

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

DIEGO PORTO PEREZ

**O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA FRENTE ÀS
TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Porto Alegre

2020

DIEGO PORTO PEREZ

**O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA FRENTE ÀS
TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz.

Porto Alegre

2020

Diego Porto Perez

**O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA FRENTE ÀS
TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 21 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Maria Cláudia Cachapuz
Orientadora

Professora Lisiane Feiten Wingert Ody

Professora Kelly Lissandra Bruch

Porto Alegre

2020

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pelo carinho diário e pelo estímulo à minha vida acadêmica.

Agradeço à Professora Maria Cláudia Cachapuz pelos ensinamentos, pela orientação e pela constante inspiração.

Não poderia deixar de agradecer, também, aos integrantes do Grupo de Direito Privado e Liberdades Civas, pelas tantas reflexões proporcionadas durante os encontros do grupo.

Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move.
(GADAMER, 1999)

RESUMO

A atual política de doação anônima de gametas dá origem a uma potencial colisão de direitos da personalidade: de um lado, o direito do indivíduo concebido através de técnica de reprodução humana assistida ao conhecimento de sua origem genética; de outro, o direito à privacidade do doador anônimo de gametas. O presente trabalho tem por objetivo analisar como a mencionada colisão pode ser resolvida de forma racional. Para tanto, através da revisão bibliográfica e da análise de decisões estrangeiras, busca-se destacar os elementos que fornecerão ao aplicador do Direito as condições de solucionar o problema concreto, satisfazendo a uma pretensão de correção. Adotando-se uma teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, o direito ao conhecimento da ascendência biológica é analisado primeiramente como “direito em si”, não restringido, perquirindo-se sobre sua classificação, estrutura e fundamentação. A partir do estudo de casos, o direito ao conhecimento da origem genética passa a ser analisado como “direito restringido”, diante da necessidade de sua compatibilização com direitos individuais de terceiros e bens coletivos. Partindo de uma concepção discursiva do Direito, não se admite a existência de direitos absolutos, de modo que a colisão entre direitos subjetivos é resolvida através da ponderação, orientada pelo princípio da proporcionalidade. Demonstra-se de que forma o Código Civil, por meio de suas cláusulas gerais, fornece ao intérprete do direito a abertura discursiva necessária para a solução da colisão, permitindo uma proteção aos direitos da personalidade que dispensa uma fundamentação constitucional indireta. Por fim, discute-se a política do anonimato e demonstra-se a necessidade de levar em consideração, na discussão legislativa acerca da disciplina das técnicas de reprodução humana assistida, também os interesses do indivíduo a ser concebido, enquanto potencial afetado pela norma.

Palavras-chave: Direito ao conhecimento da origem genética. Privacidade. Anonimato. Colisão de direitos. Direitos da personalidade.

ABSTRACT

The current policy of anonymous donation of gametes gives rise to a potential collision of personality rights: on the one hand, the right of the individual conceived through human reproduction technique assisted to the knowledge of his genetic origin, on the other, the right to privacy of the anonymous gamete donor. The present work aims to analyze how the mentioned collision can be resolved in a rational way. To this end, through bibliographic review and analysis of foreign decisions, it is sought to highlight the elements that will provide the Law enforcer with the conditions to solve the concrete problem, satisfying a claim for correction. Adopting an external theory of restrictions on constitutional rights, the right to knowledge of biological ancestry is analyzed first as a “right in itself”, not restricted, investigating its classification, structure and reasoning. From the case study, the right to knowledge of the genetic origin is now analyzed as a “restricted right”, given the need to make it compatible with the individual rights of third parties and collective goods. Starting from a discursive conception of Law, the existence of absolute rights is not allowed, so that the collision between subjective rights is resolved through weighting, guided by the principle of proportionality. It demonstrates how the Civil Code, by means of its general clauses, provides the interpreter of the right with the necessary discursive opening for the solution of the collision, allowing a protection to the rights of the personality that dispenses with an indirect constitutional reasoning. Finally, the policy of anonymity is discussed and the need to take into account, in the legislative discussion about the discipline of assisted human reproduction techniques, also the interests of the individual to be conceived, as potential affected by the norm.

Keywords: Right to know one’s genetic origins. Privacy. Anonymity. Rights collision. Personality rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CFM – Conselho Federal de Medicina

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DNA – Deoxyribonucleic Acid – “Ácido desoxirribonucleico”

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

ECHR – European Court of Human Rights

FIV – Fertilização *in vitro*

IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRHA – Técnica de Reprodução Humana Assistida

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA	18
1.1 CLASSIFICAÇÃO E RECONHECIMENTO.....	19
1.2 CONTEÚDO E ESTRUTURA.....	22
1.3 RAZÕES.....	26
2 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA	30
2.1 TEORIA DAS ESFERAS.....	31
2.2 DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE.....	34
2.3 PRIVACIDADE NO CÓDIGO CIVIL.....	36
3 A COLISÃO DE DIREITOS	38
3.1 REGRAS E PRINCÍPIOS.....	38
3.2 TEORIAS INTERNA E EXTERNA DE RESTRIÇÃO A DIREITOS.....	41
3.3 DIREITO SUBJETIVO E SUA ESTRUTURA.....	45
4 A COLISÃO DE DIREITOS NO CÓDIGO CIVIL	49
4.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	49
4.2 CLÁUSULA DE SUBSIDIARIEDADE JUSFUNDAMENTAL.....	50
5 O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA FRENTE ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	53
5.1 A POLÍTICA DE DOAÇÃO ANÔNIMA DE GAMETAS.....	54
5.2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	57
5.3 A REGULAÇÃO DA DOAÇÃO DE GAMETAS NO BRASIL.....	59
6 O DIREITO AO CONHECIMENTO VERSUS DIREITO AO SIGILO	65
6.1 AS PARTES.....	65
6.2. QUEBRA DO ANONIMATO.....	66
6.3 ANÁLISE DE DECISÃO.....	66
7 ANÁLISE DE CASOS	71
7.1 MIKULIC V. CROÁCIA.....	71
7.2 ANDREAS JÄGGI V. SUÍÇA.....	75
7.3 ODIÈVRE V FRANÇA.....	79
8 O FUTURO DO ANONIMATO	85
8.1 A COLISÃO DE DIREITOS.....	85
8.2 UMA NOVA POLÍTICA?.....	89
CONCLUSÃO	96
BIBLIOGRAFIA	100

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará como se dá a tutela ao direito personalíssimo ao conhecimento da origem genética de titularidade dos indivíduos gerados por meio de técnicas de reprodução humana assistida, frente aos direitos à intimidade e à vida privada dos doadores anônimos de gametas.

O avanço da biomedicina, ao ampliar a esfera de ação humana e possibilitar a resolução de problemas de saúde antes tidos como sem solução, suscita, na mesma medida, dilemas éticos e jurídicos das mais variadas dimensões, a ponto de a utilização de algumas das inovações desta área ameaçarem alterar a autocompreensão humana como espécie, como no caso da manipulação genética.¹ O dilema aqui abordado consiste no conflito entre o direito ao conhecimento da origem genética do ser humano concebido por meio de uma técnica de reprodução humana assistida, por um lado, e o direito à intimidade do doador anônimo de gametas, por outro, que vê a esfera íntima de sua vida ameaçada pelo desejo de conhecimento de um terceiro, concebido através de um ato espontâneo e altruísta seu, dentro de uma determinada relação de confiança em que lhe fora assegurado o anonimato.

No Brasil, o direito ao conhecimento da origem genética vem sendo reconhecido pelas cortes superiores como um “direito da personalidade”², e geralmente fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana.³ A busca pelo conhecimento da origem genética é observada comumente no caso de filhos adotivos, que possuem seu direito expressamente assegurado por lei infraconstitucional⁴, bem como nos casos de investigação de paternidade. O reconhecimento desse direito personalíssimo em nossa ordem jurídica levanta a questão sobre a legitimidade da garantia do anonimato ao ascendente do indivíduo gerado por meio de técnica de doação de gametas.

¹ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* \ Jürgen Habermas; Tradução Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. 2. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca do pensamento moderno). p. 37.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.458.696* – SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília: 16 dez. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100185833&dt_publicacao=16/03/1992. Acesso em: 03 ago. 2020.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 807.849*. RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília: 24 mar. 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600032847&dt_publicacao=06/08/2010. Acesso em: 03, ago. 2020.

⁴ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990* (ECA): “Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 03 ago. 2020.

A atual regulação das técnicas de reprodução humana assistida, ao garantir o anonimato do doador de gametas, desconsidera o direito de personalidade consistente no direito de se conhecer a própria origem biológica. Gera-se, assim, uma situação futura na qual a tutela a este direito se encontrará dificultada, diante do direito de terceiros em sentido contrário. Ao mesmo tempo, o quadro gerado poderá afetar a esfera jurídica do doador anônimo, que poderá ter sua expectativa frustrada em razão de ter confiado na garantia de um anonimato que talvez não mais se possa sustentar caso sejam corretamente considerados os interesses de todos os afetados. Foi o que ocorreu no ano de 2013, quando o Tribunal Regional Superior de Hamm, na Alemanha, decidiu que o réu deveria revelar a identidade do doador de gametas⁵ para tutelar o direito ao conhecimento da origem genética da requerente concebida por meio de inseminação artificial heteróloga.

Alguém poderia objetar, contudo, que apesar de existir um movimento gradual a favor da abertura do anonimato da doação de sêmen em diferentes países⁶, o interesse de um indivíduo em conhecer sua origem genética não possui relevância jurídica, tratando-se de mera curiosidade acerca da historicidade pessoal, fechando a discussão jurídica de antemão. Entretanto, essa atitude não é compatível com uma ética discursiva que busca satisfazer a uma pretensão de correção. Em especial, a opção por este caminho iria de encontro à segunda regra da razão do discurso prático geral, segundo a qual “todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades”⁷, não devendo ser impedidos por coerção interna e externa ao discurso.

É difícil estabelecer quais interesses e direitos são relevantes de antemão, sem dar ouvidos às necessidades e perspectivas do outro participante do discurso. ALEXY demonstra essa dificuldade ao relatar o exemplo de dois doutrinadores que manifestaram o entendimento de que falar de um direito fundamental a alimentar pardais seria uma consequência “absurda” e “ridícula” do direito geral de liberdade de ação. Ironicamente, vinte anos mais tarde, o Tribunal Constitucional Federal afirmou que alimentar pombas está protegido jusfundamentalmente *prima facie*⁸. Daí a importância de proporcionar a abertura para que todos possam falar no discurso, expressando suas necessidades e convicções normativas.

⁵ Court rules sperm donors' children have right to know. *DW*. Disponível em: <https://www.dw.com/en/court-rules-sperm-donors-children-have-right-to-know/a-16580116>. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁶ RAVITSKY, V. The right to know one's genetic origins and cross-border medically assisted reproduction. *Israel Journal of Health Policy Research* (2017) 6:3. DOI 10.1186/s13584-016-0125-0. p 3.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da argumentação jurídica* \ Robert Alexy – 4. E. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 187.

⁸ Idem. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. Robert Alexy. Traducción de Carlos Bernal Pulido. 2012. p. 314.

As perguntas a serem respondidas ao longo dessa monografia, portanto, são as seguintes: no que consiste o direito ao conhecimento da origem genética? A atual regulação das técnicas de reprodução humana assistida é adequada para permitir sua futura tutela? Como se resolverá racionalmente a colisão desse direito com os direitos à intimidade e à privacidade dos doadores que praticarem o ato na vigência da atual regulação?

Na primeira parte do trabalho se analisará no que consiste o direito ao conhecimento da origem genética, o analisando como um “direito em si”, de forma ideal. Para tanto, se adota uma teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, que reconhece a existência de dois momentos: um, o do “direito em si”, não restringido; outro, o do “direito restringido”, após a realização de uma ponderação. Difere, portanto, de uma teoria interna, segundo a qual não há o direito e suas restrições, mas tão somente o direito com um determinado conteúdo⁹.

Buscando compreender o “direito em si” ao conhecimento da origem genética, proceder-se-á a uma análise do objeto desse conhecimento, ou seja, qual tipo de conhecimento é tutelado pelo direito. Adotando o entendimento de ALEXY de que “uma coisa é a razão de um direito e outra é o direito que se aceita em virtude dessa razão”¹⁰, reconhecendo-se a importância tanto da estrutura do direito, quanto de sua fundamentação, se verificará quais os argumentos utilizados a favor da proteção do referido direito, bem como quais são seus fundamentos jurídicos.

