

DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Heloisa Helena Barboza♦

1. O DNA e a dupla "paternidade". 2. Paternidade e parentesco no direito brasileiro. 3. A identidade da pessoa humana. 4. Direito à identidade genética.

1. O DNA e a dupla "paternidade". A descoberta da verdadeira paternidade foi, durante muito tempo, uma preocupação constante das pessoas, pois "mesmo à mulher a natureza faz *meias confidências*"¹. Por "verdadeira" entenda-se, no caso, a atribuída a um homem em razão de ter mantido relações sexuais com determinada mulher que veio a ter um filho. Embora verdade, por força da natureza, nem sempre correspondia à paternidade juridicamente reconhecida².

A possibilidade de determinação do vínculo biológico de paternidade através do exame do DNA se por um lado veio a por fim a tão antiga angústia, por outro trouxe questionamentos de diferentes ordens, notadamente jurídicos, na medida em que cabe à lei estabelecer as regras que disciplinam as relações familiares em seus aspectos pessoais e patrimoniais, quer entre os membros de uma família, quer desses em face da sociedade.

A popularização do referido exame fez proliferar ações para estabelecimento da paternidade biológica, quer mediante investigação da paternidade, quer desconstituindo as já existentes por força de presunção para estabelecer a verdade material. No que concerne à determinação da paternidade, prepondera, hoje nos tribunais brasileiros, a verdade biológica, como pode-se facilmente constatar da jurisprudência. Em diversos casos a paternidade biológica substitui a jurídica preexistente.

Paralelamente, em decorrência do declínio das curvas de fertilidade mesmo em nosso país, onde a expansão demográfica chegou a ser preocupante, cresceu o recurso às técnicas de reprodução assistida como meio de obtenção de prole, não raro utilizando-se doador de material fecundante estranho ao casal ao qual será atribuída a filiação, hipótese que vem sendo denominada "reprodução heteróloga"³.

Diferentemente da situação anterior, a "verdade" biológica deve ser ocultada, pois, na falta de regulamentação jurídica sobre a matéria vem sendo observada a norma deontológica baixada pelo Conselho Federal de Medicina⁴ segundo a qual, na esteira do entendimento de alguns países, a identidade do doador não deve ser revelada. A se manter tal orientação haverá em tais casos uma

♦ Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

¹ PAGE, Henri de. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant. 1948. v. I. p. 1.054.

² Nesse sentido, a teor do art. 346 do Código Civil, não bastava a confissão materna para excluir a paternidade atribuída legalmente por presunção a seu marido, com relação aos filhos que tivesse durante o casamento.

³ As considerações relativas ao doador valem com relação à maternidade, ante a possibilidade de doação de óvulos e da utilização de "mãe substituta", popularmente designada "barriga de aluguel", ou seja, de mulher que cede seu útero para gestação de filho alheio.

⁴ Resolução nº 1.358/92.

"dupla paternidade": a jurídica e a biológica⁵. Observe-se que, salvo determinação legal em contrário, hoje inexistente⁶, a aplicação do entendimento jurisprudencial dominante antes referido poderá implicar na atribuição da paternidade ao doador, especialmente se considerado que a atribuição da paternidade jurídica ao marido não encontra, a rigor, amparo na legislação vigente.

A possibilidade dessa "dupla paternidade", contudo, não é inédita em nosso ordenamento, eis que presente nos casos de legitimação adotiva e adoção, afastados os inúmeros casos em que se manteve, por força da lei, a paternidade jurídica em nome da "paz doméstica", quando verificado o adultério. Registre-se que nas duas primeiras hipóteses dispunha o legislador, conforme interesses predominantes, sobre o rompimento ou não do vínculo com a família de origem, prevalecendo a paternidade civil sobre a biológica, ressalvados os impedimentos para casamento.

2. Paternidade e parentesco no direito brasileiro. Ao lado dos aspectos acima abordados de forma panorâmica, deve-se considerar que a paternidade recebeu diferentes tratamentos legislativos e doutrinários no Brasil, podendo ser apontados três critérios para seu estabelecimento: a) o critério jurídico, previsto no Código Civil, sendo a paternidade presumida nos casos ali previstos, independente da existência ou não de correspondência com a realidade; b) o critério biológico, hoje predominante como antes mencionado, pelo qual prevalece o vínculo biológico e c) o critério sócio-afetivo⁷, fundamentado nos princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, segundo o qual o pai deve ser aquele que representa tal função, mesmo que não haja o vínculo de sangue.

