

PARECER

Bem jurídico supra-individual e a engenharia genética humana

I – SÍNTESE DO CASO

Através de contrato firmado entre uma Clínica e um doador, foi doado por este material genético reprodutivo a um banco de esperma. Referido contrato estabelece que a identidade do doador nunca fosse revelada perante terceiros, haja vista que sua intenção não era a de ter filhos, somente auxiliar casais com dificuldade de reprodução.

O casal Fernando Arnaldo da Fonseca e Maria Andrade da Fonseca procurou a Clínica interessados no material genético, sendo firmado contrato entre eles, que previa a impossibilidade de identificação do doador dos gametas.

Depois de firmado o contrato, houve a procriação medicamente assistida que resultou no nascimento de Vitória Paula da Fonseca.

Ao completar 15 anos de idade, já sabendo que tinha sido concebida por intermédio da técnica da reprodução assistida, a menor teve o anseio de conhecer seu pai biológico, para ter acesso a sua identidade genética.

Em razão de desavenças originadas por este fato os pais de Vitória romperam o matrimônio. Pois mãe era a favor do desejo da filha e o pai contra, por entender que o anonimato deveria ser mantido.

Após a separação, a guarda da menor ficou com o cônjuge virago e, esta, não estava conseguindo manter a casa e cuidar da sua filha.

Assim Vitória além de querer conhecer suas raízes genéticas, passou a querer também pleitear do seu pai biológico uma pensão alimentícia.

Diante de tal situação, a genitora ingressou com uma ação preparatória contra a Clínica pleiteando a identificação do doador, motivando seu pleito no fato de que o contrato realizado entre seu ex-marido, a genitora e a Clínica não geraria efeitos perante a menor e que esta, em razão disso, teria o direito de conhecer seu pai biológico.

A Clínica, por sua vez, recusa dar a referida informação alegando que se comprometeu, por meio de contrato, com o doador do material genético em não fornecer a sua identidade.

Em síntese este é o caso.

II – MOTIVAÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, instituído na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1, inciso III, serve de embasamento para as demais normas constitucionais.

O referido princípio é o alicerce constitucional dos chamados direitos fundamentais, que incidem diretamente sobre a pessoa humana e em consequência de seu desdobramento, deparamo-nos com os direitos da personalidade.

Em uma definição sucinta, porém de grande valia, José Afonso da Silva diz que a “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”¹. Assim podemos concluir que a dignidade da pessoa humana é um valor que serve de base para reger as demais normas e princípios adotados pelo nosso ordenamento jurídico.

A dignidade humana é o valor básico fundamental dos direitos humanos que procura satisfazer as necessidades humanas de ordem moral, sendo concebido, dessa forma, como princípio legitimador dos direitos de personalidade.

Quanto aos direitos da personalidade destacamos o trecho de Paulo Vinicius Sporleder de Souza²:

... os traços característicos da personalidade de qualquer ser humano dizem respeito ao Homem e destrinham-se nas suas duas dimensões: *homem-espécie* e *homem-pessoa* (pessoa-individual e pessoa-social), observando-se três requisitos, a saber: a sua *dignidade*, a sua *individualidade* e a sua *pessoalidade*, sufragando-se a idéia de que tanto a essência como a existência humanas, calcadas neste contributo ético-filosófico da personalidade humana, merecem proteção legal. No

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. ed. 24., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105.

² SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana*. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: RT, 2004, p. 260.

entanto, há algumas diferenças. Enquanto o homem-pessoa possui todas as características da personalidade antes relacionadas; o homem-espécie, todavia, em nosso entendimento, tem como traços característicos de sua personalidade apenas a *dignidade* e a *individualidade* ...

Assim, a dignidade humana se exterioriza pelo simples fato de que os homens pertencem à espécie humana e por isso são detentores de dignidade, desta justificativa conclui-se que existe uma dignidade congênita a todos os seres humanos.

As raízes genéticas herdadas no natural processo evolutivo da espécie possuem uma identidade genética própria que deve, a qualquer custo, ser preservada.

O genoma humano inclui particularidades herdadas geneticamente pelo processo natural da evolução humana, que mais tarde serão expressadas e exteriorizadas, com a vida humana.

Portanto, a identidade genética humana pode ser considerada uma expressão da dignidade humana com reflexos nos direitos de personalidade, merecendo, assim, proteção jurídica. Porém o direito do ser humano em conhecer suas origens genéticas encontra-se, atualmente, como um direito fundamental da personalidade humana, direito este personalíssimo, intransmissível e irrenunciável, como todos os direitos inerentes à personalidade.

Nesse sentido destaca-se a jurisprudência, reconhecendo ser o direito ao reconhecimento da paternidade atributo da dignidade humana:

Paternidade – Ação de reconhecimento – **O direito à paternidade verdadeira é atributo da dignidade humana** (artigo 1º, III, da Constituição Federal) e goza de primazia absoluta – Inoponibilidade de restrições ao acesso à ordem jurídica justa da pessoa que, inconformada com o reconhecimento voluntário contrário à verdade, busca adequação dos dados registrários à realidade existencial (artigo 348 do Código Civil e 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente) – Recurso provido) Apelação Cível n. 117.644-4 – Mogi Guaçu – 3ª Câmara de Direito Privado – Relator: Énio Zuliani – 23.11.99 – m.v.).

A Constituição vigente confere a igualdade perante a lei, sem distinções de qualquer natureza.