No segundo capítulo, tendo em vista que os direitos à privacidade e à intimidade de terceiros constantemente colidem com o direito ao conhecimento da origem genética, se examinará em que consistem esses direitos e qual a forma de tutela oferecida pelo Código Civil.

Tratando-se de colisões de direito fundamentais em geral, e de direitos da personalidade em especial, o terceiro capítulo adentrará na questão das colisões de direitos, realizando a distinção entre princípios e regras, esclarecendo suas diferentes formas de aplicação. O princípio da proporcionalidade, essencial para a resolução de uma colisão de direitos que busque satisfazer a uma pretensão de correção também será objeto de atenção.

Finalizando a primeira parte, o quarto capítulo é destinado à análise das soluções normativas oferecidas pelo Código Civil de 2002 às colisões de direitos da personalidade. A inovação do Código, ao conter um capítulo exclusivo dirigido aos direitos da personalidade, é

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 240

¹⁰ Tradução livre: “Una cosa es la razón de un derecho y otra el derecho que se acepta en virtud de esta razón”. *Ibidem*, p. 158.

de grande valia para uma proteção à vida privada e à intimidade que dispense uma fundamentação constitucional indireta.

Assim, acolhendo uma concepção formal-material do direito geral de personalidade, bem como uma teoria das esferas, buscar-se-á compreender de que forma os dispositivos atinentes aos direitos de personalidade são suficientes para garantir uma tutela tanto ao direito ao conhecimento da origem genética, como aos direitos à privacidade e à intimidade do doador anônimo, dispensando-se uma fundamentação constitucional indireta.

Na segunda parte dessa monografia, o direito ao conhecimento da origem genética será trabalhado como um “direito restringido”, após a realização de uma ponderação. Distintas são as situações nas quais o direito ao conhecimento da origem biológica poderá ser restringido por direitos individuais de terceiros e bens coletivos. A análise de decisões estrangeiras demonstrará essa diversidade de situações, bem como os variados direitos que podem colidir com o direito ao conhecimento da origem genética.

Os problemas relativos à restrição do direito ao conhecimento da origem genética por meio de uma política de doação anônima de gametas também serão trabalhados na segunda parte, destacando-se os efeitos da opção pela manutenção do anonimato do doador. As políticas adotadas por outros países proporcionarão a possibilidade de comparação, bem como exemplos de alternativas para o Brasil.

Proceder-se-á a uma análise de argumentos contrários e favoráveis ao anonimato, uma vez que tal tema já vem sendo objeto de debates acadêmicos, jurisprudenciais e legislativos em outros países, especialmente no continente europeu. A análise de decisões estrangeiras que enfrentaram o problema da colisão do direito ao conhecimento da origem genética com direitos e bens coletivos em sentido contrário, por sua vez, será de grande valia para auxiliar na compreensão das distintas manifestações do fenômeno dessa colisão.

Tratando-se de potencial colisão de direitos subjetivos, demonstrar-se-á de que forma a adoção de uma teoria externa das restrições de direitos fundamentais, associada a uma concepção discursiva do direito, capacita o intérprete a resolver o problema jurídico apresentado de forma racional, com a observância das circunstâncias trazidas pelo caso concreto.

Busca-se, por meio do presente trabalho, melhor compreender a relação do chamado “direito ao conhecimento da origem genética” dos indivíduos concebidos por meio da reprodução assistida com o direito à privacidade dos doadores de gameta, visando fornecer elementos que permitam contribuir com a correção de uma futura ponderação entre direitos colidentes, bem como com a discussão legislativa acerca da elaboração de uma lei que regule

adequadamente a realidade a ser ordenada, levando em consideração o interesse de todos os afetados pela norma.

1 O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

*“Eu não estou procurando por um pai, eu já tenho um. (...) Eu quero conhecer o doador porque quero conhecer a outra metade de onde eu vim”.*¹¹

Com essas palavras, em uma entrevista à BBC News, uma jovem de então dezoito anos, concebida por meio de doação anônima de gametas, expressava a sua necessidade de conhecer sua origem genética. O relato é representativo do interesse de um número crescente de indivíduos concebidos por meio de técnicas de reprodução humana assistida em conhecer sua ascendência genética. Certamente, no entanto, essa necessidade não se restringe a esse grupo de pessoas. Antes, ela é compartilhada também por crianças adotadas, abandonadas, ou por pessoas que, pelas mais variadas razões, não possuam evidência de quem são seus pais biológicos¹². Importante registrar, desde já, que o interesse de alguém em buscar o conhecimento da origem genética pode muito bem prescindir de quaisquer interesses patrimoniais ou familiares, de modo que a necessidade que aqui se faz referência não se confunde com a reivindicação do estado de filiação, instituto próprio do direito de família.

A diversidade de casos nos quais uma pessoa pode se ver diante da necessidade de buscar a sua origem genética é tamanha que hoje já não se pode afirmar com a segurança dos romanos que *“mater semper certa est”*¹³. A dúvida acerca da genitora, por exemplo, pode advir de ocultação de filho, de abandono, rapto etc.¹⁴

Diante desses fatos, a pergunta que surge é a de se tal interesse, ainda que compartilhado por um número significativo de pessoas, possui relevância jurídica a ponto de dar origem a algo como um “direito ao conhecimento da origem genética”, ou será que, pelo contrário, trata-se apenas de uma curiosidade subjetiva que não merece tutela pelo direito?

Uma resposta que negue a existência do direito ao conhecimento da origem genética sem examinar os argumentos que fundamentam esse direito iria de encontro às regras da razão que expressam, no plano da argumentação, as ideias de liberdade e de igualdade universal, em especial, a regra segundo a qual “cada um tem permissão de manifestar suas colocações,

¹¹ Tradução livre: “I’m not looking for a father,” she says. “I already have one.” “I want to meet the donor because I want to know the other half of where I’m from,” she says. Entrevista disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/4398551.stm>. Acesso em: 17, ago. 2020.

¹² BESSON, Samantha. Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the european convention on human rights. – *International Journal of Law, Policy and Family*, 21 (2007), 137-159. doi: 10.1093/lawfam/ebm003. AdvanceAccessPublication 17 April 2007. p. 138

¹³ “A mãe é sempre certa”. RODRIGUES. Dirceu A. Victor, *Dicionário de Brocardos Jurídicos*. 7.ª edição revista e aumentada. 1972. Sugestões Literárias S/A. SP. p. 191

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família* / Pontes de Miranda. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. – Campinas: Bookseller, 2001. p. 112.

desejos e carências”.¹⁵ Assim, caso se busque em um discurso prático respeitar a autonomia¹⁶ de seus participantes, não se pode determinar, de antemão, quais necessidades, carências e desejos são dignos de atenção.

Se faz necessário analisar, portanto, quais as razões que fundamentam a tutela jurídica a essa carência humana. Dessa forma, no presente capítulo, analisaremos no que consiste o chamado “direito ao conhecimento da origem genética”, indagando quanto a sua estrutura, classificação e conteúdo, bem como quanto às razões que fundamentam esse direito. Proceder-se-á assim porque se reconhece tanto a importância da compreensão da estrutura do direito, quanto de sua fundamentação, pois, nos dizeres de ALEXY, “a razão para um direito é uma coisa, outra é o direito que se baseia nessa razão”.¹⁷

1.1 CLASSIFICAÇÃO E RECONHECIMENTO

Para uma correta compreensão do “direito ao conhecimento da origem genética”, é necessário analisar a sua classificação, reconhecendo a qual classe de direitos pertence, bem como realizar a distinção entre institutos que por mais que se assemelhem em alguns traços, possuem diferenças fundamentais que, se não observadas, podem levar à falta de clareza e à aplicação de consequências jurídicas distintas.

O direito ao conhecimento da origem genética pode ser classificado como um “direito da personalidade”. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP nº 1.458.696-SP, manifestou o entendimento de que “o conhecimento da filiação biológica é direito da personalidade, indisponível, imprescritível e afeto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”¹⁸. Na mesma linha, no julgamento do RESP nº 807.849-RJ, o direito ao conhecimento da origem genética foi colocado como um dos direitos da personalidade, ao lado do direito ao nome, como se observa:

Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais,

¹⁵ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. Ed. Ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 26.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade* / Jürgen Habermas ; organização e introdução de Patrick Savidam ; tradução Marcelo Brandão Cipolla. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2007. p. 12.

¹⁷ Tradução livre: “Uma cosa es la razón de un derecho y otra el derecho que se acepta em virtude de esta razón”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 240.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.458.696 – SP*. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília: 16 dez. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1375667&num_registro=201401279985&data=20150220&formato=PDF. Acesso em: 03, ago. 2020.

irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes. [...] O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.¹⁹

Enquadrado como direito da personalidade, o mencionado direito à busca da origem genética geralmente é fundamentado, por nossa corte superior, com recurso ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Reconhecendo a importância da função psicológica operada pelo conhecimento da origem genética, o STJ, em julgamento do RESP nº 833.712-RS, entendeu que “caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica”.²⁰

Assim entendido o direito ao conhecimento da origem genética, enquanto instituto de direito civil, mister se faz diferenciá-lo de outros institutos semelhantes, como, por exemplo, o estado de filiação, instituto do direito de família. Este último consiste num estado, qual seja, o *status familiae*, e todas as ações que visam ao seu reconhecimento, modificação ou negação são; portanto, ações de estado.²¹ Os direitos da personalidade, por sua vez, se traduzem nos direitos que se irradiam da personalidade²², consistindo esta no conjunto de “caracteres próprios à pessoa”²³. É aqui, portanto, que se enquadra o direito ao conhecimento da origem genética, uma vez que se trata do conhecimento de informações que dizem respeito a algo que é íntimo ao indivíduo e à sua narrativa pessoal.

Segundo LOBO, com a transformação do Direito de Família ao longo do século XX, e com a refinação da teoria dos direitos da personalidade, a origem genética da pessoa perdeu seu papel legitimador da filiação, migrando para a esfera dos direitos da personalidade²⁴. O mencionado autor critica uma tendência dos tribunais de se confundir estado de filiação com origem biológica, procedendo ao seguinte esclarecimento:

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 807.849* – RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi. Brasília: 24 mar. 2010. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600032847&dt_publicacao=06/08/2010. Acesso em: 03, ago. 2020.

²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 833.712* – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi. Brasília: 17 maio. 2007. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=693163&num_registro=200600706094&data=20070604&formato=PDF. Acesso em: 03, ago. 2020.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo – *Direito civil: família* / Sílvio de Salvo Venosa. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P. 252.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 203.

²³ G. Telles JR apud DINIZ, Maria Helena – *Curso de direito civil brasileiro*, volume I: teoria geral do direito civil. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

²⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out/dez. 2004. p. 48

O estado de filiação, decorrente da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família, e a segunda, de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram.²⁵

Portanto, a busca pelo conhecimento da origem genética não se confunde com a ação de investigação de paternidade destinada a contestar o estado de filiação. Pode muito bem o indivíduo, movido pelas mais variadas razões (sejam elas de origem psicológica, de saúde etc), buscar conhecer sua ascendência genética sem o interesse de alterar o seu estado de filiação.

O direito ao conhecimento da origem genética, enquanto direito da personalidade, também passou a ser expressamente tutelado em nossa ordem jurídica a partir de instrumentos protetivos específicos, como se observa, desde 2009, no art. 48²⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe que “o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”. Também, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança²⁷, ratificada pelo Brasil, em seu artigo 7º, determina que

a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a **conhecer seus pais** e a ser cuidada por eles (grifado).²⁸

A nível internacional, se percebe nas últimas décadas um aumento na importância da discussão acerca do direito ao conhecimento da própria origem, de modo que conforme registra BLAUWHOFF, no ano de 1989, na Europa, ocorreram dois casos importantes de reconhecimento internacional e nacional do interesse em conhecer a verdade sobre a origem genética como um direito fundamental, um com base no direito à “vida privada”, o outro com base no direito ao “livre desenvolvimento da personalidade”, respectivamente.²⁹ O autor ressalta também que houve um progressivo reconhecimento do direito ao conhecimento da

²⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out/dez. 2004. p. 53

²⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm

²⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

²⁸ BRASIL. *Convenção internacional dos direitos da criança*. Promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 01, set. 2020.

