ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA BIOLÓGICA COMO UM NOVO DIREITO DA PERSONALIDADE?

THE RIGHT TO KNOW THE BIOLOGICAL ANCESTRY AS A NEW RIGHT OF PERSONALITY?

Helanne Barreto Varela Gonçalves*

RESUMO: O presente ensaio tenciona analisar as mudanças provocadas pelo avanço da biotecnologia, mormente no que se refere à(s) técnica(s) de procriação assistida. Inicialmente, aborda a necessidade ou desnecessidade de regulamentação desta nova realidade tecnológica. Depois, são analisados dois direitos fundamentais, que colidem (o direito de todos terem ciência de quem é o seu genitor versus a manutenção do anonimato do doador de esperma). Por fim, são feitas as considerações conclusivas acerca de que os princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade influenciaram os legisladores brasileiros e lusitanos quanto a permitirem de permitir o acesso à informação genética.
Palavras-chave: Direito Comparado (Portugal e Brasil). Ascendência Biológica. Conhecimento do genitor. Intimidade do doador de material genético. Colisão de direitos fundamentais. Livre desenvolvimento da personalidade.

ABSTRACT: This essay intends to analyze the changes brought by the advances in biotechnology, particularly in regard to the techniques of assisted procreation. Initially, it addresses to the need or no need for regulation of this new technological reality. Then, we analyze two fundamental rights, which collide (the right of everyone to have knowledge of who their parents are versus the maintenance of the anonymity of the sperm donor). Finally, conclusive considerations are made about the principles of human dignity and free development of personality which influenced the Lusitanian and Brazilian legislators to allow the access to the genetic information.
Keywords: Comparative Law (Portugal and Brazil). Biological ancestry. Knowledge of the parent. Intimacy of the donor of the genetic material. Collision of fundamental rights. Free development of personality.

* Especialista em Direito Civil pela Universidade de Coimbra/Portugal.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da ciência, nas últimas décadas e em especial a evolução da biotecnologia, permitiu um grande avanço em todas as áreas da vida humana. Por conseguinte, conceitos até então inexistentes ou até mesmo impensáveis antes da descoberta e separação do genoma humano, são realidades hodiernas, a exemplo do que ocorre nos processos de reprodução assistida.

Como o direito[1] busca estender seus domínios aos novos avanços e realidades sociais, se faz necessário regulamentar toda uma série de inovações biotecnológicas, sendo certo que a procura pela normatização do fenômeno é marcante na maioria dos países[2], deixando patente a relevância de assegurar a eticidade e legalidade dos efeitos por ele produzidos[3].

Asseverou Joanna Cabral Pereira[4], no que pertine ao campo da reprodução assistida, que os Estados se depararam com a questão de saber se deveriam ou não legislar sobre a matéria, tendo-se estabelecido duas correntes: uma minoritária, que defendia a não regulamentação da procriação assistida, deixando livre o direito de utilizarem-se as técnicas e ficando este no âmbito da reserva da intimidade ou da vida privada, não sendo possível a ingerência estatal[5]; a outra majoritária, que acreditava que o assunto era

1 O direito parece estar sendo desafiado constantemente pela imprevisibilidade humana. Logo, o texto compartilha da idéia tridimensional do direito de Miguel Reale, onde se divide o fenômeno jurídico em fato, valor e norma. (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64 e SS). Para a "sua compreensão integral somente poderá ser atingida graças à correlação unitária e dinâmica das três apontadas dimensões da experiência jurídica, **que se confunde com a história mesma do homem na sua perene faina de harmonizar o que é com o que deve ser**."

2 No que pertine à regulamentação das técnicas de reprodução assistida, podemos citar, a guisa de exemplo, alguns países com regulamentação própria como é o caso da Espanha (Ley 45/2003, de 21 de noviembre e la Ley 35/1988, de 22 de noviembre), França, Itália (la legge de 11 dicembre de 2003), Bélgica, Alemanha, Estados Unidos, Grã-Bretanha, Suécia (lei n. 1140, de 20/12/84), Suíça.

3 José de Oliveira Ascensão em seu texto **Procriação Assistida e o Direito** ao tratar do fenômeno da procriação assistida demonstra preocupação com seus efeitos, e indaga:, "se se dá um nascimento, que é fruto de procriação assistida, quais as conseqüências no plano jurídico? Porque a situação do novo ente terá de ser definida, seja lícito ou não o processo de que resultou."In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez, p. 645-676, especialmente 651.

4 Considerações sobre o artigo 1839, n. 3 do Código Civil: Implicações ético-jurídicas da Inseminação artificial Heteróloga. **Scientia Ivridica**, **Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**, n. 292, tomo LI, jan./abr. 2002, p. 151 e ss, especialmente páginas 160-161. (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Legislar sobre procriação assistida. In: OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Procriação assistida:** colóquio interdisciplinar: 12-13 de Dezembro de 1991. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 1993. p. 73-97).

5 Foi a tese defendida na Dinamarca, Noruega e também na Suécia (antes da lei de 20/12/84), in Pereira, Joana Cabral, op. cit.

assaz relevante para passar ao largo do regramento. Esta corrente defendia a imposição de limitações constitucionais à livre utilização[6].

Neste novo contexto, serão abordados os problemas ético-jurídicos decorrentes dessa verdadeira instrumentalização[7] dos processos reprodutivos. Se for bem verdade que a ciência hoje permite, se não a cura da esterilidade, pelo menos sua suplantação, efetivando uma garantia constitucional de direito à vida e à saúde, aqui entendido, elasticamente, como o direito a procriar[8] e a constituir uma família[9], não se podem olvidar os inúmeros

6 Muito embora em Portugal, assim como no Brasil, existam projetos de lei visando tratar sobre as técnicas de procriação assistida, pode-se afirmar que a intenção do legislador é a de impor limites ao direito de procriar quando da utilização destes meios.
No primeiro projeto português elaborado pela Comissão para Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida – o projeto não chegou a ser votado - o acesso à técnica "não é um modo alternativo de procriação (de maneira que os interessados possam escolher entre a reprodução natural e a artificial em qualquer caso e conforme lhe aprouver), mas um simples modo subsidiário de procriação" E ainda quando se refere à figura da maternidade de substituição, o consideram "nulo e de nenhum efeito o contrato pelo qual a mulher se obrigue a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança de pois do parto (art. 5º)". (Cf. **Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias:** utilização das técnicas de reprodução assistida: projectos. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 1993).
Em legislação brasileira a preocupação do legislador também persiste, a começar pelos que podem aceder às técnicas de procriação (casais casados ou que vivam em união estável durante tempo razoável, não permitindo o acesso, por exemplo, a casais homossexuais ou mulheres solteiras), a último meio de forma procriativa (quando esgotadas as possibilidades de uma gravidez pelos modos convencionais).
É de se notar, todavia que, em confronto com a legislação do país-irmão, o Brasil (assim como ocorre em Espanha - La Ley 35, de 28 de noviembre de 1988) permite a maternidade de substituição.

7 O que segundo Juan José Puerto Gonçales (**la doutrina del humano modo y las técnicas de reproducción assistida**) a doutrina canônica se opõe veementemente, uma vez que se tem a sensação que se instrumentaliza por demasiado o início da vida humana, que em seu processo natural requer vários momentos fisiológicos, que vão desde a ereção e penetração do pênis e a ejaculação do líquido seminal no interior do colo do útero, momentos estes que serviram de base para a doutrina canonística definir a cópula conjugal que consuma o matrimônio. A doutrina, no entanto, permite considerar a utilização das técnicas de reprodução assistida, desde que respeitadas certas condições de moralidade, racionalidade, voluntariedade e normalidade que permita qualificar o ato como humano e seu conteúdo e realização. (**Revista Espanôla de Direito Canônico**, n. 149, p. 520 e ss, julio/deciembre, 2000).

8 ARAÚJO, Fernando. **A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida**. São Paulo: Almedina, 1999. p. 19 e ss.; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves.**Direito ao patrimônio genético.** São Paulo: Almedina, 1998; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade:** Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial. São Paulo: Del Rey, 2000. p.119 e ss.

9 Os artigos 8º e 12º da Convenção Européia dos Direitos do Homem reconhecem que todas as pessoas têm o "direito ao respeito de sua vida privada e familiar" e o "direito de constituir família" (que no plano constitucional português está amparado pelo art. 36, nº I e no ordenamento brasileiro, art. 5º, "caput"). Em Portugal, a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias entendeu, ao debruçar-se sobre o possível direito que as mulheres não-casadas teriam de aceder às técnicas reprodutivas, que a "Convenção Européia dos Direitos do Homem não consagra um direito de procriar ilimitado e absoluto – e nesse sentido se pronunciou igualmente o Comitê Diretor para os Direitos do Homem (CDDH) do Conselho da Europa, consultado pelo Comité ad hoc de peritos para os progressos das ciências biomédicas (CAHBI) sobre a questão". Relatório da Comissão, in Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias, Centro de Direito Biomédico, 1993.

problemas que decorrem da utilização das mais diversas técnicas de reprodução assistida, o que propicia a defesa da existência de limites para este novo direito invocado como fundamental.

Não se poderá negar que os direitos fundamentais de uma pessoa vão estar em causa quando se recorre às mais variadas técnicas de reprodução assistida. Valores como a vida, a liberdade, a intimidade, a dignidade da pessoa humana terão de ser resguardados, para que não justifiquem práticas com soluções aéticas, levando, em muitas das vezes, à atenuação de princípios fundamentais, como é o caso do direito à identidade genética[10] como historicidade pessoal.

