doação anonimato do genitor no instituto do parto anônimo. In: SALATINI, Rafael; BARUFFI, Helder; GUIMARÃES, Verônica Maria Bezerra (Org.). **Relações internacionais e direito: estudos multitemáticos**. Dourados: Editora da UFGD, 2010. Disponível em: <www.ufgd.edu.br/editora/catalogo/relacoes...e.../pdflivro>. Acesso em: 13 fev. 2012.

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

RAFFUL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Thermis, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciências da vida, novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução humana assistida**. São Paulo: Atheneu, 2003.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro**. São Paulo: Pillares, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

Artigo recebido em: 01-12-2011

Aprovado para publicação em: 24-02-2012