²⁹ BLAUWHOFF, Richard J. – Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins. Has to ‘know or not to know’ ever been the legal question? – *Utrecht Law Review* – <http://www.utrechtlawreview.org/> Volume 4, Issue 2 (June) 2008. p. 99. Acessado em 02, set. 2020.

origem genética sob a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, tendo como fundamento os artigos 8º e 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, especialmente. A Alemanha, por sua vez se destaca como a jurisdição europeia em que mais foram discutidos os problemas ligados às implicações desse direito fundamental, tanto no âmbito acadêmico quanto governamental.³⁰

Ainda no continente europeu, diversos países passaram a reconhecer em sua ordem jurídica o direito ao conhecimento da origem genética. No Reino Unido, o reconhecimento do direito ao conhecimento da origem genética começou em relação às crianças adotadas, em 1975, sendo estendido às crianças concebidas por inseminação artificial em 2005.³¹

1.2 CONTEÚDO E ESTRUTURA

Tratando-se de direito da personalidade, resta saber exatamente no que consiste o conteúdo do direito ao conhecimento da origem genética. Longe de se procurar esgotar o conceito, busca-se uma aproximação do que constitui o direito de personalidade em análise. A partir de uma perspectiva jusfundamental, se pretende compreendê-lo como “um feixe de posições jurídicas fundamentais”³², enxergando o direito fundamental como um todo.

Afinal, no que consiste o chamado “direito ao conhecimento da origem genética”? Em uma definição geral, BESSON entende que é um direito que “protege o interesse de cada indivíduo em identificar de onde veio”.³³ O mencionado interesse teria por fundo razões de saúde, para permitir a prevenção de doenças hereditárias, por exemplo, ou razões psicológicas, como permitir a uma pessoa o desenvolvimento de sua narrativa de identidade.³⁴ RAVITSKY entende que o conceito do direito em análise consistiria em um guarda-chuva

³⁰ BLAUWHOFF, Richard J. – Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins. Has to ‘know or not to know’ ever been the legal question? – *Utrecht Law Review* – <http://www.utrechtlawreview.org/> Volume 4, Issue 2 (June) 2008. p. 99. Acessado em 02, set. 2020.

³¹ BESSON, Samantha. Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the european convention on human rights. – *International Journal of Law, Policy and Family*, 21 (2007), 137-159. doi: 10.1093/lawfam/ebm003. AdvanceAccessPublication 17 April 2007. p. 139.

³² ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012, p. 214.

³³ Tradução livre: “It protects each individual’s interest to identify where she comes from”. BESSON, Samantha. Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the european convention on human rights. – *International Journal of Law, Policy and Family*, 21 (2007), 137-159. doi: 10.1093/lawfam/ebm003. AdvanceAccessPublication 17 April 2007. p. 140.

³⁴ BLAUWHOFF, Richard J. Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins. Has ‘to know or not to know’ ever been the legal question? – www.utrechtlawreview.org/ Volume 4, Issue 2 (June) 2008. p. 102. Acesso em: 02, set. 2020.

que cobriria aspectos de distintas reivindicações³⁵, qualificando-o, portanto, como um direito multifacetado.³⁶

Segundo BLAUWHOFF, a pergunta decisiva ao se tratar do direito ao conhecimento da origem genética não é “conhecer, ou não conhecer”, e sim no que consiste tal conhecimento, uma vez que existem diferentes tipos de informação sobre a descendência genética e graus de familiaridade³⁷. Assim, se faz mister esclarecer qual é a natureza dessas distintas informações. RAVITSKY, tratando especificamente do direito de pessoas concebidas por meio de inseminação artificial, entende que há informações concernentes aos seguintes aspectos: médico, de identidade, relacional e de revelação parental³⁸, de modo que a forma de lidar com cada uma dessas informações depende do significado que se atribui ao parentesco genético.³⁹

Ao aspecto médico, corresponderia o conhecimento de informações referentes aos dados de saúde do doador, como sua história médica completa e informações genéticas relevantes.⁴⁰ Ao aspecto de identidade, corresponderia o conhecimento de informações narrativas sobre o doador como pessoa⁴¹, que o indivíduo poderia entender como necessárias para o preenchimento de lacunas no desenvolvimento de sua personalidade. Aqui entrariam informações não identificáveis, como por exemplo, traços físicos do ascendente, etnia, informações sobre sua área de estudo, interesses e personalidade. O aspecto relacional⁴², por sua vez, compreenderia o conhecimento de informações identificáveis, como a identidade do doador. Finalmente, no aspecto de revelação parental se trataria do fornecimento de informações sobre as circunstâncias de sua concepção.⁴³

Diante da diversidade de informações concernentes à noção de identidade genética, BLAUWHOFF faz alusão à Lei Holandesa de Inseminação Artificial de 2002⁴⁴, que ao permitir a identificação do nome e endereço do doador de gametas quando a criança atinge a

³⁵ RAVITSKY, Vardit. "Knowing Where You Come From": The Rights of Donor-Conceived Individuals and the Meaning of Genetic Relatedness, 11 *MINN. J.L. SCI. & TECH.* 665 (2010). Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol11/iss2/9>. p. 668. Acesso em: 02, set. 2020.

³⁶ *Ibidem*, p. 684.

³⁷ BLAUWHOFF, Richard J. Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins. Has 'to know or not to know' ever been the legal question? – www.utrechtlawreview.org/ Volume 4, Issue 2 (June) 2008. p. 104. Acesso em: 02, set. 2020.

³⁸ RAVITSKY, Vardit. "Knowing Where You Come From": The Rights of Donor-Conceived Individuals and the Meaning of Genetic Relatedness, 11 *MINN. J.L. SCI. & TECH.* 665 (2010). Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol11/iss2/9>. p. 668. Acesso em: 03, set. 2020.

³⁹ *Ibidem*, p. 669.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 671.

⁴¹ *Ibidem*, p. 674.

⁴² *Ibidem*, p. 667.

⁴³ *Ibidem*, p. 681.

⁴⁴ HOLANDA. *Artificial insemination donor data act*. Law of April 25, 2002. Disponível em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0013642/2020-03-19>. Acesso em: 03, set. 2020.

idade de dezesseis anos, diferencia entre “informações médicas”, “informações não identificáveis” e “informações identificáveis”.⁴⁵ As informações não identificáveis consistiriam naquelas relativas à descrição física do doador, sua atividade profissional, meio social, dentre outras. Essas últimas, assim como as informações relativas à identidade do doador, só podem ser solicitadas com o amadurecimento da criança concebida por meio da Inseminação Artificial, ao passo que as informações médicas podem ser solicitadas a qualquer momento à fundação pública que registra os dados.

Existindo diferentes tipos de informações que o chamado “direito ao conhecimento da origem genética” abrange, é possível pensar em uma realização gradual, na medida do grau e da natureza da informação que seja fornecida ao indivíduo. Tendo em vista tal abrangência, BLAUWHOFF, ao tratar do conteúdo desse direito, procede à divisão entre um “direito ao conhecimento em sentido estrito e legal” e um “direito em um sentido amplo e ético”, a partir da amplitude da informação que se busca.⁴⁶ O primeiro consistiria, por exemplo, em medidas concretas como a liberação de registros de nascimento para adotados e testes de paternidade. Já o “direito ao conhecimento em sentido amplo e ético” é identificado pelo autor como “um direito moral a não ser deixado à própria imaginação quanto à história que cerca as circunstâncias de concepção e de nascimento”.⁴⁷ Em sentido semelhante, BESSON formula o direito ao conhecimento da origem genética como “a dimensão do direito mais amplo de determinar e preservar a identidade de alguém”.⁴⁸ Da exposição desses conceitos, resta claro que se pode tanto pensar o direito ao conhecimento da origem genética em um sentido limitado, restrito, quanto em um sentido amplo.

Não se adota aqui a distinção proposta por BLAUWHOFF entre um direito “ético” e um direito “legal”, diante da demonstração de ALEXY de que a tese positivista da separação forte entre direito e moral não se sustenta diante da dimensão ideal necessária que o direito

⁴⁵ BLAUWHOFF, Richard J. Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins. Has 'to know or not to know' ever been the legal question'? – www.utrechtlawreview.org/ Volume 4, Issue 2 (June) 2008. P. 105. Acesso em: 03, set. 2020.

⁴⁶ BLAUWHOFF, Richard J. *Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins. Has 'to know or not to know' ever been the legal question'?* – www.utrechtlawreview.org/ Volume 4, Issue 2 (June) 2008. p. 104. Acesso em: 04, set. 2020.

⁴⁷ Tradução livre: “a moral entitlement not to be left to one's own imagination as far as the story surrounding the circumstances at conception and birth”. Ibidem, p. 104.

⁴⁸ Tradução livre: “a dimension of the broader right to ascertain and preserve one's identity”. BESSON, Samantha. *Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the european convention on human rights*. International Journal of Law, Policy and the Family, 21 (2007), 137-159. DOI: 10,1093. p. 141.

possui⁴⁹, por força da pretensão de correção ligada ao direito.⁵⁰ Contudo, a distinção proposta por BLAUWHOFF entre um “direito ao conhecimento amplo” e um direito “ao conhecimento estrito” é demonstrativa da natureza principiológica do direito ao conhecimento da origem genética, que pode ser formulado de forma ampla e ilimitada, encontrando limites externos ao “direito em si”, a partir das restrições exigidas por direitos e bens coletivos em sentido contrário.

Também, do abstrato “direito ao conhecimento da origem genética”, podem surgir direitos concretos específicos, como por exemplo, o direito de acesso ao registro de nascimento, o direito ao exame de DNA e até o direito à quebra do anonimato do doador de gametas. Esses direitos possuem entre si uma relação de “precisão”, tal qual a relação de precisão identificada por ALEXY entre “a liberdade jurídica de fazer tudo aquilo que por seu conteúdo e forma deve ser considerado como uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade”⁵¹, reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal a partir da interpretação do artigo 5º, § 3º⁵² da Lei Fundamental de Bonn, e a “liberdade de escolher o enfoque do problema e os princípios metodológicos”.⁵³ Com efeito, nessa relação de “precisão”, também a relação de ponderação desenvolve um papel na fundamentação da determinação de um significado.⁵⁴ A relação de ponderação consiste naquela entre uma posição *prima facie* e uma posição definitiva, e a passagem de uma a outra ocorre com o confronto da posição *prima facie* com princípios em sentido contrário.

Reconhecendo-se, portanto, o caráter principiológico do direito ao conhecimento da origem genética e a possibilidade de formulá-lo como um “direito em si”, ilimitado *a priori*, no sentido de que é um mandamento de otimização, de modo que deve ser realizado na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas, não é viável estabelecer limites imanentes ao

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito* / Robert Alexy ; Organização Ernesto Garzón Valdés... [et al.]. ; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF). p. 152.

⁵⁰ Robert Alexy define o direito da seguinte maneira: “O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção”. *Ibidem*, p. 151.

⁵¹ Tradução livre: “la libertad jurídica de hacer todo aquello que por su contenido y forma debe ser considerado como un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012, p. 216.

⁵² ALEMANHA. Lei Fundamental de Bonn, 1949. Artigo 5º, § 3º: “A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à constituição”.

⁵³ Tradução Livre: “libertad de elegir el planteamiento del problema y los principios metodológicos”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012, p. 216.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 217.

direito para a finalidade de encerrar o seu conteúdo e saber, de maneira apriorística, quais as suas consequências jurídicas aplicáveis para o caso concreto prescindindo do exame das possibilidades fáticas e jurídicas. É justamente no caso concreto que esse direito exigirá realização na maior medida do possível, confrontando-se pretensões em sentido contrário que poderão restringir sua eficácia. Entram em cena, então, direitos individuais de terceiros e bens coletivos que poderão restringir a realização do direito ao conhecimento da origem genética.

A própria formulação do artigo 7º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que contém uma previsão direta do direito ao conhecimento da origem genética, ilustra sua natureza principiológica, na medida em que explicitamente determina sua realização “na medida do possível”, como se observa:

a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, **na medida do possível**, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles (grifado).⁵⁵

1.3 RAZÕES

Classificado o direito ao conhecimento da origem biológica como um direito da personalidade, após a aproximação de seu conteúdo e estrutura, passa-se à análise das razões que o fundamentam, uma vez que, como se viu acima, uma coisa é um direito, outra é a razão para esse direito. Mas o que justifica a necessidade de conhecimento da origem genética?