De fato, ao abono do avanço das técnicas reprodutivas, não se pode deixar à margem os direitos fundamentais dos seres envolvidos nesta nova relação, de forma que haja o dever de assegurar o direito das futuras gerações, colocando a "pessoa no espaço reservado ao protagonista na pesquisa histórica do seu passado identificador, como na construção, enquanto autora responsável, do seu próprio futuro".[11]

A atribuição do direito da personalidade é aqui apreciada como o direito à identidade pessoal e ao seu desenvolvimento, bem assim à dignidade e à identidade genética do ser humano, tudo em estrita observância do que dita o art. 26, números 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa, e ao que preconiza o § 2º, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, o direito ao pleno desenvolvimento humano remete ao problema de saber se um indivíduo concebido por meio de uma técnica de reprodução assistida tem o direito de fazer conhecer (e por vezes

10 **João Loureiro** levanta a tese da necessidade e importância quanto à proteção do direito (bio) constitucional da identidade genética em três vertentes, a saber: 1)o direito ao conhecimento biológico, 2)o direito de não ser clonado, enquanto garantia da integridade genética e por fim, mas não por último, o 3)direito ao conhecimento da identidade pessoal ou da historicidade pessoal. (LOUREIRO, João. **Direito à identidade genética do ser humano**: Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999).
No mesmo sentido, mas apreciando a matéria sob ângulo mais abrangente, **Paulo Otero** refere que a identidade pessoal comporta duas dimensões distintas: 1)a identidade pessoal absoluta, ao qual se protegeria a composição genética do ser humano e o direito de não ser clonado em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana; e 2)a identidade pessoal relativa, através do direito ao conhecimento da biparentalidade genética. (OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade pessoal e Genética do Ser Humano:** um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999).

11 LABORINHO, Lúcio Álvaro. A genética e a pessoa: o direito à identidade. **Revista do Ministério Público**, ano 22, n. 88, p. 7-20, out./dez. 2001, especialmente na p. 9.

reconhecer[12]) sua ascendência biológica, sua parentalidade, embora já esteja sedimentada a paternidade socioafetiva, e tudo o mais que decorre desse estado de filiação.

Pese a existência ou não do direito ao conhecimento biológico a matre e a patre, interessa sobremaneira se debruçar sobre o direito que tem o doador[13], na livre disposição de seu corpo[14], de não assistir ao véu de seu anonimato ser descortinado, e por isso mesmo, de não ter direito ao conhecimento de sua descendência biológica, diante (e este um dos principais argumentos que se levanta a seu favor) da absoluta falta de um projeto parental[15], embora, como se verá adiante, o reconhecimento de um direito (conhecimento da origem biológica) não leve ao estabelecimento desta verdade como geradora de uma filiação.

2 COLOCAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

2.1 UM DIREITO FUNDAMENTAL DE PROCRIAR "ARTIFICIALMENTE" E SUA RECEPTAÇÃO PELOS ORDENAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

Para análise do direito ao nascido das técnicas reprodutivas assistidas, de conhecer sua parentalidade biológica, este o ponto central do trabalho, necessário o estudo, por questões prévias, no que pertine à aceitação ou não

12 A este propósito, ver: (AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de reprodução medicamente assistida, **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**, v. 61, n.2, p. 655-713, 2000. QUEIROZ, Juliane Fernadez. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: Doutrina e Legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001).

13 Expressão melhor utilizada pela doutrina portuguesa em contraposição a figura do doador, já que a doação configuraria **negócio jurídico** gratuito. Entendendo que a entrega de gametas constituiria ato de livre disposição do próprio corpo. (LUÍSA NETO. **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo:** a relevância da vontade na configuração de seu regime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004). No Brasil, adotou-se a denominação de doador, inclusive trazendo no corpo do projeto de lei nº 2.885, de 1997, a expressão contrato gratuito (art. 9º).

14 Havendo os que advogam tese contrária, a exemplo de João Álvaro Dias, não podendo a dação de gametas configurar ato livre de disposição do próprio corpo, por constituir coisa fora do comércio, violar a integridade física do indivíduo na sua essência, para além de poder configurar ato desrespeitoso à moral e aos bons costumes. (DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e responsabilidade médica**, p. 122-158, especialmente p.140-141).

15 RUBELIN-DEVICHI, Jacqueline. Le projet parental. **Journal Internacional de Bioethique**, v.1, n. 2, p. 78-86, 1990) acerca do papel que o projeto parental e dos fornecedores do material genético para o funcionamento dos CECOS em França.

da técnica heteróloga, tendo que a permissibilidade ou proibição[16] serão determinantes da configuração do problema suscitado[17], havendo mesmo quem se levante contra sua constitucionalidade[18].

Neste sentido, destaca-se a instrução Donum Vitae[19] da Congregação da Doutrina da Fé, ao passo que considera, a utilização do esperma ou do óvulo de terceiro, uma violação ao compromisso recíproco do casal, bem como falta grave quanto à essência da unidade matrimonial, equiparando a técnica heteróloga ao adultério, para além de afetar o direito do filho, eis que o priva da relação filial com suas origens paternas, o que poderia dificultar a formação de sua identidade pessoal.

Não se fará uma incursão, como já se previu, dos inúmeros processos existentes; apenas, e tão-somente, a reprodução assistida heteróloga[20], realizada com a participação de um terceiro, geralmente um homem (a dação e posterior congelamento de ovócitos não consegue sustentar o mesmo êxito do congelamento dos gametas masculinos), por trazer freqüentemente consigo a questão do anonimato, a depender da legislação de cada País.

16 **Vieira de Andrade**, ao analisar a questão da procriação assistida com dador e sua problemática em torno dos direitos fundamentais, conclui que o ordenamento português se mostra receptor a toda a procriação assistida, muito embora pondo em conflito "a inviolabilidade da vida enquanto um valor natural, ligado à dignidade da pessoa humana, e, por isso, desfavorável, em geral, à procriação heteróloga [...]. (ANDRADE, Vieira. **Procriação Assistida com doador:** o problema do ponto de vista dos direitos fundamentais. In: Colóquio Interdisciplinar: 12-13 de Dezembro de 1991. Coimbra: Universidade de Coimbra Faculdade de Direito - Centro de Direito Biomédico, 1993. p. 49-65, esp. 53).

17 O eventual direito ao conhecimento da ascendência genética pode contrariar o projeto de casal estéril que recorre à técnica com doador e pretende não só que a operação se conserve sigilosa como também que o doador permaneça anônimo. Cf. (OLIVEIRA, Guilherme de. Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. In: **Temas de Direito da Medicina**, Coimbra, p. 5 e ss, 1999).

18 **Oliveira Ascensão**, neste particular, faz severa crítica à reprodução com recurso a dador defendendo a tese que o filho tem direito a um pai e uma mãe (biológicos), devendo a técnica reprodutiva se estender até onde o Direito o salvaguardasse, evitando a instrumentalização do novo ser. In: OLIVEIRA, Ascensão. Direito e Bioética. **Revista da Ordem dos Advogados**, p. 428-458, p. 447, 1991. Ver ainda, (OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade pessoal e Genética do Ser Humano:** um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999. p. 92; AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida. **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**, p. 655 e ss, 2000).

19 Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação

20 Como salienta Vieira de Andrade, Op. cit, p. 53, "também os direitos pessoais referidos no art. 26 da Constituição são esgrimidos num e noutro sentido: a reserva da intimidade da vida privada e familiar serve para fundar uma esfera de liberdade de decisão sobre os modos de assunção da paternidade e maternidade; mas o direito à identidade pessoal é invocado em nome dos filhos, como direito ao conhecimento da ascendência genética, contra o anonimato do dador, freqüente na reprodução heteróloga".

No âmbito da Constituição Portuguesa, o direito a procriar[21], visto e consagrado como um direito à vida (art. 24) e conjugado ao direito de se constituir família (art. 36, nº 1), levaria a conceber um direito procriativo, mesmo se utilizando de técnicas artificiais, defendendo-se neste contexto um conceito personalista e não biologista (ou fisicista)[22] da procriação, garantindo a procriação aos sujeitos que necessitem desses meios para cumprir os desideratos constitucionais do livre desenvolvimento da personalidade e de constituição da família (art. 67, nº1 e nº2, alínea e)[23].

Embora a reprodução assistida com doador pareça representar uma interferência no processo reprodutor do casal, e o que é mais grave, na própria constituição da família, não parece que o recurso à técnica em estudo venha desnaturar o instituto[24], que, protegido constitucionalmente, em igualdade de condições, tem direito à proteção da sociedade e do Estado, assim como à efetivação de todas as condições que permitam a realização

21 A propósito, Cf. ARAÚJO, Fernando**. A procriação assistida e o problema da santidade da vida**, Almedina, 1999, sustentando que a liberdade procriativa elevada à categoria de direito, levantaria questões "melindrosas" , como o direito de uma mulher casada ter filhos sem o consentimento de seu consorte ou mesmo a possibilidade de pessoas portadoras de doenças genéticas e contagiosas graves terem este direito (exemplos fornecidos pelo autor), tornando assim "duvidoso" o direito a procriar.

22 **Luiz Archer**, fazendo menção à aceitação até mesmo por parte de moralistas católicos quanto a aceitação ou não de técnicas artificiais, sustenta que na visão destes "o que passa a ser fundamental é a união entre o amor inter-pessoal do casal e a procriação, e não sendo necessariamente entre esta e o acto sexual", (ARCHER, Luiz. Ética da reprodução medicamente assistida. **Brotéria**, p. 386-406, nov. 1992). Em corrente oposta, veja-se a instrução Donum Vitae, ao considerar como forma digna de originar a vida, a cópula entre o homem e mulher, mas considerando a técnica homóloga (ARCHER, op. cit., p. 357).