A igualdade é um princípio constitucional, previsto no artigo 5º da Lei Magna, o qual estabelece que “todos são iguais perante a lei”, essa expressão contida na Constituição brasileira é uma igualdade meramente formal, ou seja, é uma isonomia decorrente da lei e não da realidade dos cidadãos. De fato, trata-se

de uma mera ficção jurídica, na proporção que é evidente que os homens são por sua essência desiguais, mas essa desigualdade é ignorada pelo legislador.

O princípio da isonomia, não se exaure na proibição de discriminações pela raça, sexo, condição social e pessoal, mas tem um cunho muito maior, ou seja, garante uma igualdade de tratamento perante o direito em todas as situações cujas características não exijam regra diferenciada, tendo dessa forma, uma exigência de racionalização e de justificação do direito discriminatório.

Destarte, a igualdade de todos perante a lei, refere-se a uma igualdade de tratamento sempre que proporcionais forem as condições subjetivas e objetivas as quais o direito positivo aponta para a sua integral e eficaz aplicação.

A Constituição Cidadã de 1988, além de garantir expressamente como fundamento de sua existência a dignidade da pessoa humana, traz em seu bojo no artigo 227 e seu parágrafo 6º à dignidade e a igualdade dos filhos, proibindo qualquer discriminação quanto a sua origem, vejamos:

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

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, **terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.**

Diante deste contexto de princípios e normas constitucionais garantindo os direitos à personalidade, inegável é o direito ao conhecimento das origens biológicas que se apresenta como um direito fundamental da personalidade humana.

Em relação às técnicas de reprodução assistida, não existem no ordenamento jurídico brasileiro regras específicas tratando do assunto, somente encontramos a Resolução nº 1.358 do Conselho Federal de Medicina que apenas regulamenta procedimentos éticos a serem seguidos pelos médicos, portanto sem qualquer valor constitutivo de direito à pessoa.

Nesta mesma conjuntura, o Código Civil no seu artigo 1.597, inciso V, presume o estado de filiação dos filhos tidos por inseminação artificial

heteróloga, desde que tenha autorização do marido, em detrimento da origem genética.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Neste ponto o Código Civil deixa de lado a idéia da consangüinidade dando importância e prevalência para os laços afetivos criados pela convivência familiar, predominando no ordenamento jurídico o chamado vínculo sócio-afetivo.

Já a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) em consonância com a Constituição Federal de 1988 assegura veemente, o caráter personalíssimo do conhecimento do estado de filiação, dos filhos havidos fora do casamento, é o que reza o artigo 27 do Estatuto:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

A jurisprudência em um caso de adoção enfrentou o assunto e se posicionou no sentido de que há plena possibilidade do filho investigar sua origem genética, vejamos o recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70014442743, Relatora: Desa. Maria Berenice Dias:³

EMENTA: ADOÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. A par de o reconhecimento do estado de filiação ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, e a adoção irrevogável (arte. 27 e 48, ECA), há perfeita possibilidade de o filho adotivo investigar sua origem genética. Observância à Constituição Federal (art 227, §6º). O direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana, sendo descabido impedir o exercício da ação pelo fato de o investigante ter um pai registral ou ter sido adotado. Inexistência da impossibilidade jurídica do pedido. Determinado o prosseguimento do processo com abertura da instrução. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70014442743, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 26/04/2006).

Dessa forma, mesmo que os pais tenham firmado contrato se comprometendo a não conhecer a origem genética de seu filho tido por inseminação assistida, o ajuste não vincula este, pois o direito do reconhecimento do estado de filiação é indisponível e personalíssimo e pode ser exercido sem

³ Disponível em <www.tj.rs.gov.br>, acessado em 04/06/2006.

qualquer reserva, não podendo constituir objeto de renúncia por parte de quem não os possui.

Porém, o direito, constitucionalmente garantido, do filho de conhecer suas origens genéticas não importa alteração no estado de filiação, pois é garantido a cada indivíduo o conhecimento de sua ascendência biológica para uma eventual prevenção de doenças, impedimentos matrimoniais, bem como para evitar relações incestuosas.

III – CONCLUSÃO

Dessa forma, no caso em tela a menor Vitória Paula da Fonseca, representada por sua genitora Maria Andrade da Fonseca, poderá, com fundamento no princípio constitucional de dignidade da pessoa humana e no direito de personalidade à identidade, que lhe é intrínseco, conhecer a sua identidade genética.⁴

Quanto ao pleito de alimentos esse não poderá prosperar, haja vista que o conhecimento da identidade genética, ou seja, de quem seja seu pai biológico, não cria vínculos inerentes ao estado de filiação, não gerando nenhum parentesco entre doador e pessoa gerada, nos termos do artigo 1.597 do Código Civil, que prevê o vínculo de filiação com o pai jurídico.

Assim, se por ventura necessitar de alimentos deverá pleiteá-los de seu pai sócio-afetivo Fernando Arnaldo da Fonseca.

Em síntese, é reconhecido o direito à origem genética, no nosso contexto constitucional a luz dos seus princípios, porém tal direito não importa em mudança do estado de filiação.

Este é o parecer SMJ.

Aracaju/SE, 06 de agosto de 2006.

**Murilo Ferrari de Souza
Advogado**

⁴ Apelação Cível Nº 70014442743, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 26/04/2006. Disponível em <www.tj.rs.gov.br>, acessado em 04/06/2006.