Mais acima se fez menção aos diferentes tipos de informação que o direito ao conhecimento da origem genética abrange. Essas informações são buscadas pelos indivíduos para satisfazer diferentes necessidades. Analisaremos, aqui, as razões médicas ou psicossociais⁵⁶ que fazem com que um indivíduo busque sua origem genética.

DONAVAN, ao analisar os interesses médicos, legais e psicológicos que um indivíduo possa ter em buscar sua origem genética, conclui que na política inglesa de tutela ao direito ao conhecimento da origem biológica de adotados há uma maior preocupação em se tutelar o interesse psicológico⁵⁷. O aspecto psicológico é de tamanha importância que a negação dessa informação ao indivíduo pode acarretar danos e sofrimentos psíquicos, os quais SANTS

⁵⁵ BRASIL. Convenção sobre os direitos da criança (promulgada pelo Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990.. Artigo 7. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 19, ago. 2020.

⁵⁶ RAVITSKY, Israel. The right to know one’s genetic origins and cross-border medically assisted reproduction. *Israel Journal of Health Policy Research* (2017) 6:3 DOI, p. 1.

⁵⁷ DONOVAN, O. K. A right to know one’s parentage? *International Journal of Law and the Family* i, (1988), 27-45. p. 33.

atribui ao fenômeno que chama de “desorientação genealógica”.⁵⁸ Segundo SANTS, “*uma criança desorientada genealógicamente é aquela que não tem conhecimento de seus pais naturais ou apenas um conhecimento incerto deles*”⁵⁹, o que resulta num estado de confusão e incerteza.⁶⁰

Nessa linha, o interesse no conhecimento se justifica pelo fato de que saber de onde se vem é um elemento importante no equilíbrio psicológico de um indivíduo.⁶¹ Essa informação permite que a criança desenvolva ainda mais sua narrativa de identidade⁶², de modo que BESSON afirma que “*o direito ao conhecimento da origem genética é a dimensão de um direito mais amplo de verificar e preservar a identidade de alguém*”⁶³. Essa função psicológica é demonstrada, também, por pesquisas na área das ciências sociais referentes às “*experiências de alguns adotados que, privados dessa informação, podem se sentir ‘depreciados’ ou separados de uma parte essencial de si mesmos*”.⁶⁴

Como visto, a informação sobre a origem genética pode desempenhar um papel muito importante na formação da identidade do indivíduo, de modo que a privação de tal conhecimento pode gerar danos psicológicos. Há quem sustente, no entanto, que o papel do conhecimento sobre a origem genética não é fundamental para a formação da própria identidade, sob o fundamento de que há pessoas sem essa informação que apresentam “*identidades perfeitamente saudáveis*”.⁶⁵

Contudo, RAVITSKY sustenta que ainda que se reconheça que algumas pessoas possam desenvolver sua personalidade sem sofrer danos em decorrência da negação do acesso a esta informação, persiste uma intervenção na autonomia dos indivíduos que independe de

⁵⁸ SANTS, H. J. Genealogical bewilderment in children with substitute parents. *Brit. J. Med. Psychol.* (1964), 37, 133 Printed in Great Britain. p. 133.

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ BESSON, Samantha. Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the european convention on human rights. – *International Journal of Law, Policy and Family*, 21 (2007), 137-159. doi: 10.1093/lawfam/ebm003. AdvanceAccessPublication 17 April 2007. p. 140.

⁶² BLAUWHOFF, Richard J. *Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins*. Has ‘to know or not to know’ ever been the legal question? – www.utrechtlawreview.org/ Volume 4, Issue 2 (June) 2008. p. 102.

⁶³ BESSON, Samantha. Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the european convention on human rights. – *International Journal of Law, Policy and Family*, 21 (2007), 137-159. doi: 10.1093/lawfam/ebm003. AdvanceAccessPublication 17 April 2007, p. 141.

⁶⁴ Tradução livre: “experiences of some adoptees, who, deprived of this information, may feel ‘deracinated’ or cut off from an essential part of themselves”. *Ibidem*, p. 102.

⁶⁵ Tradução livre: “perfectly healthy identities”. Inmaculada de Melo-Martín, “The Ethics of Anonymous Gamete Donation: Is There a Right to Know One’s Genetic Origins?” *Hastings Center Report* 44, no. 2 (2014): 28-35. DOI: 0.1002/hast.285. P. 32. Acesso em: 10 set. 2020.

evidência empírica.⁶⁶ Essa autonomia consiste na liberdade do indivíduo de escolher o significado que ele atribui aos componentes genéticos de sua identidade.⁶⁷ Enquanto alguns enfrentam sofrimentos ao tentar preencher as lacunas de sua história de vida, outros podem conseguir desenvolver sua personalidade prescindindo de informações sobre sua origem. Porém, quando o acesso do indivíduo a essas informações é negado sob o fundamento de que elas não lhe são necessárias, há uma intervenção na autonomia do indivíduo, e é realizada uma valoração que deveria competir primeiramente a ele.⁶⁸ Desse modo, os indivíduos que tem seu direito ao conhecimento da origem genética violado seriam privados da liberdade de escolha do significado que eles atribuem aos seus próprios componentes genéticos de suas identidades.⁶⁹ Nesse sentido são as palavras de WARNOCK, citadas por RAVITSKY:

eu não posso argumentar que crianças cujas origens são informadas (...) são necessariamente mais felizes, ou melhores de qualquer modo que possa ser estimado. Mas posso afirmar que, se não forem informadas, estarão sendo tratadas de forma errada.⁷⁰

A posição acima mencionada parte de uma distinta perspectiva ética, segundo a qual não é necessária a comprovação de um sofrimento pelo indivíduo para a justificação do direito ao conhecimento da origem genética. Sua preocupação com a autonomia do indivíduo a aproxima de uma perspectiva kantiana, que não baseia a moralidade apenas em considerações empíricas e num cálculo sobre o que produzirá a maior felicidade ao maior número de pessoas, ao contrário de uma ética utilitarista.⁷¹

De clareza ímpar acerca da impossibilidade de se fundamentar uma argumentação moral exclusivamente no conceito de felicidade é a afirmação de FERRY acerca da antinomia da felicidade: “tudo o que nos faz felizes, o amor, a admiração, a liberdade, o conhecimento, a abertura do espírito, a ação, (...) é também aquilo que pode nos fazer mais infelizes”.⁷² O

⁶⁶ RAVITSKY, Vardit, “Autonomous Choice and the Right to Know One’s Genetic Origins,” *Hastings Center Report* 44, no. 2 (2012): 36-37. DOI: 10.1002/hast.286. p. 36.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ RAVITSKY, Vardit, “Autonomous Choice and the Right to Know One’s Genetic Origins,” *Hastings Center Report* 44, no. 2 (2012): 36-37. DOI: 10.1002/hast.286. p. 36..

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Tradução livre: “I cannot argue that children who are told of their origins (...) are necessarily happier, or better off in any way that can be estimated. But I do believe that if they are not told, they are being wrongly treated”.

RAVITSKY, Vardit, “*Knowing where you come from*”: The Rights of Donor-Conceived Individuals and the Meaning of Genetic Relatedness, 11 MINN. J.L. SCI. & TECH. 665 (2010). Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol11/iss2/9> p. 670. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁷¹ SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa* / Michael J. Sandel ; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 24ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 138-139.

⁷² FERRY, Luc. *7 maneiras de ser feliz : Como viver de forma plena* / Luc Ferry ; tradução Joana Angélica d’Avila Melo. 1ª ed. Rio de Janeiro : Objetiva, 2018. p. 13.

conhecimento da origem genética não constituiria, obviamente, uma feliz exceção. Isso não torna o interesse em conhecer a própria origem, no entanto, menos legítimo.

De qualquer forma, tendo por objeto informações personalíssimas que tocam de perto o indivíduo, o direito ao conhecimento da origem genética aproxima-se do que se pode chamar de uma esfera privada. Também direitos contrários de terceiros são relacionados a essa esfera, na medida em que a realização ampla do direito ao conhecimento da origem genética pressupõe o acesso a informações que também dizem respeito a uma esfera privada de terceiros. Assim, cumpre distinguir no que consiste a chamada vida privada.

2 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Nas discussões jurídicas referentes ao direito ao conhecimento da origem genética, frequentemente é feita alusão à “proteção da vida privada” do indivíduo, tanto como fundamento para a tutela ao direito do conhecimento da origem genética, quanto para a inibição de informações consideradas íntimas, para se tutelar a intimidade de terceiros. Portanto, investigaremos no que consiste essa vida privada, bem como de que forma ela é tutelada em nosso ordenamento jurídico.

Cumpre, pois, distinguir os espaços público e privado. Para o cidadão grego, na *polis* clássica, havia duas ordens de existência: a pública e a privada. Diferenciava-se, assim, *kóinon* – aquilo que é comum -, de *idion* – aquilo que é próprio, pessoal, privativo⁷³. A distinção entre as esferas privada e pública correspondia aos domínios da família e da política, que existiram como entidades diferentes e separadas⁷⁴. Era na esfera política que a liberdade se situava⁷⁵, e era a vitória sobre as necessidades da vida no lar que constituía a condição para o exercício da liberdade na pólis⁷⁶, a qual consistia, segundo CONSTANT,

em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los.⁷⁷

A *pólis*, ao contrário do lar, conhecia apenas “iguais”, enquanto no lar predominava uma severa desigualdade, e ali a força e a violência eram justificadas por serem meios de se vencer a necessidade e tornar-se livre⁷⁸. A privatividade significava literalmente o estado de encontrar-se privado de alguma coisa, de se estar privado de uma das capacidades mais altas e humanas do homem.⁷⁹ Contudo, na modernidade, a partir da consolidação da estrutura de uma

⁷³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos : um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt / Celso Lafer*. — São Paulo : Companhia das Letras, 1988. p. 238.

⁷⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana / Hannah Arendt*; tradução: Roberto Raposo, revisão técnica: Adriano Correia. — 11. ed. — Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 33.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 36.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 36.

⁷⁷ CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Discurso pronunciado no Athénée royal de Paris, 1819. Tradução de Loura Silveira. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De La Liberté chez les Modernes*. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980). p. 2

⁷⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana / Hannah Arendt*; tradução: Roberto Raposo, revisão técnica: Adriano Correia. — 11. ed. — Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 37.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 46

esfera pública burguesa⁸⁰, ocorre o advento da esfera social, a qual era desconhecida para os antigos, os significados dos conceitos de público e privado foram alterados. ARENDT ressalta que “a privacidade moderna, em sua função mais relevante, a de abrigar o que é íntimo, foi descoberta não como o oposto da esfera política, mas da esfera social, com a qual é, portanto, mais próxima e autenticamente relacionada”.⁸¹

O público pode ser definido, portanto, como o comum, significando que tudo o que “aparece em público pode ser visto e ouvido por todos”⁸², bem como o próprio mundo, “na medida em que é comum a nós”⁸³. Nesse campo há um ‘querer aparecer pelo indivíduo’⁸⁴. Pode-se entender, com ARENDT, a distinção entre os domínios público e privado como equivalente à distinção entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado⁸⁵, entre o mundo da aparência (do visível) e o mundo da essência (do íntimo).⁸⁶

Para determinar o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado, ou seja, mantido na esfera pública ou privada, é de grande importância a adoção de uma teoria das esferas, pois ela “permite ao intérprete visualizar, *a priori*, os espaços existentes e a organizar uma argumentação suficiente, capaz de justificar a tutela jurídica adotada frente à situação concreta proposta à discussão”.⁸⁷

2.1 TEORIA DAS ESFERAS

A teoria das esferas pode ser encontrada já na decisão do caso *Elfes*⁸⁸, na qual o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao estender a proteção da liberdade geral de ação para além de um “último e inviolável âmbito da liberdade humana”, distingue três esferas com intensidades de proteção decrescentes: a esfera mais interior (o âmbito mais interno), a esfera privada ampla e a esfera social.⁸⁹

⁸⁰ CACHAPUZ, Maria Claudia Mercio. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2006. p. 64.

⁸¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana* / Hannah Arendt; tradução: Roberto Raposo, revisão técnica: Adriano Correia. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 47.

⁸² *Ibidem*, p. 61.

⁸³ *Ibidem*, p. 64.