23 De igual pensar, os relatórios-parecer **3/CNEV/93** sobre reprodução medicamente assistida, e **23/CNEV/97** e **44/CNEV/04**. Neste sentido, em Portugal, os dois projetos de lei pendentes de apreciação na Assembléia da República tendem a dar cumprimento ao art.67, nº2, da CRP.
Já no cenário legislativo brasileiro, existe a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996 a regulamentar o planejamento familiar (art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988) e ainda tramitam pelo Congresso Nacional três projetos de lei acerca da reprodução assistida, a saber: projeto de Lei n. 3.638, de 1993; Projeto de Lei n. 2.855, de 1997 e Projeto de Lei do Senado n. 90, de 1999.

24 Entendendo que a procriação assistida com aporte de gameta estranho ao casal não constitui forma subsidiária de reprodução, daí inexistindo direito fundamental a este tipo de procriação, (Cf. AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, p. 656 e ss. 2000, esp. 673 da qual se transcreve: "Acontece, porém, que o direito a procriar constitui como vimos uma modalidade do direito de constituir família – art. 36, n. I, da CRP. Ergo, encontra-se funcionalmente dependente do conceito constitucional consangüíneo de família resultante da densificação personalista desta. Em face de um tal conceito do "elemento fundamental da sociedade", não é concebível a criação de uma família biologicamente disfuncional, a qual se encontraria na eminência de dissolução pelo simples exercício tanto do direito do conhecimento e estabelecimento da ascendência biológica directa, como do direito ao conhecimento e estabelecimento da descendência biológica directa".

pessoal dos seus membros,[25] cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício, sendo proibida qualquer forma coercitiva, por parte das instituições oficiais ou privadas.

A receptação ou não pelo ordenamento jurídico português da reprodução assistida com recurso a doador não aparenta ter sofrido limitações ao seu exercício, protegendo-o contra esse tipo de situação, pelo conclui Vieira de Andrade que "a Constituição não proíbe, em termos absolutos ou de princípio, a procriação com dador, ou no jogo dos direitos fundamentais, que a procriação heteróloga não é excluída pela determinação dos limites imanentes dos direitos fundamentais"[26].

Já abertura no cenário constitucional brasileiro parece ocorrer perante o art. 5º, "caput", tornando inviolável o direito à vida, que erigida à fonte primária de outros bens jurídicos, alberga outros direitos, como a intimidade, a liberdade, a igualdade.

Juliane Fernandez Queiroz[27] invoca, ainda, e com razoável acerto, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, da Constituição Federal de 1988, atraindo para si todos os demais direitos fundamentais do homem, incluindo aí o direito à vida (aqui entendido como o direito de procriar).

O texto vertente ousa discordar da autora, entendendo que o princípio da dignidade da pessoa humana é de observância obrigatória nos processos de reprodução assistida, como forma, até, de não instrumentalização da vida humana, como nos casos de clonagem, já que decorre, do referido cânone, o direito de não ter manipulado seu patrimônio genético, de ter seu componente mais íntimo e singular intocável. O direito de procriar não decorreria, assim, do princípio da dignidade da pessoa humana, como forma digna de existência, mas, e sobretudo, do fato de cada um ter direito à vida e à saúde, portanto desenvolvê-las de forma plena e livre.

Mas a proteção tende a ser reforçada pelo corpo do artigo 226, §7º, da Constituição Federal da República do Brasil, cabendo ao casal, e portanto mantendo intocada a esfera da vida privada e familiar neste sentido, a

25 Art. 61, nº1, da CRP.

26 ANDRADE, Vieira de, Op. cit., p. 57. Acerca dos limites imanentes, do mesmo autor. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

27 QUEIROZ, Juliane Fernandez. **Paternidade:** aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

iniciativa do planejamento familiar, sendo vedada toda e qualquer medida coercitiva por parte de instituições públicas ou privadas, não havendo, de forma direta e objetiva, qualquer restrição, antes, a obrigação do Estado em desenvolver programas sociais e científicos que garantam a constituição e integridade do instituto familiar.

Fundado no principio da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, o art. 226, §7º, da Constituição da República Federativa do Brasil, trata do planejamento familiar como livre decisão do casal, não fazendo nenhuma restrição à liberdade de procriar, a não ser ao resguardo dos princípios epigrafados.

Neste sentido, no Brasil, a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996 veio regular o §7º, do art.226 da Constituição, tratando do planejamento familiar entendido como "o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta iguais direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (art. 2º). (grifos de agora)

A norma, de cunho materialmente fundamental, parece afastar a tese de que a técnica heteróloga não teria assento constitucional, garantindo-se a todos o direito à constituição da família em igualdade de condições.

Localizados na matriz constitucional a sede e o âmbito da proteção concedida (direito de dar a vida, inclusive com recurso a dador), interessa ainda saber:

> 1. Se há, e diante de uma resposta positiva, quais preceitos no plano dogmático-constitucional brasileiro e português tutelam a identidade pessoal enquanto direito de conhecer sua verdadeira origem biológica;
> 2. Se a consagração do princípio do anonimato[28] do dador não entraria em rota de colisão com o direito do filho de conhecer sua ascendência biológica;
> 3. Verificar até que ponto é possível a pacífica co-existência de tal prática sob o manto de tais normas ou pelo contrário, se há uma desconformidade das mesmas com o comando constitucional.

28 Em Portugal, o projeto de lei nº 90/IX trata da confidencialidade do recurso às técnicas e de todos os que se fizeram envolver, garantindo ao nascido da técnica o acesso aos dados genéticos, excluindo-se a identificação do dador. Interessante neste sentido, confrontar-se com o Parecer **44/CNEV/04**, que no seu item 10, reconhece o direito do filho à identidade pessoal e biológica, a partir da maioridade legal deste, ficando salvaguardado a possibilidade de identificação do dador.

3 O ANONIMATO DO DOADOR

3.1 A DAÇÃO DE SÊMEN OU OVÓCITO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E A NÃO COISIFICAÇÃO DO BEM DA VIDA

Antes de se discutir a consagração, ou não, pelo anonimato, com os problemas acarretados por sua defesa ou por seu afastamento no âmbito das legislações que tratam de processos medicamente assistidos, ventilou-se a questão de saber se o dador (a) de gametas[29], poderá, no uso de seu próprio corpo, dispor de bens essenciais de sua personalidade, como se faz crer na cedência do material genético.

Referindo a questão sob o aspecto da integridade física do indivíduo, poder-se-á entender que a dação constitui violação aquele direito da personalidade e está muito além das faculdades de consentimento e autolimitação que são atribuídas ao indivíduo, entendendo Álvaro Dias que "o homem não tem direito subjetivo sobre o seu corpo; carece de poderes de disposição sob os bens da personalidade que pela sua própria essência são res extra commercium"[30].

Ao estabelecer certa sinonímia com o ato "socialmente louvável (da) doação de órgãos expressão de uma certa disponibilidade do corpo humano", Álvaro Dias indaga se "por si só justificaria sem mais a licitude da doação de gametas e da utilização de técnicas laborais tendo em vista a procriação medicamente assistida?"[31].

De certo que não, mas também não é possível ao jurista ignorar o progresso e avanço das ciências neste domínio, pelo fato de tais matérias contenderem, pela sua natureza, com os valores culturais mais fundamentais, sendo papel do Estado regular as novas situações, no intuito de salvaguardar os direitos subjetivos, em cada caso.

29 Cf. LUÍSA NETO, p. 576 e ss.

30 O autor, citando CARVALHO, Orlando de. Direito das Coisas, p. 101, aduz que "se a pessoa pode ser objectivada não pode ser, todavia, coisificada ou reificada, ao nível da consciência ético-jurídica moderna." (CARVALHO, Orlando de. Direito das Coisas. In: CARVALHO, Orlando de. **Reprodução assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Editora Coimbra, 1999. p. 101).

31 DIAS, Álvaro, op. cit., p. 141.

3.2 QUESTÕES ÉTICO-JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DO ANONIMATO DO DADOR

O anonimato do dador é um dos principais problemas que se colocam no domínio da reprodução assistida, na medida em que o reconhecimento do direito à ascendência biológica vem progressivamente tomando corpo, tornando impraticável o anonimato, o que todavia, não faz diminuir o número dos processos heterólogos nos países que garantem o conhecimento da paternidade biológica[32].

Como os direitos de um (dador[33]) parecem afastar (ou mesmo afastam?) os direitos do outro (filho nascido[34] da técnica heteróloga), não se poderia abraçar a defesa de qualquer deles, sem antes externar em que se baseiam as razões ético-jurídico-constitucionais invocadas na defesa ou não do anonimato e na salvaguarda do direito à identidade pessoal.

Na melhor síntese do problema apresentada por Guilherme de Oliveira, "qualquer delas se apoia na defesa de valores ponderosos, respectivamente, na defesa da paz da família e na defesa da verdade acerca da ascendência biológica. O anonimato do dador parece exprimir bem a irrelevância da sua identidade e do seu papel social no processo da fecundação; porém, a ocultação da verdade biológica parece contrariar não só a relevância, em geral, dos conhecimentos das ciências biológicas, mas também o culto da verdade nas sociedades em que o problema da inseminação heteróloga se põe"[35].

E o que se pode vê são dois pólos: os dos países de influência anglo-saxônica dizendo não ao anonimato, cultivando o direito ao conhecimento biológico, ao livre desenvolvimento da personalidade; e os países

32 Segundo: MACHADO, Joaquim Pinto apud SHENFIELD F.; STEELE, S.J. What are the effects of anonymity na secrecy on the welfare of he child in gamete donationa? **Human Reproductions,** v. 12, p. 392-395, 1997. In: Relatório sobre o Projecto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida, jul. 1997, CNEV, a experiência sueca demonstra o contrário: passados alguns anos de declínio (a regulamentação é de 1985), os dadores têm aumentado [...].