Esse último critério que assume feição evolutiva, embora não tenha ainda recebido o merecido acolhimento pelos tribunais, é o mais condizente com a atual estrutura das entidades familiares, formadas pela comunhão de afetos e reconhecidas pelo Direito como o ambiente adequado de formação do indivíduo e do desenvolvimento de suas plenas potencialidades como ser humano⁸. Mas não é só. Nesse sentido a importância do pai para a estruturação da personalidade, da individualidade, tem sido demonstrada amplamente pela Psicologia, afirmando-se que "o pai é antes e tudo o representante de uma função. Seu ofício é representar as leis da cidade e o interdito maior que as fundamenta (a proibição do incesto), antes de tudo transmitindo seu nome (o patronímico)". Não obstante o mesmo autor afirma que "A criança humana não é o produto da carne de seus progenitores, nem mesmo de seu desejo de filhos, ou de proezas biotecnológicas desenvolvidas nos procedimentos médicos de procriação assistida. Ele é instituído como tal – criança, filho de ... ou filha de – pelo Direito"⁹. Portanto, esse pai, que em termos ideais seria também o biológico, mas pode não sê-lo, é de fundamental significado para que se alcance o pleno desenvolvimento de potencialidades projetado pelo Direito.

⁵ Sobre as graves implicações jurídicas desse procedimento permita-se remeter a BARBOZA, Heloisa Helena, *A Filiação em face da Inseminação Artificial e da Fertilização in vitro*, Rio de Janeiro: Renovar. 1993.

⁶ O Projeto do Código Civil, em fase final de aprovação, s.m.j, também não resolveu o problema, pois embora inclua o filho havido por inseminação artificial heteróloga na presunção de paternidade gerada pelo casamento, não impede expressamente a revogação da autorização do marido exigida para tanto, atribuindo-lhe, ao contrário e sem qualquer ressalva, o direito *imprescritível* de contestar a paternidade dos filhos havidos por sua mulher (arts. 1.597, III, IV e V e 1.601).

⁷ Sobre o assunto ver FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares*. in *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª ed. pp. 349/368.

⁹ LEGENDRE, Pierre, apud Régine Mouglin-Lemerle. in *Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo*. (org. Sônia Altoé). Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter Ltda. 1999. pp.2/3.

Em termos jurídicos a paternidade encontra-se compreendida no âmbito do parentesco, traduzindo o vínculo entre pai e filho e que confere a esse último o *estado de filho* gerador de direitos pessoais e patrimoniais. Cabe ao Direito ditar o parentesco, estabelecendo quem é o pai, o filho e sua extensão¹⁰, em outras palavras, quem é ou não parente. Embora o Código Civil considere parentes pessoas que guardam entre si relação de ascendência e/ou descendência, quer na linha reta, quer na colateral, o parentesco não mantém necessariamente correspondência com o vínculo sanguíneo, pois, como antes aludido, há a possibilidade de constituição de vínculo meramente jurídico, por presunção ou por “atribuição” legal, de que é exemplo significativo a adoção, que dava origem ao denominado "parentesco civil". Mais do que isso, o Código Civil ao disciplinar a adoção restringiu o parentesco que dela resultava ao adotante e adotado, preservando o parentesco natural desse com sua família de origem, admitindo, portanto, uma dupla relação parental.

Observe-se, por outro lado que, quer na adoção do Código Civil, que estabeleceu, como visto, parentesco restrito, quer nas disciplinadas pelo extinto Código de Menores (adoção plena) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que atribuíram ao adotado a condição de filho, para todos os fins de direito, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, ressaltou-se esse rompimento para efeito de impedimentos matrimoniais¹¹. Essa ressalva, que revela a preocupação com o incesto, permite admitir-se um "vínculo excepcional", mantido apenas para prevenir casamentos vedados pela lei.

A estrutura do parentesco, nos moldes apontados, reflete, como não poderia deixar de ser, a orientação patrimonialista do Código Civil de 1916, voltada para a proteção da propriedade que permanece na família, ainda que em parte, mediante a combinação das normas de parentesco e de sucessões. Na mesma linha, o direito a alimentos também decorre do vínculo de parentesco, salvo, à evidência, o resultante do casamento ou da união estável, fundados nos deveres legais que se estabelecem entre o casal. Os direitos à herança e aos alimentos tomam por base o parentesco, consanguíneo ou civil.

Não obstante os efeitos pessoais e, principalmente patrimoniais do parentesco acima apontados, forçoso é concluir que, para *determinado fim*, em nome de interesse relevante, o nosso ordenamento de há muito admite, ou melhor, reconhece, a existência de um vínculo de consanguinidade que *não gera* qualquer outro efeito jurídico, pessoal ou patrimonial, senão o previsto em lei (impedimento matrimonial).