⁸⁴ CACHAPUZ, Maria Claudia Mercio. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2006. p. 42.

⁸⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana* / Hannah Arendt; tradução: Roberto Raposo, revisão técnica: Adriano Correia. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 90.

⁸⁶ CACHAPUZ, Maria Claudia Mércio. *A obrigação pelo discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. p. 43.

⁸⁷ CACHAPUZ, Maria Claudia Mercio. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2006. p. 106.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 360.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 361.

O direito geral de liberdade é trabalhado pelo Tribunal Constitucional Federal a partir de uma concepção formal-material: formal porque pressupõe a liberdade negativa e a considera um valor em si mesmo;⁹⁰ material, porque nos casos de colisão, o peso do princípio da liberdade negativa no caso concreto é determinado levando-se em conta também outros princípios que tenham um caráter material em face da liberdade negativa.⁹¹

Com efeito, não há como determinar *a priori* o que seja íntimo e privado, o seu conteúdo deve ser construído pela experiência, que, ao final, possibilita a construção e reconstrução do direito.⁹² Somente por aproximação se pode relacionar ao conteúdo de uma esfera privada determinadas circunstâncias ligadas aos direitos à intimidade e à vida privada.⁹³ Daí a necessidade de adoção de uma teoria das esferas que pressuponha uma estrutura formal *a priori*, mas ao mesmo tempo mantenha a abertura do ordenamento jurídico à diversidade⁹⁴, permitindo também uma correção de rumos diante de situações novas. Nesse sentido, CACHAPUZ entende que

[...] é fundamental estabelecer uma distinção entre o privado e o público da mesma forma que se lhes reconhece uma complementariedade necessária. A pretensão é permitir tornar racional ao intérprete, numa situação de conflito, uma resposta que se pretenda correta em relação à necessidade, ou não, de tutela a uma situação específica de privacidade. Nesse sentido, argumenta-se a existência de uma circunstância concreta e finita – no tempo e no espaço – a respeito do íntimo e da vida privada de determinada pessoa. Para a avaliação do tipo de proteção jurídica necessária – e se é ela necessária –, imprescindível é que se opte pela adoção de uma teoria das esferas – que espelhe uma concepção formal-material ao direito geral de liberdade – e por uma interpretação fundada em princípios.⁹⁵

Assim, diante da colisão de liberdades opostas, necessário será o recurso à ponderação. A teoria das esferas pode ser concebida como o resultado de ponderações do princípio da liberdade negativa em conjunto com outros princípios contra princípios colidentes.⁹⁶ Resta, contudo, estabelecer qual a estrutura a partir da qual o intérprete poderá, racionalmente, analisar o problema da composição de liberdades num espaço público. Para tanto, de grande importância é a análise de Hannah Arendt, que evidenciou três espaços

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 359.

⁹¹ *Ibidem*, p. 359.

⁹² CACHAPUZ, Maria Cláudia Mercio. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2006. p. 47.

⁹³ *Ibidem*, p. 128.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 288.

⁹⁵ *Idem*, *A obrigação pelo discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. p. 46.

⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 240.

distintos de atuação do indivíduo: a esfera política, a esfera social e a esfera da privacidade⁹⁷, e os princípios que informam cada uma das esferas.

Ao analisar um caso de discriminação racial, Hannah Arendt, em seu texto “Reflections on little rock”, diferencia as três mencionadas esferas e seus princípios correspondentes. À esfera política, corresponderia o princípio da igualdade, uma vez que a “igualdade não apenas tem sua origem no corpo político; sua validade é claramente restringida ao domínio político”.⁹⁸ O papel que o princípio da igualdade desempenha na esfera política, é desempenhado pelo princípio da discriminação na esfera social. Essa esfera, situada entre a esfera política e a privada, é aquela na qual adentramos ao sair da proteção de nossas casas atraídos pelo desejo de seguir nossas vocações ou pelo prazer da companhia.⁹⁹ O papel do princípio da discriminação nessa esfera é tão importante que ARENDT conclui que:

em qualquer evento, discriminação é um direito social tão indispensável quanto a igualdade é um direito político. A questão não é como abolir a discriminação, mas como mantê-la confinada na esfera social, onde é legítima, e impedir que ela ultrapasse as esferas política e pessoal, onde é destrutiva.¹⁰⁰

A terceira esfera, portanto, consiste na esfera privada, aquela na qual nos movemos e vivemos juntos com outras pessoas. Essa esfera é informada pelo princípio da exclusividade.¹⁰¹ Conforme ARENDT, é aqui que escolhemos com quem desejamos passar nossas vidas, aqueles a quem amamos e quem são nossos amigos. Ao invés de orientarmos nossa escolha por padrões objetivos ou regras, ela reside, inexplicavelmente, na singularidade do indivíduo, naquilo que o difere das demais pessoas que conhecemos.¹⁰² Nesse domínio, a exclusividade e a singularidade sempre estarão em conflito com os padrões da sociedade. A discriminação passa, portanto, a ser ilegítima quando invade a esfera privada dos indivíduos, devendo o governo, por exemplo, assegurar o direito de o indivíduo fazer o que quiser dentro das quatro paredes de sua casa.¹⁰³

⁹⁷ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mercio. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz, - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 117.

⁹⁸ Tradução livre: “equality not only has its origin in the body politic; its validity is clearly restricted to the political realm” ARENDT, Hannah. *Reflections on little rock*. Dissent, New York, 6 (1), inverno 1959. p. 50.

⁹⁹ Ibidem, p. 51.

¹⁰⁰ Tradução livre: “In any event, discrimination is as indispensable a social right as equality is a political right. The question is not how to abolish discrimination, but how to keep it confined within the social sphere, where it is legitimate, and prevent its trespassing on the political and the personal sphere, where it is destructive” Ibidem. p. 51.

¹⁰¹ Ibidem, p. 53.

¹⁰² Ibidem, p. 52.

¹⁰³ ARENDT, Hannah. *Reflections on little rock*. Dissent, New York, 6 (1), inverno 1959. p. 52.

É o princípio da exclusividade, regulador da esfera privada, que capacita o intérprete a compreender que há um espaço no qual o indivíduo possa viver aquilo que o diferencia dos demais em sua intensidade mais severa.¹⁰⁴ Por isso, permite a tutela àquilo que a pessoa tem como íntimo e privado e que é capaz de, no âmbito público (esferas política e social), ser motivo de discriminação.¹⁰⁵

Não se pode, contudo, senão por aproximação, definir de antemão o que é público (pertencente às esferas política e social) e o que é privado. O que se pode dizer é que “é dever do Direito proteger o que é público e o que é privado (relação formal)”.¹⁰⁶ É necessário que tais conceitos estejam abertos à argumentação jurídica, e que seu conteúdo seja definido frente ao caso concreto proposto, diante do conflito de liberdades.¹⁰⁷ Daí a utilidade da adoção de uma teoria das esferas orientada por uma concepção formal-material: une-se, então, uma estrutura formal a uma relação material, possibilitando ao intérprete uma solução racional da colisão de direitos apresentada em concreto.

2.2 DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

Ao lidar com o íntimo e o privado, estamos lidando com direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. Também o próprio direito ao conhecimento da origem genética é tutelado sob o fundamento de um direito geral da personalidade, mas no que consiste esse direito geral da personalidade?

Anteriormente se fez alusão ao direito geral de liberdade, compreendido a partir de uma concepção formal-material. O desenvolvimento de tal direito se deu pela interpretação do Tribunal Constitucional Federal Alemão do “direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, previsto no art. 2º, § 1º da Lei Fundamental de Bonn¹⁰⁸, que foi, a partir do caso *Elfes*, entendido como um “direito à liberdade geral de ação”.¹⁰⁹ Isso abrange a liberdade negativa (a liberdade geral de se fazer ou deixar de fazer o que se quer)¹¹⁰, mas também não se limita às ações: além das ações, o direito geral de liberdade pode ser estendido à proteção

¹⁰⁴ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mercio. *A obrigação pelo discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. p 41.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*, P. 42

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ ALEMANHA. Lei Fundamental de Bonn. 1949. Tradução: José Camurça, Bonn. Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn. Impressa em 1988

“Artigo 2 (Direitos de liberdade). (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 299.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 312.

de situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais¹¹¹, protegendo; portanto, não apenas o “fazer”, mas também o seu “ser” fático e jurídico.¹¹²

Isso é assim porque se entende que intervenções em situações e posições jurídicas sempre afetam indiretamente a liberdade de ação do titular de direitos fundamentais, de modo que reduzir o direito à liberdade geral de ação apenas à proteção de ações constituiria apenas uma parte do direito geral de liberdade.¹¹³

Dentre os direitos relacionados a situações, podemos mencionar o direito geral à personalidade. Esse direito também possui fundamento no artigo 2º, § 1º da Lei Fundamental de Bonn, mas em conexão com o artigo 1º, §1 da mesma Lei Fundamental¹¹⁴, formando um elemento do “desenvolvimento livre da personalidade” que se distingue do elemento “ativo” desse desenvolvimento, garantido pela “liberdade de ação geral”.¹¹⁵ Assim, se tem a proteção de um elemento passivo do desenvolvimento da personalidade, relativo a um estado do titular de direitos.¹¹⁶

Após identificar a correspondência do direito geral de personalidade com a teoria formal-material, ALEXY entende que “o direito geral à personalidade pode ser visto como uma parte da teoria das esferas, elevada ao nível dos direitos”.¹¹⁷ Com efeito, ao lado do princípio da liberdade negativa, também princípios materiais interagem com outros princípios colidentes, devendo ser levados em consideração. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, dentre os bens protegidos pelo direito geral de personalidade, pode-se mencionar o direito às esferas privada, confidencial e íntima, o direito à honra¹¹⁸ etc.

Pode-se buscar fundamento; portanto, no direito geral de personalidade tanto à proteção da intimidade daquele que alega uma pretensão de defesa contra o indivíduo que busca o conhecimento da sua origem genética (como o doador anônimo de gametas, por exemplo), quanto ao próprio direito ao conhecimento das origens. Para isso, se poderia argumentar que um indivíduo que se veja impedido de ter acesso a informações sobre sua

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p 302.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ ALEMANHA. *Lei Fundamental de Bonn*. 1949. Tradução: José Camurça, Bonn. Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn. Impressa em 1988. “Artigo 1 (Proteção da dignidade do homem). (1) A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

¹¹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1998. p. 329.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 322.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*. 323.

origem genética se encontraria em um estado no qual não “*pode desenvolver e manter sua individualidade*”.¹¹⁹

2.3 PRIVACIDADE NO CÓDIGO CIVIL

A intimidade e a vida privada são protegidas constitucionalmente, garantidas como direitos fundamentais, nos termos do artigo 5º, X, que estatui que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.¹²⁰ A questão de se os direitos fundamentais possuem efeitos no Direito Civil é respondida afirmativamente caso se siga a linha do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que “várias vezes realçou o caráter dos direitos fundamentais como decisões de valores objetivas, vigentes para todos os âmbitos do direito”.¹²¹ Nesse sentido, Günter Dürig entende que esses direitos influenciam o Direito Civil através das cláusulas gerais, suscetíveis e carentes de preenchimento de valores¹²², optando por um “efeito diante de terceiros indireto”.¹²³ A vantagem de tal compreensão seria a de que

o caminho pela sua aplicação salvaguarda, por um lado, a autonomia do direito privado, tornada necessária lógico-jurídica e sistemático-juridicamente depois de reconhecimento jurídico-fundamental da liberdade de disposição privada no tráfego jurídico de terceiros e salvaguarda, por outro, a unidade do direito total, naturalmente necessária, na moral jurídica.¹²⁴

O Código Civil de 2002, ao destinar um capítulo aos direitos da personalidade, ao contrário do Código Civil de 1916, determina, em seu artigo 21, que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências

¹¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 320.

¹²⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 set. 2020

¹²¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1998. p. 283.

¹²² DÜRIG, Gunter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. – Tradução: Luís Afonso Heck. In: *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos* / Luís Afonso Heck (organizador) ; Günter Dürig ... [et al], - Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed. 2011. p. 35.

¹²³ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1998. p. 285.