33 Apenas para elencar alguns deles, inexistência de um projeto parental e de qualquer responsabilização pelo nascituro, direito à livre disposição do próprio corpo, direito ao não estabelecimento da paternidade.

34 Por outro lado, o direito ao conhecimento da paternidade biológica, ao livre desenvolvimento da personalidade, ao estabelecimento da paternidade biológica.

35 OLIVEIRA, Guilherme de. Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. In: OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de Direito da Medicina**, Coimbra, 1999. p. 6-30.

de influência francesa, donde não se deve permitir a cognoscibilidade do dador, como forma, inclusive, de garantir a continuidade das dádivas, o não estabelecimento de uma filiação irresponsável[36] e à atribuição de direitos e deveres próprios do exercício do poder paternal àquele que não o desejou para si ou mesmo não desenvolveu um projeto parental.

Ao ser considerado o critério biológico como único e suficientemente bastante para a determinação da filiação, e em se conhecendo a identidade do dador (muito embora as legislações tendam a afastar o vinculo paterno-filial) a expectativa sucessória suscitaria problemas e conseqüências absurdas, tudo isso levando em conta que os gametas de um único dador fecundam, no mínimo, 03 mulheres, e a legislação de alguns países, como o Brasil, não restringe a ação de investigação de paternidade, como se verá adiante.

Poder-se-ia sustentar, pelos que não defendem o anonimato (Estados Unidos, Alemanha, Grã-Bretanha, Suécia, Noruega, Dinamarca, Suiça), que a inseminação levada a efeito com recurso a dador (a) e com a sustentação do princípio da confidencialidade máxima, como em França[37](com algumas permissões à identificação, Brasil, Portugal), retira da criança, assim nascida, o direito a conhecer sua parentalidade biológica.

Neste sentido, o de garantir uma bipatentalidade genética ao filho concebido, a lei italiana n. 40, de 19 de fevereiro de 2004, com entrada em vigor em 10 de março de 2004, afastou totalmente a hipótese de uma reprodução desencadeada com recurso a dador (art.4, n.3) considerando que toda a criança tem direito a uma família normal, com pai e mãe genético-biológicos, salientando-se a importância da preservação da família natural e do direito à identidade psico-existencial do concebido[38], o que de certo modo a figura

36 **Luis Archer** nos traduz a questão da dação de gametas, freqüentemente acompanha pelo anonimato, como a "intenção de transmitir vida desresponsabilizando-se dum projeto parental. "não (estando) estão os dadores a actuar na linha da auto-realização responsável, que é o objetivo da liberdade ética [...]. (ACHER, Luis. **Ética da Reprodução Medicamente Assistida**, Brotéria, n.135, p. 386-406, esp. 401, 1992).

37 O direito francês permite e organiza o segredo da filiação biológica. Assim, as leis de 29 de julho de 1994 interditaram a criança assim nascida de conhecer a identidade de seu progenitor e de ter a acesso a toda a informação respeitante.

38 **Carlo Casin**i et al., La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita, In: CASINI, Carlo et al. Il Diritto di famiglia e delle persone. **Rivista Trimestrale**, v. 33, Aprile-Giugno, 2004, Studi, p. 489-533, esp. 515; da ao explicar a decisão de se excluir a prática heterólogа e a tendência de outros Países (Suécia e Noruega) aponta como razão : "il diritto Del conceptito de nascere e crescere come filgio di un umo e di una donna legati da una relazione stabile di affetto. In altri termini, à diritto e interesse del figlio avere una madre e un padre che siano tali sotto ogni profilo (genetico, affettivo, legale)" .

dum estranho na relação, e ainda mais do seu anonimato, não trariam.

Por outro lado, a necessidade de consolidar o novo ser no seio familiar que o desejou parece abalar-se com a identificação do terceiro, que contribuiu decisivamente para o nascimento, desestabilizando a relação paterno-filial já estabelecida e indo de encontro ao próprio direito à vida privada e familiar..

Há ainda a invocação de necessidade médica, para fins de identificação do dador, como forma de conhecer os antecedentes hereditários, prevenir e tratar patologias gênicas, o perigo de relações incestuosas entre os dadores e os nascidos da técnica, tudo a levantar a bandeira contra o anonimato.

As legislações que vão surgindo, nos diversos países, assumem uma posição cautelosa, deixando por vezes cair o anonimato, naquelas que o consagram, apenas por razões ponderosas e que tragam perigo ou risco de vida para o nascido[39], como que analisar-se-á em momento posterior no que respeita aos projetos de lei existentes em Portugal e Brasil.

3.3 A INEXISTÊNCIA DE UM PROJETO PARENTAL COMO AFASTADOR DE QUALQUER RELAÇÃO /VÍNCULO PATERNO-FILIAL – O PARADOXO DO CRITÉRIO BIOLÓGICO E DO CRITÉRIO SÓCIO-AFETIVO

Embora a idéia de a revelação da identidade do dador esteja prioritariamente ligada à descoberta do verdadeiro vínculo biológico do concebido com técnicas assistidas heterólogas, dando-lhe e consagrando-lhe o direito fundamental do conhecimento genético em todas as suas variantes[40], confe-

39 Assim ocorre em Portugal como o Projeto de Lei nº 90/IX, de autoria do Partido Socialista (art. 12) e com o Projeto de Lei de autoria do Bloco de Esquerda (art. 9º, n.3, e art 10º); já no Brasil, onde correm 03 projetos de lei, o quadro apresenta soluções distintas: O projeto de Lei n. 3.638, de 1993, consagra o anonimato dos "doadores", não admitindo a identificação do doador, mesmo em casos de motivação médica (art. 10, III); o Projeto de Lei n. 2.855, de 1997 também contempla o anonimato dos doadores, podendo a equipe médica exclusivamente, mas sem a identificação civil do doador (art. 9º, Parágrafo único); o terceiro e último, o Projeto de Lei do Senado n. 90, de 1999, impede a identidade recíproca entre doadores e usuários, mas permite a criança, exclusivamente, o acesso à identidade no momento em que completar sua maioridade jurídica ou mesmo no momento de falecimento de ambos os pais, se assim o desejar (art. 6º, §§ 1º e 2º), permitindo ainda o estabelecimento da paternidade dos doadores ou da mãe substituta nos casos em que o reconhecimento da filiação não foi exercitado desde o nascimento, quando a criança não possuir em seu registro civil a filiação relativa ao sexo de um daqueles(art. 12, § 1º).

40 Procurando dar forma ao conceito de identidade genética, LOUREIRO, João. **O Direito à Identidade Genética do Ser Humano** apresenta três acepções ao termo: a identidade genética correspondente ao genoma humano (1), a identidade genética como sinonímia para dois ou mais seres que detenham a mesma constituição genética, como as figuras do clone e clonado, mesmo, analisa, que imperfeita(2) e por último, o termo abrangeria o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, então ao nível da identidade pessoal(3). Stvdia Ivrida, 40, Colloquia 2, Portugal – Brasil Ano 2000, p. 264-389. Cf. OTERO, Paulo.

rindo-lhe assim o desenvolvimento de sua personalidade através de sua historicidade pessoal, cabe aqui questionar se o critério biológico é a única fonte primária para a determinação da personalidade, ou se, do contrário, é apenas mais uma faceta, não menos importante por exemplo, que o convívio social estabelecido com os pais sócio-afetivos, na busca de sua formação.

Com a descoberta do genoma humano e, por fim, com o poder de desvendar-se o eu mais íntimo de cada um, a verdade biológica parece ganhar e fixar raízes, e na defesa do anonimato do dador, a falta de um projeto parental, como forma de afastar a paternidade, parece fazer surgir um verdadeiro parodoxo entre a verdade biológica e o vínculo socioafetivo, fazendo com que a proteção dos dadores de material genético reforce o reconhecimento do exercício da função paterna como o verdadeiro conceito de paternidade responsável[41], o que não estaria presente num simples ato de entrega de gâmetas por parte do dador, afastando de si, a filiação[42] e o reforço de mero contributo biológico[43].

Neste rumo, ser filho é algo mais que ser geneticamente herdeiro de seu progenitor, e nos casos de reprodução heteróloga, a figura paterna biologicamente não pôde contribuir para o nascimento daquele, mas, aqui, a filiação constrói-se pelos laços afetivos, historicidade pessoal de cada membro pautada por alegrias e tristezas, ligações de parentesco, apoio, comprometimento, solidariedade e influência do ambiente familiar e social,

Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano [...], este fazendo menção apenas à identidade genética como identidade pessoal absoluta e identidade à historicidade pessoal como identidade pessoal relativa, pg. 64; fazendo menção à identidade genética como direito ao patrimônio genético (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético.** Coimbra: Almedina, 1998).

41 O art. 226, § 7º, da Constituição Federal do Brasil, proclama os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável como fundadores do planejamento familiar.

42 Engrossando as fileiras desse entendimento e de que a formação das novas famílias não deverá definir-se exclusivamente pela existência da triangulação clássica: pai, mãe e filho biológicos, assevera **Maria Claudia Crespo Brauner** que: "Além disso, sustenta-se que o critério biologista, ou seja, os valores simbólicos ligados à hereditariedade, ao parentesco e ao conhecer as origens devam ceder lugar, progressivamente, à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica", apud ALMEIDA, Maria Cristina de Almeida. Filhos de Reprodução Assistida. In: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p.277 e ss., esp.281.