3. A identidade da pessoa humana. Ensina a doutrina tradicional que toda pessoa natural tem “um modo particular de existir”, uma “posição jurídica no seio da coletividade”, que se pode definir como *estado*, do qual resultam múltiplas relações jurídicas, sob o ângulo individual, familiar e político. Ao lado do estado, toda pessoa possui um atributo, o nome, que é como “uma etiqueta colocada sobre cada um de nós, ele dá a chave da pessoa toda inteira”, sendo um “sinal distintivo revelador da personalidade”¹². “Elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, o *nome* integra a personalidade, individualiza a pessoa...”¹³. O nome permite que os indivíduos se distingam uns dos outros; não é o único sinal de identificação das pessoas, mas certamente o mais marcante. Ele é principalmente um elemento da personalidade¹⁴. Nessa linha parece não haver divergência em se reconhecer o direito ao nome, como um direito

¹⁰ De acordo com o Código Civil em vigor o parentesco na linha colateral atinge o sexto grau (art.330), passando com o Projeto do Código Civil a limitar-se ao quarto grau (art. 1.592).

¹¹ Lei 8.069/90, art. 41. No mesmo sentido o Código de Menores, Lei 6.697/79.art.29.

¹² MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva. 1993. 1º v. pp.75/76, 86/87.

¹³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Forense: Rio de Janeiro. 1980. v. I. p.215.

¹⁴ PAGE, Henri de. Traité Élémentaire de Droit Civil Belge. Bruxelles: Bruylant. 1990. p. 114.

da personalidade. A tutela do nome protege um interesse individual, mas também um interesse da sociedade; ter um nome é um direito essencial da pessoa, ao qual corresponde um dever¹⁵.

Considerando, ainda, ser o indivíduo a unidade fundamental, celular, da vida jurídica, compreendendo-se, portanto, ser importante distinguir os homens dentre os demais com um sinal, isto é com um nome¹⁶, percebe-se a preocupação não só de individualizar cada pessoa, mediante sinais e atributos ou “distintivos jurídicos mediante os quais cada homem se diferencia de seus semelhantes”¹⁷, como de estabelecer, simultaneamente e, muitas vezes, em função desses “qualificadores”, sua identificação na sociedade. Por conseguinte, não será exagerado afirmar que a identidade, assim construída, é a melhor expressão da personalidade.

O progresso científico agregou mais um elemento, ainda que não o mais importante, mas, por ora, o que parece imutável, para a identificação do ser humano: o DNA. Talvez tenha se atingido a última fronteira em termos da identificação, na medida em que esse elemento é único e exclusivo de cada pessoa humana, ressalvados os gêmeos univitelinos. A pesquisa do DNA abre um novo campo de efeitos jurídicos, a um só tempo revelando a origem genética do indivíduo e marcando indelevelmente sua passagem. Como a mais legítima e concreta expressão da personalidade, a identidade genética é um direito da personalidade, assim como o nome, e tanto ou mais do que os demais elementos de identificação, a informação da origem genética deve ser tutelada.

Com propriedade já se afirmou, em análise relativa ao direito da criança saber sua origem, que diferentemente dos ordenamentos europeus e do direito internacional, para os quais saber a origem, entender seus traços socioculturais (aptidões, raça, doenças, etnia) é um direito humano, um direito fundamental, no Brasil, esse direito é visto, exclusivamente, de modo funcional, como “um direito subjetivo ordinário de bem estar econômico, é direito a alimentos” e à herança¹⁸.

Efetivamente, tendo a Constituição da República assentado como valor primordial a dignidade da pessoa humana, há que se abandonar a visão patrimonialista que até então orientava a referida identificação do indivíduo na sociedade e transcender, reconhecendo a identidade como fator integrante da dignidade humana. Feliz a afirmativa de que “nas relações consigo mesmo, com os outros homens, com a Natureza e com Deus, ou pelo menos com a idéia d’Ele, cada homem é um ser em si mesmo e só igual a si mesmo.” De todo procedente considerar que “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.”¹⁹

Imperativo reconhecer-se, nesses termos, um direito à identidade genética, como direito da personalidade, inscrito igualmente dentre os direitos fundamentais. Nessa linha a Constituição Portuguesa, em disposição pioneira (art. 26º), refere expressamente à garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano. A tradicional configuração do direito à identidade pessoal tem maior alcance, incluindo o patrimônio genético de cada indivíduo, constituindo um meio de identificação da pessoa física.²⁰ De acordo com a doutrina portuguesa, compreende a identidade pessoal duas diferentes dimensões: a) uma absoluta ou individual, segundo a qual cada pessoa humana é uma realidade singular e irrepitível e que a distingue de

¹⁵ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: Cedam. 1998. 38ª edizione. p. 99/100.

¹⁶ TRABUCCHI, Alberto. op. cit. p. 99.