¹²⁴ DÜRIG, Gunter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. – Tradução: Luís Afonso Heck. In: *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos* / Luís Afonso Heck (organizador) ; Günter Dürig ... [et al], - Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed. 2011. p. 35.

necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”¹²⁵. Ao passo que no código antigo era necessário o recurso a uma norma constitucional para a tutela à privacidade, com o artigo em análise a fundamentação racional de tal tutela se tornou facilitada¹²⁶, permitindo, inclusive, uma tutela desse direito geral de personalidade sob uma ótica não indenizatória.¹²⁷

Ao dispensar a via indireta de fundamentação mencionada anteriormente, o artigo 21 do Código Civil permite ao intérprete que recorra de forma direta ao dispositivo legal ordinário, uma vez que incorporou ao ordenamento jurídico civil as mesmas ferramentas de proteção antes oferecidas apenas no âmbito constitucional.¹²⁸

Segundo CACHAPUZ, o art. 187 do Código Civil propõe cláusula geral de leitura complementar ao art. 21, uma vez que, a partir de conceitos indeterminados, oferece as razões que orientam a medida de ponderação pressuposta ao exame *prima facie* de um princípio de exclusividade.¹²⁹ O mencionado artigo 187 dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.¹³⁰ Os elementos do fim econômico ou social, da boa-fé e dos bons costumes contribuem como variáveis através das quais ingressa no exame jurídico o conteúdo material que fará testada a razão prática, através do discurso proposto.¹³¹

Como observado, uma efetiva tutela à exclusividade, pertencente à esfera privada, exige a leitura complementar dos artigos 21 e 187 do Código Civil. Além de tornar possível uma proteção à esfera privada com fundamentação direta no dispositivo infraconstitucional, as formas de tutela são ampliadas, uma vez que a cláusula geral do artigo 21 não se limita a trabalhar a ideia de privacidade sob um enfoque indenizatório. Assim, perfeitamente possível o surgimento de obrigações de fazer e de não fazer.

¹²⁵ BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso: 12 set. 2020

¹²⁶ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 206.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 206-207.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 209.

¹³⁰ BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso: 12 set. 2020

¹³¹ *Ibidem*, p. 234.

3 A COLISÃO DE DIREITOS

Como visto no primeiro capítulo, o direito ao conhecimento da origem genética possui uma estrutura principiológica, exigindo a maior realização possível na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, frequentemente se observará sua colisão com outros direitos individuais e bens coletivos. Segundo ALEXY, “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se, ou de um lado, ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”.¹³² É necessário esclarecer, então, de que forma e segundo quais critérios devem ocorrer essas limitações.

Portanto, no presente capítulo se procederá à análise de elementos importantes a serem considerados numa colisão de direitos, devendo-se atentar para as distinções entre *regras* e *princípios*, o método da ponderação e a diferença entre as teorias interna e externa de restrições a direitos, bem como às diferentes consequências da adoção de uma delas pelo intérprete jurídico.

3.1 REGRAS E PRINCÍPIOS

Antes de se proceder à distinção entre regras e princípios, importa destacar o que ambos têm em comum: são normas.¹³³ Tanto princípios como regras dizem o que deve ser, constituindo razões para juízos concretos de dever-ser¹³⁴, não se confundindo, assim, com o plano dos valores. Trata-se, pois, de uma distinção entre duas espécies de normas.

Segundo ALEXY, a distinção entre regras e princípios não reside no grau de generalidade maior destes últimos, mas sim em uma diferença qualitativa.¹³⁵ Enquanto as regras são mandamentos definitivos¹³⁶, determinando o que é devido no âmbito do possível fática e juridicamente, os princípios são mandamentos de otimização, determinando que algo seja realizado na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.¹³⁷ Podem-se definir, dessa forma, as regras como razões definitivas e os princípios como razões

¹³² ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. IN: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. Ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 166p.; 23cm. p. 62

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 Ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 65

¹³⁴ *Ibidem*, p. 65

¹³⁵ *Ibidem*, p. 68

¹³⁶ ALEXY, Robert. A fórmula peso. IN: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. 2. Ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 166p.; 23cm. p. 132

¹³⁷ *Ibidem*.

*prima facie*¹³⁸. Assim sendo, as regras são “normas que somente podem ser cumpridas ou não-cumpridas”¹³⁹, ao passo que os princípios podem ser cumpridos em graus diferentes.¹⁴⁰

As diferenças entre as espécies normativas implicam distintas formas de resolução quando se apresentam conflitos normativos. O conflito entre regras pode ser resolvido através da introdução de uma cláusula de exceção ou da declaração de uma das regras conflitantes como inválida.¹⁴¹ Quando ocorre uma colisão entre princípios, ao contrário do conflito entre regras, a solução não passa pela introdução de uma cláusula de exceção ou por meio da declaração de invalidade de uma das normas, e sim pela formação de uma relação de precedência condicionada, por meio da ponderação. Diz-se relação de precedência condicionada pois, sob determinadas circunstâncias, um princípio precede ao outro¹⁴², sendo possível que, diante de outras circunstâncias, a relação de precedência seja distinta. Após a ponderação, temos a formação de uma regra, que determina que diante da presença da condição de precedência deva ocorrer a consequência jurídica do princípio precedente.¹⁴³ Isso ocorre porque, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes¹⁴⁴, e o princípio de maior peso tem precedência. Em resumo, enquanto o conflito entre regras se resolve no plano da validade, a colisão entre princípios se resolve no plano do peso¹⁴⁵, de modo que o princípio cedente não é declarado inválido.

Como observado, princípios são mandamentos de otimização, ordenando que algo seja realizado na maior medida relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. As possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras colidentes.¹⁴⁶ A colisão entre princípios somente pode ser solucionada por meio da ponderação¹⁴⁷, que é exigida pelo princípio da proporcionalidade.

¹³⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 82.

¹³⁹ ALEXY, Robert. A fórmula peso. IN: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. Ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 166p.; 23cm. p. 132.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 82.

¹⁴¹ HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. – *Revista dos Tribunais* | vol. 781/2000 | p. 71-78 | Nov/2000 - p. 73.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 66.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 71.

¹⁴⁵ HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. – *Revista dos Tribunais* | vol. 781/2000 | p. 71-78 | Nov/2000 – p. 73.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 68.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. IN: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. Ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 166p.; 23cm. p. 109.

O mencionado princípio é composto por três princípios parciais: o princípio da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito¹⁴⁸. Nos dois primeiros, estamos no campo da otimização em relação às possibilidades fáticas. O princípio da idoneidade exige que a intervenção em um direito seja idônea à realização do direito colidente, enquanto o princípio da necessidade exige que, diante de dois meios que fomentem igualmente determinado princípio, opte-se pelo meio que intervém de forma menos intensa no princípio colidente. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, tem por objeto a ponderação¹⁴⁹, podendo ser identificado com a regra denominada “lei da ponderação”, segundo a qual “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”¹⁵⁰. Segundo ALEXY,

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.¹⁵¹

Para os fins de nossa análise, deve-se destacar que a definição de princípio como “mandamento que determina que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas”, esclarece que um direito fundamental pode ser cumprido em diferentes graus. A medida de cumprimento do direito em análise dependerá tanto das possibilidades fáticas como das possibilidades jurídicas¹⁵², sendo estas últimas determinadas pelas regras e princípios em sentido contrário. Quando da ocorrência de colisões entre princípios, como observamos, deve-se proceder a uma ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade, fundamentada por meio de uma argumentação racional que satisfaça a uma pretensão de correção.

Em relação ao direito ao conhecimento da origem genética, para demonstrar a plausibilidade do reconhecimento de sua natureza principiológica, pode-se, a título

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. IN: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. Ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 166p.; 23cm. p. 110.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 110.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 111.

¹⁵¹ Ibidem, p. 111.

¹⁵² ALEXY, Robert. A construção dos direitos fundamentais. In: *Teoria discursiva do direito* / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 132.

exemplificativo, mencionar um dos dispositivos de direito internacional em que geralmente ele se fundamenta, notadamente o artigo sétimo da Convenção sobre os Direitos da Criança:

A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.¹⁵³

O mencionado dispositivo, ao explicitamente mencionar que o direito da criança de conhecer os seus pais deve ser realizado na medida do possível, é ilustrativo da natureza principiológica do direito ao conhecimento da origem genética, e demonstra um reconhecimento da dificuldade de se tutelar tal direito, em virtude das possibilidades fáticas adversas (como, por exemplo, a ausência de registros) e jurídicas (os direitos colidentes de terceiros). Em decorrência da constante colisão do direito ao conhecimento da origem genética com outros direitos subjetivos e bens coletivos, constantemente o aplicador do direito tem que realizar restrições, o que nos leva à discussão sobre as teorias internas e externas da restrição aos direitos.

3.2 TEORIAS INTERNA E EXTERNA DE RESTRIÇÃO A DIREITOS

Ao adentrar no tema das restrições a direitos subjetivos, torna-se imprescindível analisar as teorias interna e externa de restrição aos direitos fundamentais, bem como os conceitos de configuração e restrição de direitos, que constituem um dos temas centrais relacionados à análise dos direitos subjetivos no âmbito da Teoria Geral do Direito e dos conceitos fundamentais de direito civil.¹⁵⁴ Restringíveis, desde já, são os bens protegidos por direitos fundamentais e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais¹⁵⁵, de modo que restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental.¹⁵⁶

A análise da solução da colisão entre princípios em sentidos opostos demonstrou que para a realização de um determinado princípio, muitas vezes, faz-se necessária a restrição do princípio colidente, observada a “lei da ponderação”. Embora ALEXY reconheça que o

¹⁵³ BRASIL. Convenção sobre os direitos da criança (promulgada pelo Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990. Artigo 7. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 19, ago. 2020.

¹⁵⁴ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio – *A obrigação pelo discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. 232 p. ; P. 125.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 243.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

conceito de restrição a um direito pareça familiar e não problemático, alerta que há um problema quanto ao conteúdo e à extensão dessas restrições, bem como na distinção entre restrições e “coisas como regulamentações, configurações e concretizações”¹⁵⁷.

Para a teoria externa, o direito e sua restrição são coisas distintas. Há, primeiramente, o “direito em si”, não restringido, e aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição: o direito restringido.¹⁵⁸ Os direitos são concebíveis sem restrições, de modo que não existe uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição.¹⁵⁹ Apenas a partir da exigência, externa ao “direito em si”, de se conciliar os direitos de diversos indivíduos é que surge essa relação.¹⁶⁰ Assim, como observa CACHAPUZ, “o controle restritivo por parte do Direito é, portanto, externo, sempre que identificada situação de conflito, suficiente e necessária, para promover uma intervenção institucional”.¹⁶¹

Por outro lado, segundo a teoria interna não há duas coisas – um “direito em si”, e a sua restrição –, mas apenas uma: um direito com um determinado conteúdo.¹⁶² Dessa forma, o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite.¹⁶³ Não se pergunta, assim, pela extensão da restrição de um direito, e sim sobre o conteúdo de determinado direito. Pode-se falar, aqui, de um “limite imanente” à conformação de todo e qualquer direito.¹⁶⁴

De especial importância aqui é a distinção entre restrição e configuração. É necessário saber quando uma norma de direito ordinário é restritiva a um direito fundamental, pois esse tipo de norma requer uma justificação enquanto restrição a um direito fundamental¹⁶⁵, ao contrário de uma norma não-restritiva. Resta responder à pergunta referente ao que distingue restrição de configuração. HÄBERLE, citado por ALEXY, utiliza um conceito amplo de configuração, segundo o qual

[...] a legislação que restringe os direitos fundamentais no interesse de bens jurídicos de igual valor ou de valor superior não prescinde do momento configurador. Não apenas os direitos fundamentais, mas também os limites a esses direitos são o objeto da atividade configuradora do legislador.¹⁶⁶

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p.. 239.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 240.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p 240..

¹⁶¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *A obrigação pelo discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. 232 p. ; p.136.

¹⁶² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p 240.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 241.

¹⁶⁴ CACHAPUZ, *Ibidem*. p. 132.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p 290.

¹⁶⁶ Tradução livre: “La legislación que delimita los derechos fundamentales em interés de bienes jurídicos de valor igual o superior, no pierde su elemento de configuración”. HÄBERLE apud ALEXY, *Idem*. p. 292.