43 Paula Martinho da Silva, ao concluir sobre o principio do anonimato do dador, chega à duas exceções diante de sua observância: a garantia do interessado aos dados genéticos do dador(1), ou o acesso do interessado à identidade do dador(2), mas em qualquer dos casos, sem implicar na intenção de paternidade do dador ou de quaisquer direitos sobre a criança por parte deste, remetendo o seu papel a mero contribuinte genético. (SILVA, Paula Martinho da. Anonimato do Dador: um exemplo [...]. **Boletim da Ordem dos Advogados**, n.1, p. 1-5, 1987).

realidade esta que a simples determinação da verdade biológica e a quebra do anonimato do dador não poderão trazer para o desenvolvimento da identidade pessoal do individuo.

3.4 O DIREITO AO ANONIMATO DO DADOR E AO NÃO- ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA – A NECESSÁRIA DISTINÇÃO DA FIGURA DO DADOR E DO PAI SÓCIO-AFETIVO E A GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Sem analisar, neste momento, se o anonimato do dador fere frontalmente o direito fundamental à identidade pessoal do indivíduo[44] (art. 26, nº 1, da CRP e art. 5º, §2º, CFB), cabe referir que a maior parte da doutrina dos países que adotam o anonimato do dador, assim como os que asseguram o acesso à sua identidade, assenta no entendimento de que a paternidade do dador não poderá restar configurada, como forma inclusive, de garantir e preservar a unidade da família, consagrando-se a paternidade socioafetiva e a existência volitiva de um projeto parental levado a efeito ainda com a participação de um terceiro.

À guisa de exemplo, no Reino Unido a Human Fertilization and Embriology Act de 1990 institucionalizou a inseminação heteróloga admitindo, consequentemente, um corte em face da filiação natural; em França, a Lei nº 653, de 29 de julho de 1994, introduziu no Code Civil, art. 311, nº 19, que estabelece o corte filial entre o dador de gâmetas e o concebido. Acrescenta, ainda, no art. 311, nº 20, que o consentimento, dado a uma procriação medicamente assistida, proíbe toda a ação de impugnação de filiação ou de reclamação de estado; em Espanha, a Ley nº35/1988, de 22 de novembro, ao tempo em que determinou a permissibilidade da dação de gâmetas e o anonimato, afastou a possibilidade de estabelecimento de filiação jurídicas entre o novo ser e os dadores de material genético(art. 8º, nº 3).

Tanto na doutrina portuguesa como na brasileira, há certa concordância em que o conhecimento do dador genético, por parte do filho biológico, não poderá implicar na reivindicação de quaisquer direitos em relação

44 No mesmo sentido, a Lei Fundamental da Alemanha Federal confere à criança o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade e dignidade humana (art. 1º,§ 1º e art. 2º, § 1º).

àquele ou de deveres daquele para com o próprio.[45]

Neste sentido, o projeto de lei nº 90/IX exclui a paternidade do dador de sêmen, da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer direitos ou deveres em relação a ela, não impedindo, todavia, a publicidade dos meios que visem fazer prova da paternidade para efeito de comprovação de impedimentos matrimoniais.

Os projetos de lei brasileiros confirmam o mesmo entendimento (Projeto de Lei n. 3.638, de 1993, art. 10, II; Projeto de Lei n. 2.855, de 1997, art. 21; Projeto de Lei do Senado n. 90, de 1999, art.11) cabendo referir, em especial, o Projeto de lei nº 90, do Senado, sobre a possibilidade de estabelecimento da paternidade, por parte da criança, do doador e da mãe substituta, quando, desde o nascimento, a criança não teve a filiação reconhecida relativa à pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta.

Essa prerrogativa traz à baila, não obstante a consagrada imunidade paterno-filial do dador, que o contribuinte do material genético, ou mesmo a pessoa assim concebida, poderá ingressar com ações de investigação[46] e negatória de paternidade[47], respectivamente, na busca da determinação da verdade biológica, e por seu estabelecimento[48].

45 Num paralelo com a legislação espanhola, um das mais avançadas no que pertine a esta temática, permitindo inclusive que mulheres solteiras e que não vivem em comum afeto com um parceiro um parceiro, possam aceder a técnicas de reprodução assistida, prerrogativa esta não presente na maioria das legislações, que apenas admitem o acesso a processos de reprodução assistida a casais casados ou em união estável ou de fato, estabelece a imunidade jurídico-familiar do dador, ou seja, em nenhuma hipótese o dador será considerado pai - para todos os efeitos legais - da criança concebida, com o objetivo de facilitar a prática da técnica. PANTALEÓN. Fernando Técnicas de reproducción asistida y constitución. **Revista del centro de estudios constitucionales**, v. 15, mayo-agosto, p. 129-160, esp.144,1993.

46 Em doutrina espanhola, PANTALEÓN, Fernando Pantaleón, op. cit., p. 142, asevera que "ningún sentido tendría tampoco argüir contra la tesis aquí mantenida lo indeseable que resultaría que el donante de semen pudiera reclamar la paternidad del niño, impugnando a la vez de marido de su madre. La falta de legitimación activa al efecto del donante de semen es indiscutible en nuestro Derecho. Pero es que, además, en modo alguno se afirma aquí que el donante tenga derecho a conocer la identidad del hijo generado con su semen".

47 Cf. QUEIROZ, Juliane Fernandez. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. p. 155 e SS. AGUIAR, Francisco Manuel Fonseca de Aguiar. O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida. **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**, Coimbra, 2000, pp. 656 e ss. OLIVEIRA, Ascensão. Procriação Assistida e o Direito: Estudos em Homenagem ao Professor Pedro Soares Martinez, p. 656.

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

3.5 O ANONIMATO DO DADOR NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO E PORTUGUÊS[49]

Portugal e Brasil não possuem, no momento, direito constituído a versar sobre a matéria, razão pela qual a discussão reger-se-á em torno dos projetos de lei pendentes de aprovação nas duas nações.

Neste compasso, é de verificar-se que, em Portugal, os projetos de lei que versam sobre a matéria (projeto de lei nº 90/IX, de autoria do PS, art. 12º e o projeto de lei do Bloco da Esquerda, art.º10) abraçam e defendem o princípio do anonimato dos dadores, só se permitindo, no caso do primeiro, que as pessoas concebidas por este meio tenham acesso a todas as informações que lhes digam respeito, apenas por razões médicas ponderosas, desde que excluída a identificação do dador(a exemplo no que ocorre na Espanha, com a consagração do aninomato relativo), ou ainda a própria identificação, quando reconhecida por sentença judicial, razões que, na prática, se tornam pouco prováveis de serem efetivadas.

Mas é de se observar, todavia, que a matéria sofreu nítida evolução ao longo dos anos, desde o projeto de 87, que preconizava a concepção tradicional do anonimato[50], passando pelo Relatório de CNEV, 3/CNE/93, que se posicionou contrário ao anonimato, ao defender que a consagração do desconhecimento da origem genética contrariava direitos humanos e fundamentais, além de dificultar o tratamento de doenças genéticas de manifestação tardia;

Prosseguindo na mesma esteira de pensamento, o Projeto de 95[51] e o

49 Apesar de o trabalho visar um estudo luso-brasileiro, cabe aqui uma breve referência e lançar d'olhos sobre as legislações que tratam sobre os processos de reprodução assistida e a receptação ou não do princípio do anonimato do dador. Assim sendo, em Alemanha, Lei de 1990 proíbe o anonimato do dador; em Suécia, a Lei 1140/1984 de 20 de dezembro, não permite o anonimato e a Lei 711/1988 proíbe a dação de gametas; em Noruega, a Lei 68/1987 de 12 de junho proíbe o anonimato do dador e a investigação de paternidade por contribuinte do material genético e da criança assim concebida; na Suíça, a Resolução de Abril de 1988 veda a inseminação heteróloga; disposição esta considerada inconstitucional pelo Tribunal Federal Suíço em Março de 1989; Em França, permite-se o anonimato; Em Espanha, pela Lei 35/1988 o anonimato também é consagrado.

50 Não se permitia a revelação da identidade dos dadores e beneficiários, apenas se reconhecendo ao filho o direito de saber o modo de sua concepção, e até as características genéticas dos dadores, por razões de ordem médica, mas nunca a revelação de sua identidade. ARCHER, Lúis**.** Procriação Medicamente Assistida: evolução do pensamento ético entre 1986 e 1999. **Brotéria**, v. 150, mar. 2000.

51 "as pessoas nascidas em conseqüência de processos de procriação medicamente assistida com recurso à dádiva de gametas ou embriões podem, por razões médicas devidamente comprovadas, obter do centro as informações que lhes digam respeito, incluindo a identificação do dador" (art. 10, n.2) ou logo que atinjam a maioridade, obter as mesmas informações independentemente de quaisquer razões. (ARCHER, op. cit., p. 350).

relatório 23/CNEV/97, defendem o direito de acesso, de pessoas concebidas por técnicas, ao dador, direito irrestrito ao conhecimento biológico-genético destes aí se incluindo a identificação do dador. Já o PL 135/VII recuou um pouco e condicionou o direito a conhecer a identidade do dador, apenas por razões ponderosas reconhecidas judicialmente e o Dec. 415/VII determinou que, após a maioridade, as pessoas nascidas das técnicas heterólogas poderiam obter informações quanto a seu nascimento, inclusive o conhecimento dos dadores.

Mais recentemente, o Parecer 44/CNEV/04 reconhece que deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica, não fazendo menção da necessidade de comprovação de razão ponderosa.

Já no caso brasileiro (em que existem três projetos de lei em circulação), as soluções se apresentam de forma distinta, quanto à revelação da identidade civil do doador[52] e ao momento em que devam as informações ser trazidas à baila, mas a maioria consagra, assim como em Portugal, a não congnoscibilidade do doador, a exemplo, também, de outros países latinos.