¹⁷ CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch. Casa Editorial. 1960. v. I. p. 246.

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro – direito pós-moderno à descoberta da origem ?* in *Grandes Temas da Atualidade DNA* (coord. Eduardo de Oliveira Leite). Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 31.

¹⁹ SOUSA, Rabindranath V. *A Capelo de. O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora. 1995. pp. 244/245.

²⁰ OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina. 1999. pp. 84/85.

todas as demais e que conduz à proibição da clonagem humana; e b) outra relativa ou relacional, que define a identidade de cada pessoa igualmente em função de uma memória oriunda de seus antepassados e que constitui sua “historicidade pessoal”, reconhecida como um direito²¹.

4. Direito à identidade genética. Embora não haja em nossa Lei Maior disposição similar, a orientação deve ser a mesma, por diferentes princípios, não bastasse a garantia da dignidade humana, eleita como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

No que concerne à primeira dimensão acima referida, em boa hora posicionou-se o legislador²² brasileiro, proibindo a clonagem, em norma que merece aplauso. Registre-se que mesmo a denominada clonagem terapêutica, utilizando embriões humanos especialmente “produzidos” para tanto, não deve ser admitida, uma vez que células tronco podem ser obtidas de cordões umbilicais e placenta, como esclarecem especialistas na área²³.

Já a segunda dimensão não chegou a receber tratamento específico, mas emerge, como assinalado, dos diferentes princípios constitucionais. Assim, em se tratando de criança ou adolescente, não padece de dúvidas o seu direito ao conhecimento de sua origem genética, especialmente para estabelecimento da paternidade, com base na doutrina da proteção integral, que encontra sua tradução no princípio do melhor interesse, assegurado com absoluta prioridade pela Constituição de 1988.

Contudo, se o interessado for adulto, parece não haver dúvida quanto a possibilidade da pesquisa genética para fins médicos, com fundamento no direito à saúde e à preservação da vida. O mesmo já não se pode assegurar caso se trate da busca da historicidade pessoal.

Impõe-se, contudo, transcender os limites tradicionalmente opostos à busca da verdade genética, na medida em que valores mais altos se impõe, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Reconhecer o direito à identidade genética, da criança, do adolescente e do adulto, não importa a idade, sexo, cor ou credo, significa não só franquear-lhes o direito à vida, à saúde, à paternidade, mas também a sua história pessoal, a seus traços socioculturais antes assinalados. Mais do que isso, é imperativo avançar e reconhecer a identidade genética “não funcionalizada”, vale dizer não só como um instrumento para criação do vínculo de parentesco. Sendo um direito da personalidade, inscrito, repita-se, dentre os direitos fundamentais, poderá ou não gerar o parentesco, com os conseqüentes efeitos patrimoniais, nos termos que o ordenamento jurídico estabelecer.

Observe-se que, não bastassem sua natureza jurídica e o fundamento francamente constitucional, a admissão da descoberta do vínculo genético, em razão de interesses maiores e para fim específico, como assinalado, não é novidade no ordenamento brasileiro. Por conseguinte, o reconhecimento de um direito à identidade genética, que não gera parentesco e seus “temidos” efeitos patrimoniais, em nada afronta nossas tradições jurídicas.

De realce que, a não criação de parentesco surge como forma razoável de harmonização dos interesses eventualmente em conflito: se for assegurado legalmente o sigilo sobre a identidade do doador nos casos de reprodução assistida, em atenção à privacidade daquele, certamente esta deverá ceder em face dos princípios indicados que se sobrepõem. Contudo, ressalvados estarão os direitos de terceiros (doadores, pai biológicos) que nenhum ônus, ao menos patrimonial, sofrerão com a revelação de sua identidade.

²¹ OTERO, Paulo. Ob. cit. p. 64/65.

²² Lei 8.974, de 05.01.95, art. 8º.

²³ Nesse sentido o pronunciamento da Dra. Mayana Katz, Professora Titular do Departamento de Biologia do Instituto de Biociência da USP, no Seminário Internacional “Clonagem Humana: Questões Jurídicas”, realizado no STJ em 12.11.01.

A matéria não escapou à sensibilidade dos Tribunais, sendo bastante significativo nesse sentido o acórdão do STJ que admitiu o reconhecimento do vínculo biológico, sem alteração da adoção, que subsistiu inalterada, e que merece transcrição:

“Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade.

Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada.

A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais.

Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA.”

(Resp. nº 127.541 – RS, 3ª T. do STJ, julg. 10.04.2000, D.J. 28.08.2000)

O reconhecimento do direito à identidade genética, sem dúvida, em muito contribuirá para a ligação do ser humano consigo mesmo.

Dezembro de 2001.