Assim, para HÄBERLE, toda e qualquer restrição a direitos fundamentais está necessariamente relacionada a uma configuração ampla desses direitos. Contudo, ALEXY ressalta que

se algo, não importa a partir de que ponto de vista, é restritivo, ele permanece restritivo mesmo que, a partir de algum outro ponto de vista, seja também configurador.¹⁶⁷

Dessa forma, sempre que seja necessária uma ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade, ou simplesmente possível, ALEXY entende que não se pode falar de uma configuração, visto tratar-se de uma restrição¹⁶⁸. Como aquilo que é qualificado como uma configuração não necessita de fundamentação, o autor adota então uma concepção restrita do conceito de configuração, correspondente a um conceito amplo de restrição, de modo a garantir que nenhuma restrição esteja isenta de fundamentação.¹⁶⁹

Segundo ALEXY, a correção da teoria interna ou da teoria externa depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, de posições definitivas ou *prima facie*¹⁷⁰. Caso se conceba as normas de direitos fundamentais como regras (posições definitivas), a teoria externa pode ser refutada; ao passo que, partindo-se de uma concepção dos direitos fundamentais como princípios (posições *prima facie*), é a teoria interna que pode ser refutada¹⁷¹.

Compreender as normas de direito fundamental exclusivamente como regras ou como princípios não é adequado. Um modelo adequado é obtido quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios¹⁷². A teoria dos direitos fundamentais de ALEXY não afirma que os direitos fundamentais não possuam a estrutura de regras. Pelo contrário, além de acentuar que os catálogos de direitos fundamentais possam ter a estrutura de regras, na medida em que efetuem fixações definitivas, realça que o plano das regras precede *prima facie* o plano dos princípios¹⁷³. O seu ponto decisivo é que atrás e ao

¹⁶⁷ Tradução livre: “Cuando algo es retritivo desde algún ponto de vista, sigue siendo restrictivo, aun cuando desde algún otro ponto de vista sea configurador”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 293.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 296.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 297

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 240.

¹⁷¹ *Ibidem*,

¹⁷² *Ibidem*, p. 144.

¹⁷³ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p 65.

lado das regras estão princípios¹⁷⁴. Enxergar os direitos fundamentais também a partir de sua característica principiológica permite tanto um acréscimo de racionalidade na solução de conflitos jurídicos quanto uma maior força vinculativa dos direitos fundamentais. É nesse sentido que se manifesta ALEXY, referindo-se especialmente à Constituição Federal brasileira:

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem, ainda, uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais a serem tomados em consideração aqui, tem grande importância. Ela possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não-validade. Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não-vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também do problema da vinculação.¹⁷⁵

Reconhece-se, portanto, ao lado do nível das regras referentes a direitos fundamentais, o plano dos princípios, não sendo adequada a adoção de um modelo puro de regras ou de princípios no âmbito dos direitos fundamentais. Assim, diante de uma colisão de direitos fundamentais, é necessário recorrer ao método da ponderação e compatibilizar as diferentes posições jurídicas em conflito, por meios externos ao “direito em si”, nos moldes da teoria externa.

Importante realçar aqui, ao lado do já mencionado caráter principiológico do direito ao conhecimento da origem genética, a consequente possibilidade de sua restrição para a satisfação de outros direitos e bens coletivos, uma vez que a ideia de princípio não se reduz apenas a direitos individuais, mas também abarca interesses coletivos como, por exemplo, a saúde da população, o fornecimento de energia, a proteção da ordem democrática, etc.¹⁷⁶ Para um adequado tratamento do problema das colisões, demonstra-se correta a adoção pelo intérprete de uma teoria externa de restrição quando diante de uma situação de colisão de direitos fundamentais.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p 65.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 89.

3.3 DIREITO SUBJETIVO E SUA ESTRUTURA

Tratando-se o direito ao conhecimento da origem genética como um direito subjetivo, adentraremos na análise do conceito de direito subjetivo e de sua estrutura, analisando-o a partir de um sistema de posições jurídicas fundamentais. Se por um lado a compreensão da estrutura dos direitos subjetivos não é, por si só, suficiente para a resolução de problemas jurídicos difíceis, é sem dúvida um pressuposto essencial para o correto enfrentamento destes casos.

O conceito de direito subjetivo foi objeto de muitas disputas filosóficas, tendo, com WINSCHIED, o foco na vontade, enquanto JHERING substituiu a noção de vontade pela noção de interesse, definindo o direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido.¹⁷⁷ Segundo MIRANDA, ao voluntarismo de um sucedeu o finalismo do outro.¹⁷⁸ KELSEN, por sua vez, entendendo que com o conceito de direito subjetivo se designam situações muito diferentes umas das outras, compreendeu o direito subjetivo como reflexo de um dever¹⁷⁹, admitindo, no entanto, que se fale em direito subjetivo em sentido técnico, consistente no poder jurídico conferido pela ordem jurídica para fazer valer o não-cumprimento de um dever-jurídico.¹⁸⁰

Em face destas divergências, ALEXY, por razões técnicas e sistemáticas, considera o nível dos enunciados sobre direitos como “o nível central para a dogmática jurídica”.¹⁸¹ Propõe, então, uma teoria analítica cuja base é uma tríplice divisão das posições que podem ser designadas como (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências.¹⁸² Nos ateremos às duas primeiras divisões. Analisar os direitos subjetivos a partir da perspectiva de posições se justifica porque “normas podem ser consideradas, de forma bastante geral, como qualificações de pessoas ou ações”.¹⁸³ Surge, então, o interesse quando se trata de relações que podem ser expressas por meio de predicados como “X tem, em face de Y, um direito a Z”¹⁸⁴.

Os “direitos a algo”, compreendidos como relações jurídicas, devem ser concebidos como uma relação triádica entre um titular (a), um destinatário (b) e um objeto (c).¹⁸⁵ Já a

¹⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Das sentenças e de outras decisões. 4ª edição (corrigida, posta em dia e aumentada). Forense, Rio, 1964. p. 8.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* / Hans Kelsen ; tradução João Baptista Machado. – 8ª. ed. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF). p. 143.

¹⁸⁰ *Ibidem*. p. 151.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 161.

¹⁸² *Ibidem*, p. 163.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 165.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 165.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 177.

base do conceito de “liberdade” é constituída por uma relação triádica entre o titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.¹⁸⁶

De grande auxílio para compreender essas relações é a teoria sobre as correspondências lógicas entre as relações jurídicas desenvolvida por HOHFELD, consistente em uma lista de “relações jurídicas estritamente fundamentais” mencionadas por ALEXY, em especial, as expressões de “direito” (*right*), “dever” (*duty*), “não-direito” (*no-right*) e privilégio (*privilege*)¹⁸⁷.

Há a distinção da relação entre os opostos jurídicos e os correlatos jurídicos. A relação entre os opostos jurídicos pode ser resumida na seguinte sentença: “o não-direito (*no-right*) é a negação do direito (*right*) e o privilégio (*privilege*) é a negação do dever (*duty*)”¹⁸⁸. Já na relação entre os correlatos jurídicos, observa-se uma relação entre o direito (*right*) e o dever (*duty*) de um lado, e o não-direito (*no-right*) e o privilégio (*privilege*) de outro lado. A correlação jurídica é demonstrada da seguinte forma: se X tem um direito (*right*) em face de Y, então Y tem um dever (*duty*) correspondente em face de X. Em relação ao privilégio, esse consiste na negação de um dever¹⁸⁹.

Os modelos de opostos e correlatos jurídicos possuem forte relação com a discussão do tópico anterior, referente à teoria interna e externa. A identificação da relação jurídica como entre opostos ou correlatos pode ser decisiva para a correta adoção, pelo intérprete, de uma teoria interna ou externa no âmbito do direito privado¹⁹⁰. Assim, segundo CACHAPUZ, quando se parte de um modelo de opostos jurídicos há uma determinação apenas *prima facie* do direito em discussão; enquanto que, ao se partir de um modelo de correlatos jurídicos, a determinação parte de uma razão definitiva *prima facie*, como ao nível das regras¹⁹¹.

Dessa forma, quando a discussão jurídica demandar o exame sobre posições fundadas em opostos jurídicos, *prima facie*, aplicar-se-á uma teoria externa de restrições aos direitos; enquanto no caso de se identificar um exame de posições jurídicas baseadas em correlatos jurídicos, *a priori*, aplicar-se-á uma teoria interna de restrições a direitos, posto que identificada situação de configuração a um direito subjetivo¹⁹².

Feitas essas considerações, ao se compreender o direito ao conhecimento da origem genética como um direito subjetivo, resta saber se consiste esse direito em um “direito a

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 188

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 179.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 180.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 183

¹⁹⁰ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *A obrigação pelo discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. p. 149.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 144.

¹⁹² *Ibidem*, p. 149.

algo”, ou em uma “liberdade”. Devido ao fato de que a satisfação do direito ao conhecimento da origem genética frequentemente exige a realização de prestações fáticas – como, por exemplo, a demonstração de um documento, o acesso a uma informação armazenada, um exame de DNA –, parece fora de dúvida que pode ser enquadrado como um “direito a algo”. Resta, contudo, saber se o direito ao conhecimento da origem genética pode também ser considerado uma “liberdade”, apesar de geralmente, no uso comum da linguagem, compreender-se por “liberdade” apenas um direito de defesa. Nesse sentido, ainda que se referindo a uma proteção de liberdade frente ao Estado, ALEXY entende que

O conceito de proteção positiva é pouco problemático quando se trata de coisas como a proteção contra terceiros por meio de normas do direito penal. Os problemas surgem nos casos de direitos a prestações, como, por exemplo, subvenções. Se, em ambos os casos, se trata de tornar faticamente possível ao portador da liberdade aquilo que a ele é permitido e, nesse sentido, juridicamente possível, então, existe uma coincidência estrutural. Essa coincidência estrutural justifica, a despeito do uso ordinário da linguagem, chamar de proteção da liberdade também a ligação entre uma liberdade e um direito a uma prestação em sentido estrito, a qual torna possível o real gozo daquilo que é facultativo.¹⁹³

Com efeito, caso se compreenda que o indivíduo concebido por meio de doação anônima de gametas possua a “faculdade”, ou seja, a liberdade para escolher buscar conhecer ou não determinadas informações sobre sua origem genética, pode-se identificar o direito ao conhecimento da origem genética como uma “liberdade”. O entendimento de que o direito ao conhecimento da origem genética consiste numa “liberdade”, todavia, não exclui sua análise como um “direito a algo”, uma vez que a realização dessa liberdade continuaria a demandar prestações fáticas, de modo que este direito de “liberdade” poderia também englobar “direitos a algo”, como pontua ALEXY:

são inconstitucionais as normas infraconstitucionais que ordenam ou proíbem algo que uma norma de direito fundamental permite fazer ou deixar de fazer. Contudo, a proteção constitucional da liberdade não se limita a isso. Ela é constituída por um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida.¹⁹⁴

Como observado no capítulo anterior, quando da análise do direito geral à personalidade, o direito geral da liberdade não compreende apenas ações, mas também se refere a situações. Quando o bem protegido pelo direito geral de liberdade consiste na “existência de condições nas quais a pessoa pode desenvolver e conservar sua

¹⁹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 200.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 168.

individualidade”.¹⁹⁵ Caso seja acolhida a argumentação segundo a qual o direito ao conhecimento da origem genética constitui uma condição necessária para que a pessoa possa desenvolver e conservar sua individualidade será possível entendê-lo como um “direito de liberdade tácito”.¹⁹⁶

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p 318.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p 318.

4 A COLISÃO DE DIREITOS NO CÓDIGO CIVIL

No primeiro capítulo se analisou o conteúdo e a estrutura do direito ao conhecimento da origem genética, como “direito em si”, e se reconheceu sua estrutura principiológica e sua caracterização como direito da personalidade. Importante esclarecer, então, no que consiste essa classe de direitos, bem como de que forma são tuteladas pelo nosso estatuto civil.

De especial importância, aqui, é a forma como o Código Civil buscou regular as colisões de direitos subjetivos. Ao inovar destinando um capítulo exclusivamente aos direitos da personalidade, cumpre compreender a abertura proposta pelo ordenamento civil de forma a permitir a solução da colisão de direitos fundamentais, em geral, e de direitos da personalidade, em especial.