Chama a atenção, todavia, pela incoerência do projeto de lei nº 90 apresentado ao Senado em 1999, e que recepciona o sigilo recíproco das pessoas que recorreram à técnica com doador e do fornecedor do material genético, assim como pelo sigilo absoluto das informações sobre a criança nascida a partir do material doado, mas permite, à mesma pessoa assim concebida, e a ela exclusivamente, todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive a identidade civil do doador, ficando o estabelecimento responsável pelo processo obrigado ao fornecimento das informações que poderão vir a ser solicitadas.

4 O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL COMO NOVO DIREITO DA PERSONALIDADE E A NECESSIDADE DE SE RECONHECER UM DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE COMO FORMA DE TUTELAR O INDIVIDUO NO ÂMBITO DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

A tutela de um bem erguido ao plano constitucional é sempre posterior em relação à sua identificação, como bem socialmente relevante, universal-

52 Expressão utilizada pelo legislador e doutrina brasileiros.

mente ou contextualmente consagrado, sendo certo que, neste cenário, falar de bem jurídico-constitucional protegido significa, na síntese de Alexy, que há "ações , propriedades ou situações e posições de direito ordinário que não devem ser impedidas, afetadas ou eliminadas"[53].

Neste sentido, o de consagrar direitos socialmente relevantes, a Constituição da República Portuguesa fez reconhecer o direito à identidade pessoal, visando a garantir aquilo que identifica cada um como indivíduo singular, único e irrepetível[54] (art. 26, n. 1 e 3).

A análise do articulado constitucional revela que a tutela da norma fundamental procurou estender-se para além do conceito geral da identidade. A proteção alcança não apenas a identidade pessoal, como se espraia para o conceito de identidade biológica enquanto direito à conservação do núcleo celular intangível (embora possa ser tocado e manipulado) e à não repetição do patrimônio genético, a garantir a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, visualiza-se que a proteção a uma identidade biológica se apresenta em três dimensões[55], a saber: (1) um direito à identidade genética como sendo o direito que cada ser humano apresenta de ter um genoma próprio, às bases biológicas de sua identidade, salvaguardando-se sua constituição genética individual[56]; (2) um direito à não repetição desse patrimônio genético[57], tornando-o inviolável, e não permitindo a clonagem de seres humanos, e, assim, por acabar o direito à identidade genética ser contrário à identidade genética; e por derradeiro, (3) o direito a identidade genética como direito ao conhecimento dos progenitores, aqui entendido como o direito à historicidade pessoal[58], este alvo do

53 ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madri, 1993. p. 294.

54 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra, 1993. p. 179

55 Na correta e bastante lúcida classificação de João Loureiro, **O direito a identidade genética do ser humano**, op. cit, p. 288-291. Ver ainda: (OTERO, Paulo. Personalidade e Identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética, Coimbra: Almedina, 1999. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao património genético.** Coimbra: Almedina, 1998).

56 No dizer de Diogo Leite de Campos, cada ser humano é diferente de todos os outros, e é esta a diversidade que enriquece a Humanidade. (CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direitos da Personalidade**, Coimbra, 1992. p. 22).

57 Não se pode perturbar o direito que cada um deve ter de preservar e ver respeitada a sua unidade e integralidade no campo bio-psíquico, social, cultural. O direito de cada homem herdar as suas características, os seus componentes genéticos sem qualquer tipo de manipulação. A garantia de herdar, manter e transmitir seu patrimônio.

58 João Loureiro, no tocante ao direito à ascendência biológica, refere que "salvo melhor opinião, o problema da identidade genética põe-se a um nível prévio. Trata-se, na verdade, de saber qual é o núcleo intocável do ser humano. O conhecimento da verdade sobre a progenitura é protegido então ao nível do direito à identidade pessoal, na sua dimensão de direito à historicidade pessoal", op. cit. 288-291.

presente trabalho.

Entre os que primeiro partiram na busca e proteção do direito ao conhecimento biológico, em Portugal, Guilherme de Oliveira fez referência a um "direito ao conhecimento da ascendência biologicamente verdadeira"[59] no âmbito da Constituição de 1976.

A este propósito, e comentando a reforma do Código Civil lusitano de 1977, Livro IV , o autor assevera, após enumeração de alguns países europeus tendentes a conferir real direito ao filho na busca de sua verdadeira identidade, ser um direito "digno de tutela jurídica"[60].

A abertura para o cenário constitucional do direito fundamental por uma identidade pessoal, como direito à historicidade pessoal, identidade psicossocial, como dito alhures, fixou raízes a partir do articulado já acima explicitado (art. 26, nº1), mas há os que se levantam pela consagração da tutela em análise, a partir do articulado 16, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, conferindo-lhe status de direito fundamental atípico[61], o que evidenciando a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana como paradigma a ser seguido na atuação da cláusula acima transcrita.

Pesa o entendimento de status fundamental do direito ao conhecimento da origem biológica como faceta do direito à identidade pessoal, mas isto não significa, ou ao menos lhe confere a atribuição de direito atípico, já que a compreensão aberta das normas consagradoras dos direitos fundamentais deve configura-se de forma subsidiária.

59 OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério Jurídico da Paternidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 244.

60 "Pode mesmo dizer-se que o direito ao conhecimento da ascendência biologicamente verdadeira ganhou uma relevância tal que nos permite considerá-lo como um aspecto dos direitos fundamentais da pessoa – designadamente como uma faceta do direito à integridade pessoal e à identidade (artigos 25º e 26º da Constituição da República) que tutelam a "localização social" do individuo, op. cit., p. 244.

61 MOTA, Henrique. **Biomedicina e os novos direitos do homem:** uma aplicação do princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. Lisboa: [s.e.], 1988. p. 293 e ss), defendendo também a tese de um direito ao conhecimento da paternidade genética, para além do direito à implantação uterina dos embriões fecundados *in vitro* e o direito ao patrimônio genético inviolável, encontra forte oposição em GOUVEIA, Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**, p. 396, por entender, este último, que a dignidade da pessoa humana refletindo mesmo "uma visão substancialista dos direitos fundamentais [...] apenas pode explicar parte dos constitucionalmente consagrados. Muitos direitos há que não oferecem qualquer ligação, ainda que esfumaçada, à dignidade da pessoa humana, sendo a sua positivação, desse ponto de vista, completamente indiferente". A configuração da atipicidade quanto a estes direitos também encontra crítica em J.J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p. 396, ao considerar que estes direitos poderão estar inseridos no âmbito dos direitos já tipificados. No que pertine à determinação dos direitos fundamentais atípicos, ver ainda: (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001).

Neste ponto, em que algumas normas fundamentais diretamente consagradas na constituição são abertas, estas carecem que outra norma que dissipe a indefinição, estabelecendo, enfim, o que é permito ou ordenado, pelo que são portanto carecedoras de termo precisante que as delimite como normas de cunho fundamental.

Seguindo este tirocínio, Francisco Manuel Fonseca de Aguilar[62] sustenta a tese de o direito ao "conhecimento e estabelecimento da ascendência biológica directa"[63] decorrer dos direitos à identidade pessoal e genética, inferindo-se, do primeiro, o direito à historicidade pessoal, e decorrendo, do segundo, o direito ao estabelecimento da ascendência biológica direta.

Em síntese, a defesa do critério biologista (decorrente da dignidade da pessoa humana) como critério constitucional de filiação natural, e do direito materialmente fundamental ao conhecimento da ascendência biológica adscrito pela identidade pessoal (art.26, nº 1, da Constituição a República Portuguesa) e genética (art. 26, nº 3, Constituição da República Portuguesa), assevera a necessidade de proibição do anonimato do dador, e na "proibição da imposição de um critério atribuidor da filiação natural diverso do biológico e da proibição da imposição de um critério complementar ao biológico".

Em termos de proteção e tutela na geografia constitucional brasileira do direito em testilha, e da leitura e interpretação teleológica do texto fundamental, o direito ao conhecimento dos progenitores parece ter nascedouro na compreensão aberta dos direitos fundamentais, estatuída pelo que dita o artigo 5 º, §2º[64], da CF/88, ao estabelecer que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Ex positis, e diante da ausência de um preceito específico no catálogo constitucional para tutelar o direito à identidade genética, faz-se necessária a construção da proteção do direito materialmente fundamental, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, aliado a diplomas internacionais que

62 O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, 2000, p. 668-669.

63 A expressão é utilizada pelo autor em apreço (ANDRADE, op. cit., p.668).

64 Acerca da abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988, SARLET, Ingo Wolfgan. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2001. p. 87-121.

consagram o direito ao conhecimento dos progenitores, como é o caso da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989.

A este propósito, Sergio Ferraz entende que "o princípio da dignidade da pessoa ... nos obriga a um compromisso inafastável: o do absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo o ser humano".

Desta forma, o "direito ao livre desenvolvimento da personalidade" a partir do primado "da dignidade da pessoa humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento da personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refracções essências da personalidade humana, bem como a necessidade da proteção desses direitos por parte do Estado"[65].

A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem, desde já, corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como valor no qual se baseia o Estado.

De igual modo, poder-se-ia referir ao direito à identidade pessoal e à identidade genética como direitos da personalidade, assim como o nome, e tanto ou mais do que os demais direitos da personalidade, a informação da origem genética deve ser tutelada.

Com efeito, tendo a Constituição da República Federativa do Brasil (art.1º, inciso III) assentado como valor primordial a dignidade da pessoa humana, não será demasiado reconhecer a identidade como fator integrante da dignidade da pessoal humana, o que leva a crer que todo homem é um ser em si mesmo, único, não havendo um igual a ele próprio. Assim sendo, "o bem da identidade reside assim, na própria ligação de correspondência ou identidade do homem consigo mesmo e está, pois, ligado a profundas necessidades humanas a ponto de o teor da convivência humana depender da sua salvaguarda em termos de plena reciprocidade[66]."

Ainda no que tange ao quadro constitucional brasileiro, embora não haja disposição similar à da Constituição Portuguesa (art. 26, nº1 e nº3), a orientação

65 PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade.** In: IVRIDA, Stvdia. Portugal – Brasil, v. 40, 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 149-246.

66 SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 244-245.

deve ser a mesma, principalmente pela eleição da dignidade da pessoa humana. Assim, parece não se enfraquecer o direito que tem a criança ao seu conhecimento genético, inclusive sob a ótica do estabelecimento da paternidade[67], baseado na doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança.

Mas, já no que tange ao adulto, para além da busca genética, para fins terapêuticos, não se pode afirmar uma tutela pela historicidade pessoal[68], impondo-se, todavia, reconhecer não só o direito à origem genética à criança, com base no principio da dignidade da pessoa humana, mas a todo ser humano, a concessão para além dos direitos da personalidade já reconhecidos, o direito à sua historicidade pessoal e a seus traços socioculturais.

4.1 O DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA A *MATRE* E A *PATRE* COMO GARANTIA DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE EM FACE DO PRIMADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A consagração do direito de cada um conhecer suas origens biológicas tem sido reclamado, nomeadamente, nas deliberações da Convenção Européia dos Direitos do Homem em 1996 e já se verifica uma certa tendência na vonluntas do legislador em reconhecer o direito à historicidade pessoal, mesmo nos países que elegem o princípio do anonimato do dador em sede de procriação assistida heteróloga.

Precursora no continente Europeu, a Suécia (lei n. 1140, de 20/12/84, art. 4) já determinava o conhecimento dos dadores de material genético, acaso os concebidos pela técnica assim o desejassem, mas há casos ainda como o anonimato absoluto que vigora em França, interditando a criança por este processo concebida, a possibilidade de conhecer a identidade do seu progenitor e de ter acesso a toda à informação respeitante.

Ao que parece, a consagração legal do sigilo da identidade do dador, mesmo em atenção à integridade pessoal deste, certamente deverá ceder em face dos princípios (dignidade da pessoa humana, proteção integral, me-

67 No que tange aos processos de procriação medicamente assistida, a não criação do parentesco surge como forma de razoável harmonização dos interesses eventualmente em conflito.

68 BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: Família e Cidadania - o novo CCB e a *vacatio legis*. **Anais...** III congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 386-389.

lhor interesse da criança) e direitos (direito à identidade pessoal e genética, direito ao livre desenvolvimento da personalidade) já acima elencados do novo ser concebido, o que sob ótica dos partidários da identidade pessoal, contribui para a preservação da dignidade dos próprios dadores, haja vista que a licitude da dação de gametas para efeitos procriativos consubstancia uma inaceitável alienação da capacidade reprodutiva.

À partida e em bom termo, o que se deve analisar é o eventual interesse do filho em conhecer a identidade do dador, interesse este que encontraria seu arrimo a partir do articulado 26, nº 1, da Carta Republicana Portuguesa e do artigo 5º,§ 2º, da Norma Fundamental Brasileira, que proclama para além do direito supra elencado, o livre desenvolvimento da personalidade, e que teria reflexo ainda, no direito à integridade moral.

Dito isto, pergunta-se em que medida o conhecimento da pessoa do dador pode influir na personalidade do filho? Ou de que maneira o fator genético poderá influir na conformação e/ou determinação da personalidade?

Por um lado, os defensores do determinismo biológico poderão asseverar que "a vida e as ações biológicas são consequências inevitáveis das propriedades bioquímicas das células que constituem o indivíduo e que essas características estão por sua vez determinadas unicamente pela constituição dos genes de cada um"[69].

Doutra banda, a concepção dualista que considera a natureza humana infinitamente elástica, se desgarra da relevância do fator biológico na construção da personalidade, frente ao fator social, como único fator determinante[70], ao passo que uma postura dialética parte da conjugação e da relevância que esses dois fatores (biológico e social) têm no desenvolvimento da pessoa[71].

A personalidade não se constrói única e exclusivamente a partir de fatores biológicos, mas também e pela interação com os fatores sociais. Em assim sendo, será possível sustentar a incognoscibilidade do dador de gametas frente a importância que a verdade biológica desempenha no desenvolvimento do indivíduo assim concebido?

69 LEWONTIN, Rose y Kamin. **No está en los genes: crítica ao racismo biológico.** Traducción E. Torner e ed. G. Mondadori, 1996 (apud AGUILA, Maria del Pilar Camara. Sobre la constitucionalidad de la ley de tecnicas de reproducción asistida: comentário a la STC 116/1999, de 17 de junio. In: **Derecho Privado y Constitución**, v. 13, p.143,1999.

70 Op. cit., (vide nota supra), p.143.

71 Op. cit., p. 143.

A Lei Fundamental Portuguesa ao instituir em seu artigo 26, nº3, a identidade genética como valor constitucional revelador da dignidade da pessoa humana, estabeleceu o critério da verdade biológica, o que, se afastado por lei ordinária, se apresentaria como inconstitucional. No caso em concreto, acaso se levasse adiante a consagração do anonimato do dador e a impossibilidade de sua revelação ao novo ser concebido, como é o que se apresenta através do projeto de lei nº 90/IX.

No que respeita à realidade brasileira, acredita-se que, mesmo na falta de comando constitucional específico, a identidade genética, assim como o direito de aceder à origem biológica, ou de ter acesso à biparentalidade genética, estaria assegurada além do art. 5º, § 2º, que consagra a concepção aberta dos direitos fundamentais, pelo caput do art. 227, entendido este último como direito fundamental disperso[72] ou "fora do catálogo, mas com status constitucional formal", o qual revela "nítida preocupação com a proteção da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, constituindo portanto direitos materialmente fundamentais, ou no mínimo, passíveis de se enquadrarem nesta categoria"[73].

Mas os projetos de lei brasileiros que tramitam no Congresso Nacional também elegem o cânone do anonimato do doador, com efeito, impedida a descoberta da verdade biológica, por parte dos nascidos com recurso a esta técnica, na medida em que se valoriza o vínculo socioafetivo como critério determinante da paternidade legal.

4.2 DA VERDADE BIOLÓGICA À IDENTIDADE PESSOAL, E A DISSOCIAÇÃO ENTRE O PARENTESCO JURÍDICO E O PARENTESCO BIOLÓGICO

Em decorrência das pesquisas sobre a descoberta do genoma humano e do enaltecimento da verdade biológico-genética, a tendência parecer ser o abandono do anonimato do dador, e o que se quer verificar é se será pací-

72 Cfr. Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 404-405.

73 Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. p.123-124. PEREIRA, Tânia da et Melo, Carolina de Campos. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na constituição de 1988. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Parma, ano 1, v. 3, jul./set., p.89-109, 2000.

fico, ou mesmo coerente, em virtude desta constatação, o estabelecimento da investigação da paternidade biológica.

Sendo assim, já partindo da premissa de que o conhecimento da origem biológica paterna integra a formação da personalidade humana, seria possível autorizar a quebra do anonimato nas inseminações heterólogas, sem estabelecer o vínculo da paternidade, em respeito ao direito de conhecer as origens biológicas?

À luz da legislação brasileira[74], o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, estabelece no caput do artigo 27, o direito do reconhecimento do estado de filiação, sem qualquer restrição, o que, em todo caso, afastaria o anonimato, podendo-se ainda trazer à baila o artigo 7º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da ONU, de 1989 que consagrou o direito de conhecer os pais[75].

Claro está que o legislador, nos casos de reprodução com recurso a dador, estabelecendo ou não o anonimato, optou por eleger novo critério de determinação da filiação que não o biológico, sendo eleito, a exemplo dos casos de adoção (muito embora com ela não guarde semelhanças), como novo critério aferidor, o socioafetivo.

Como as ações de investigação de paternidade biológica orientam-se para construir, entre os sujeitos interessados, um vínculo jurídico de direitos e obrigações recíprocos, integrante da relação paterno-filial propriamente dita, nos casos em apreço há os que sustentam que não deva ser reconhecido como fundamental ao ser humano, o direito de conhecer suas origens.

Defende-se, então, que, quando a paternidade socioafetiva já está consolidada, a criança encontra-se com sua identidade familiar definida, não sendo viável e salutar uma troca de identidade (paterna) na sua formação.

Pode-se, ainda, sustentar que "se o interesse maior a ser protegido é o da criança, então o anonimato se impõe de forma irrefutável. [...] O anonimato[...] é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação. Na hierarquia dos valores estas considerações

74 Os projetos de lei brasileiros sobre reprodução assistida são silentes quanto à matéria e da mesma forma se apresenta o projeto português

75 Artigo 7º "a criança deve ser registrada ao nascimento e ter um direito ao nome, e o direito a adquirir uma nacionalidade e, na medida do possível, tem o direito de conhecer seus pais e de ser criada por eles".

sobrepujam o pretendido 'direito' de conhecimento da origem"[76].

Todavia, as ações de investigação da paternidade, nos processos de procriação heteróloga, não devem perspectivar a construção do vínculo jurídico, apenas a determinação da identidade biológica do dador de sêmen , de forma que o direito constitucional de conhecer as origens deva sofrer restrição[77] no que se relaciona ao estabelecimento do vínculo biológico.

A investigação do laço biológico transcenderia o exercício das ações de filiação previstas pela legislação civil vigente, enaltecendo a relevância da herança genética de uma pessoa ante a construção de sua personalidade[78].

A garantia da imunidade jurídica familiar parece conciliar bem o interesse do filho, em conhecer a ascendência biológica, e o interesse do dador em não ter o biologismo, nestes casos, força preponderante para determinação da filiação.

Sob esta ótica, é defensável tal possibilidade, entendendo-se o fenômeno da ascendência genética como uma dimensão juridicamente distinta e autônoma : o direito ao conhecimento da própria origem se caracteriza como um direito inerente e imanente à personalidade humana – e não um direito funcional ou instrumental que visa a atingir direitos alimentícios, sucessó-

76 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: [s.e.], 1995. p. 339 apud QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade:** aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.126.

77 Acerca das restrições dos direitos fundamentais lembrar que, segundo a mais sólida doutrina, elas podem ocorrer de três maneiras: a) mediante limitação já expressa na própria Constituição; b) mediante autorização infraconstitucional já prevista na Lei Maior e c) mediante limitação infraconstitucional não expressamente prevista no Texto Magno. Para um aprofundamento nas questões referentes ao condicionamento dos direitos fundamentais, vide (ordem alfabética): ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 275/324. BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 158 e seguintes. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1276-1277. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 47-635.

78 Rivero Hernandez, sustenta que "toda persona tiene, en definitiva, derecho a conocer su origen, 'la estructura profunda y causal de su personalidad, elementos que contribuyen a formala o deformala' En cambio, e en la medida en que en nada afecta a la personalidad del donante si a su desarrollo físico o psíquico, el donante no tiene derecho a conocer la identidad del hijo". In: **La investigation de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial:** la filiación a finales del siglo XX, p.152, (apud AGUILA, Maria del Pilar Camara. Sobre la constitucionalidad de la ley de tecnicas de reproducción asistida: comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio. **Derecho Privado y Constitución**, v. 13, p.140, 1999. Ver ainda, acerca da problemática na doutrina espanhola, CANTERO, Gabriel Garcial. La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida. **Cuadernos de bioética**, v. 10, n. 39, p.478-494, 1999.

rios, cite-se, porque, como atributo da individuação, asume na consciência do indivíduo uma posição-chave para a criação da individualidade, do auto-entendimento, propiciando-lhe o livre desenvolvimento da personalidade.

5 CONCLUSÃO

Em que pesem os argumentos em desfavor do recurso à técnica de reprodução com recurso a dador por consubstanciarem uma intervenção da autonomia privada no domínio público, no que pertine ao estado de filiação, desconstituindo o modus de constituição do vínculo filial, para além da instrumentalização do bem essencial da vida a partir da dação lícita de gametas, o trabalho comunga com a tese de que existe um direito a procriar, como uma das facetas do direito à vida.

Consagrado constitucionalmente e associado à reserva da vida privada e ao direito à saúde (através da suplantação da esterelidade), entende-se que a técnica com recurso a dador possa constituir forma subsidiária de gerar vida, não descurando daqueles que enfatizam que o jus generandi deva cingir-se ao direito de gerar filhos próprios (biológicos).

Partindo da premissa de sua constitucionalidade, a consagração do princípio do dador parece entrar em conflito com o direito de conhecer a parentalidade biológica, uma vez que a identidade genética consubstancia a faceta jus-subjetiva do cânone da dignidade da pessoa humana.

Não haveria, assim, um direito fundamental do dador ao anonimato, muito embora a defesa e manutenção de sua integridade física e moral devam ser asseguradas a partir da revelação da identidade biológica ao concebido, uma vez que se realça expressamente a importância do biologismo (não se estar a tratar neste momento do critério aferidor da filiação) na determinação da personalidade.

Todavia, não será demasiado conceber a necessária desvinculação jurídica da filiação, numa clara escolha do legislador para concretizar a dimensão cultural e socioafetiva da paternidade(como o que já ocorre no campo da adoção), para além de manter a estabilidade das famílias que cumprem o seu papel social, embora não assente no vínculo biológico, mesmo porque o direito de conhecer as origens não se esgota apenas na seara genética. As origens culturais e sociais também se mostram relevantes no

desenvolvimento salutar do ser humano.

Tendo-se em conta a legislação brasileira, apesar de não remanescer do texto constitucional nenhum comando explícito, decorre do cânone da dignidade da pessoa humana para além da conjugação de outros princípios constitucionais, como é o caso dos direitos fundamentais infanto-juvenis esculpidos no artigo 227, "caput", o direito fundamental de conhecer as origens biológicas.

No cenário brasileiro, todavia, pendem de regulação os processos de procriação assistida , mas a vonluntas do legislador inclina-se à consagração do anonimato do doador do material genético, o que se afigura contrário ao melhor interesse da criança e ao livre desenvolvimento da personalidade, embora a doutrina encontre divida em releção ao anonimato e do direito ao conhecimento da biparentalidade genética.

Não é demasiado reforçar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 27, "caput", assegura o direito à investigação de paternidade irrestrita, o que faz desaparecer as barreiras do anonimato, de vez que uma ação de estado e, portanto, de interesses indisponíveis, não poderia ser derrogada por legislação ordinária.

Em Portugal, a discussão não resulta de forma diversa , assim como no restante da Europa; mas, ao que parece, a relevância dada ao biologismo e à verdade genética, como consagradoras da dignidade humana, parece refletir o entendimento da doutrina maioritária relativa ao conhecimento da ascendência biológica, não obstante reste claro o caráter disfuncional do critério biológico como vínculo de filiação, o que, no país-irmão, ainda se assevera recorrente nas ações de investigação de paternidade biológica.

O texto fundamental português consagra de forma explícita (artigo 26, nº 1 e nº 3) o direito à identidade pessoal e à identidade genética, garantido a dignidade pessoal do ser humano, "nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica."

REFERÊNCIAS

AGUILA, Maria del Pilar Câmara. Sobre la constitucionalidad de la ley de tecnicas de reproducción asistida: comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio. **Derecho Privado y Constitución,** v. 13, p.117-148,1999.

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida. **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**, p.656-666, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madri: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Maria Cristina de. **Filhos de Reprodução Assistida, Direito de Família e Psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. GROENINGA, Gissele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Rio de Janeiro: Imago, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Procriação Assistida com dador:** o problema do ponto de vista dos direitos fundamentais. Procriação Assistida, Colóquio Interdisciplinar: 12-13 de Dezembro de 1991. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 1993.

ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Almedina, 1999.

ARCHER, Luiz. Ética da reprodução medicamente assistida. **Brotéria,** Braga, Universidade do Minho, v. 150, p. 386-406, nov. 1992.

_____. Procriação Medicamente Assistida: evolução do pensamento ético entre 1986 e 1999. **Brotéria**, Braga, Universidade do Minho, v. 150, p. 337-367, mar. 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação assistida e o direito. In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez.** Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Direito e Bioética. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1991.

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

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética: Família e Cidadania - o novo CCB e a *vacatio legis*. **Anais ...** 3. congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direitos da Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA. **Constituição da República Portuguesa.** 3.ed. anotada Coimbra: [s.e.], 1993.

CANTERO, Gabriel Garcial. La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida. **Cuadernos de bioética,** v. 10, n. 39, p.478-494, 1999 (3ª Grupo de Investigación Bioética da Galícia).

CASINI, Carlo et al. La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita, Il Diritto di famiglia e delle persone. **Rivista Trimestrale**, v. 33, aprile-giugno, Studi, p. 489-533,2004.

COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS. **Utilização de técnicas de procriação assistida**: projectos. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 1990.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA**. Documentação**: 1991-1993. Lisboa: CNEV, 1993. v.1.

DEVICHI, Jacqueline Rubelin. Le projet parental. **Journal Internacional de Bioethique**, v.1, n. 2, p. 78-86, 1990.

DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e responsabilidade médica.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996. (Coleção Stvdia Ivridica – 21).

GONÇALES, Juan José Puerto. La doutrina del humano modo y las técnicas de reproducción asistida. **Revista Española de Direito Canônico**, julio-deciembre, n. 149, p. 520 e SS, 2000.

GOUVEIA, Jorge Bacelar Gouveia. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1995.

LABORINHO, Lúcio Álvaro. **A genética e a pessoa**: o direito à identidade. **Revista do Ministério Público,** ano 22, n. 88, p. 7-20, out./dez. 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: [s.e], 1995.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **Direito à identidade genética do ser humano:** Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

LUÍSA NETO. **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo:** a relevância da vontade na configuração de seu regime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MACHADO, Joaquim Pinto. **Relatório sobre o Projecto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida**, Conselho Nacional para Ética da Vida, Julho de 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida**. Temas de Direito da Medicina. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. **Legislar sobre procriação assistida**. Procriação assistida: colóquio interdisciplinar: 12-13 de Dezembro de 1991. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 1993.

_____. **Critério jurídico da paternidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade pessoal e Genética do Ser Humano:** um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PANTALEÓN, Fernando. Técnicas de reroducción asistida y constitución. **Revista del centro de estudos constitucionales,** n.15, mayo-agosto, p. 129-160, 1993.

PEREIRA, Joana Cabral. **Considerações sobre o artigo 1839, nº3 do Código Civil**: Implicações ético-jurídicas da Inseminação artificial Heteróloga. Scientia Ivridica, **Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**, Braga, Universidade do Minho, tomo LI, n. 292, jan./abr., p. 151-175, 2002.

PEREIRA, Tânia da; MELO, Carolina de Campos. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Civil,** Parma, ano 1, v. 3, jul./set., p.89-109, 2000.

PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: Portugal – Brasil: ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. (Stvdia Ivrida 40).

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed.São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTUSUOSSO, Fernando. Formazione, struttuta, contenuti del progetto. **Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana**. Atti del Convegno de Verona, 2,3,4 e 25, p. 32-43,ottobre 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed.Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Paula Martinho da. Anonimato do Dador: um exemplo[...] **Boletim da Ordem dos Advogados,** Lisboa, n. 1, p.1-5, 1987.

SILVA, Paulo Mota da. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade:** Portugal – Brasil: ano 2000. Tema Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.