4.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Visto que o direito ao conhecimento da origem genética constitui um direito da personalidade, resta compreender no que consiste essa classe de direitos e como são regulados em nosso ordenamento. Inicialmente, é evidente a estreita relação entre o conceito de personalidade e o de pessoa, que deriva do latim “persona”¹⁹⁷. A origem etimológica dessa palavra remonta às máscaras usadas pelos atores em Roma, que cobriam a sua face individual.¹⁹⁸ Na máscara, havia uma larga abertura no lugar da boca, através da qual soava a voz do autor. Daí a ideia de “per-sonare”, “soar através de”.¹⁹⁹ Na lei romana, “persona” era alguém que possuía direitos civis, contrastando com o termo “homo”, que embora designando alguém da espécie humana, era usado de modo desdenhoso para designar pessoas não protegidas pela lei.²⁰⁰

Hoje, a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres é reconhecida a todo ser humano²⁰¹, de modo que toda pessoa é dotada de personalidade²⁰². Daí porque a ordem jurídica reconhece “a existência de faculdades atribuídas ao ser humano, imbricadas na sua condição de indivíduo e de pessoa”.²⁰³

¹⁹⁷ ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. / Hannah Arendt ; edição Jerome Kohn : revisão técnica Bethânia Assy e André Duarte : [tradução Rosaura Einchenberg]. – São Paulo : Companhia das Letras, 2004. p. 74.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 75

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 75

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 75

²⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. – 27. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 181

²⁰² *Ibidem*, p. 181

²⁰³ *Ibidem*, p. 201

No capítulo 2 se analisou o direito geral de personalidade, e foi reconhecida a influência do princípio da liberdade negativa em conjunto com outros princípios materiais para sua definição, sendo destacado o papel de uma teoria das esferas. Não seria cabível ignorar o elemento formal do direito geral de liberdade, adotando desde logo um conceito substancial de dignidade da pessoa humana, pois “sem liberdade jurídica negativa não existe a dignidade humana em um sentido juridicamente relevante”.²⁰⁴

Com efeito, o abstrato “direito geral de personalidade” se torna preciso por meio da sua associação a direitos mais concretos²⁰⁵, como os direitos à intimidade, à honra pessoal, à própria imagem etc.²⁰⁶ ALEXY identifica que a precisão desse direito por meio desses direitos mais concretos é um procedimento típico da precisão de cláusulas gerais.²⁰⁷ Como visto, o direito geral de personalidade pode dar origem a diferentes direitos concretos.

Em atenção a essa realidade, o Código Civil de 2002, ao destinar um capítulo exclusivo aos direitos de personalidade, não buscou esmiuçar e elaborar um rol taxativo desses direitos; pelo contrário, através da utilização de cláusulas gerais, se permitiu uma abertura à experiência concreta, ao novo. Assim, as situações descritas normativamente neste capítulo devem ser apreendidas exemplificativamente²⁰⁸, porque “impossível dizer-se, *a priori*, que conduta constitui, ou não, um direito de personalidade”.²⁰⁹ Essa ideia de abertura ao novo, permitindo um destacado papel do intérprete é destacada por Miguel Reale:

Todo um capítulo novo foi dedicado aos Direitos da personalidade, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de per se complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência.²¹⁰

4.2 CLÁUSULA DE SUBSIDIARIEDADE JUSFUNDAMENTAL

Viu-se que o capítulo destinado aos direitos da personalidade é composto por cláusulas gerais. Aqui, é importante destacar o papel das cláusulas gerais como instrumentos eficazes à

²⁰⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 313

²⁰⁵ Ibidem, p. 322

²⁰⁶ Ibidem, p. 323.

²⁰⁷ Tradução livre: “La precisión del derecho general a la personalidad por medio de estos derechos más concretos es un procedimiento típico para la precisión de las cláusulas generales”. Ibidem, p. 323

²⁰⁸ CACHAPUZ, Maria Cláudia. Direitos de personalidade e responsabilidade civil na perspectiva da ética do discurso. *RJLB*, ano 3 (2017), n° 4. P. 1.131

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil. In: *Novo Código Civil*. Exposição de motivos e texto sancionado. Brasília. 2004. P. 39

concreção dos direitos fundamentais²¹¹, que consistindo em meios normativos suscetíveis e carentes de preenchimento de valores²¹² requerem também a ponderação e formam um sistema “móvel”.²¹³

Permitindo maior abertura do ordenamento jurídico, o art. 187 do Código Civil, ao dispor que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, funciona como uma “efetiva cláusula de subsidiariedade jurídico-fundamental”²¹⁴, permitindo uma proteção a direitos da personalidade sem que se tenha que recorrer às normas de direito fundamental estabelecidas na Constituição.

Assim, adotando-se uma teoria externa das restrições a direitos fundamentais, permite-se reconhecer a possibilidade de restrição de posições *prima facie*²¹⁵, operando os elementos do fim econômico ou social, da boa-fé e dos bons costumes como variáveis através das quais se fará testada a razão prática.²¹⁶

Não constitui o artigo 187, portanto, hipótese de abuso de direito, instituto que, segundo Manuel Atienza, “surge como uma criação jurisprudencial (e doutrinária) francesa na segunda metade do século XIX e início do XX, e se generaliza depois, com ou sem expressão legislativa, pelos diversos sistemas jurídicos de base continental”²¹⁷, uma vez que no art. 187 trata-se da disciplina de uma conduta ilícita gerada a partir de uma restrição de liberdade imposta pelo caso concreto, que não dispensa a análise de um conflito de liberdades.²¹⁸

Com efeito, dificilmente se pode estabelecer uma definição dos elementos do artigo 187 *a priori*. Assim, sendo estes os elementos que condicionam a análise da conduta avaliada

²¹¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mercio. *A obrigação pelo discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. p. 114.

²¹² DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. – In: *Direitos fundamentais e direito privado*. Textos clássicos. Organizador/revisor: Luís Afonso Heck. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2012. p. 33.

²¹³ HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. – Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. p. 24.

²¹⁴ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mercio. *A obrigação pelo discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. p. 119.

²¹⁵ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. – Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. p. 233.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 234.

²¹⁷ Tradução livre: “surge como uma creación jurisprudencial (y doctrinal) francesa en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX y se generaliza después, con o sin expresión legislativa, por los diversos sistemas jurídicos de base continental”. ATIENZA, Manuel. *Ilícitos atípicos*. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Editorial Trotta, S.A., Madrid. 2000. p. 33.

²¹⁸ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mercio. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro*: uma leitura orientada no discurso jurídico / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 236.

em concreto no enunciado normativo²¹⁹, resta indagar o que se entende por fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes. É possível que se estabeleça uma aproximação, sem; contudo, fechar o conceito jurídico de antemão, viabilizando, dessa forma, a função de progresso desempenhada pela dogmática e pelas cláusulas gerais, bem como a abertura do ordenamento jurídico ao caso concreto.

Dessa forma, a ideia de boa-fé aproxima-se da concepção de confiança, devendo ser avaliada a partir das particularidades do caso concreto proposto à discussão.²²⁰ Desloca-se a atenção do intérprete, então, para a relação de confiança estabelecida em face do caso particular. Pela ideia de boa-fé se pode, por exemplo, analisar a extensão da auto-exposição promovida pelo indivíduo, o quanto quer a pessoa aparecer no espaço público e tornar-se vista.²²¹

O elemento dos bons costumes, por sua vez, refere-se à tradição, àquilo que atingiu autoridade pela “herança histórica”,²²² ao passo que o elemento do fim econômico ou social se preocupa com o dado empírico atual, com as características especiais e determinadas pelo caso concreto.²²³

Dessa forma, presente uma colisão de direitos da personalidade, como por exemplo, aquela entre a liberdade de expressão e o direito à proteção da vida privada, o Código Civil fornece os instrumentos normativos suficientes para a tutela dos direitos mencionados, além de oferecer os elementos que servirão como variáveis de análise. No que se refere ao direito ao conhecimento da origem genética, na medida em que este é reconhecido como um direito da personalidade, assim como os potenciais direitos em colisão (a exemplo do direito à intimidade do doador anônimo), o ordenamento cível fornece uma descarga suficiente a tornar desnecessária uma fundamentação direta na Constituição à proteção da dignidade da pessoa humana, ou de outros direitos fundamentais.

²¹⁹ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 237.

²²⁰ *Ibidem*, P. 238

²²¹ *Ibidem*, P. 231

²²² *Ibidem*, P. 242

²²³ *Ibidem*, P. 244

5 O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA FRENTE ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

*“Como poderiam os médicos (...) pensar que nós não precisamos ou queremos algumas respostas honestas sobre nossa herança? Sem todas essas informações, eu nunca vou me sentir completa”.*²²⁴

O crescente reconhecimento internacional do direito ao conhecimento da origem genética sob o fundamento de proteção à “vida privada”²²⁵, aliado à percepção de um movimento de maior abertura de acesso à informação por parte dos indivíduos gerados por meio de reprodução assistida em diferentes países²²⁶, fez com que se tornasse inevitável questionar até que ponto a política de doação anônima de gametas é legítima, bem como de que modo deve ser resolvida a relação conflituosa entre o direito ao conhecimento da origem genética e o direito à privacidade do doador anônimo, em países que adotam tal política. Na Alemanha, em 2013, a Corte Regional de Hamm enfrentou tal problema, decidindo, após uma ponderação, que o interesse do indivíduo em descobrir sua ancestralidade genética, no caso concreto, poderia ser classificado como superior aos interesses do médico demandado e do doador em manter os seus dados confidenciais.²²⁷

Como se verá, no Brasil, ao adotarmos a política de doação anônima de gametas, criamos uma situação de potencial colisão de direitos personalíssimos no futuro, quando os indivíduos concebidos por meio das técnicas de reprodução humana assistida adquirirem maturidade o suficiente para buscar informações referentes à sua ascendência genética. Ainda que, convencidos dos prejuízos do atual regramento das técnicas de reprodução humana assistida, passemos a adotar uma política de abertura em relação à identidade dos doadores (como por exemplo o Reino Unido, a partir de 2005),²²⁸ persistirá o problema de como se tutelar o direito ao conhecimento da origem genética dos indivíduos concebidos durante a

²²⁴ Tradução livre: “How could doctors [...] think that we wouldn’t need or want some honest answers about our heritage? Without all this information, I will never feel complete”. Depoimento de “Verity”. TURNER, A.J. et A. Coyle. What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy. *Human Reproduction*. vol 15. no. 9. pp 2041-2051, 2000. P. 2047.

²²⁵ BLAUWHOFF, Richard J. - Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins. Has to ‘know or not to know’ ever been the legal question? – *Utrecht Law Review* – <http://www.utrechtlawreview.org/> Volume 4, Issue 2 (June) 2008. p. 99. Acesso em: 13 set. 2020.

²²⁶ ALLAN, Sonia. Donor identification ‘kills gamete donation’? A response. *Human Reproduction*, Vol. 27. No. 12, pp. 3380-3384, 2012. – P. 3383

²²⁷ Oberlandesgericht Hamm, I-14 U 7/12

²²⁸ “Sperm donor anonymity ends: People donating sperm and eggs will no longer have the right to remain anonymous, under a new law which came into force on Friday”. In: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/4397249.stm>. Acesso em: 14, set. 2020.

vigência do atual regramento. Justifica-se, assim, portanto, a importância de se analisar a resposta que nosso ordenamento confere a essa colisão, buscando identificar os elementos que contribuirão para uma solução racional do problema jurídico. Contudo, é necessário compreender a atual política adotada em nosso país.

5.1 A POLÍTICA DE DOAÇÃO ANÔNIMA DE GAMETAS

Enquanto ao redor do mundo se percebe um movimento na direção de uma cultura de doação de gametas que reflete os valores de honestidade e de abertura²²⁹, a atual política de doação anônima de gametas, no Brasil, dá origem à aludida situação na qual, futuramente, os direitos de titulares distintos poderão entrar em rota de colisão por conta de suas pretensões em sentido contrário. De um lado, o chamado direito ao conhecimento da origem genética, de outro, o direito à privacidade do doador anônimo.

A inseminação artificial por meio de doação possui uma história envolta na ideia de segredo²³⁰, a qual resultou na política de doação anônima de gametas e óvulos. Essa política de segredo e o conseqüente anonimato dos doadores possuem suas raízes em razões que vão desde o estigma de infertilidade que acomete o casal que recebe a doação, perpassam condenações religiosas às técnicas de reprodução humana assistida, problemas legais relativos à herança, e chegam inclusive, mais recentemente, a uma pressão dos mercados para que o anonimato das doações seja mantido, por uma preocupação de que, caso essa garantia seja retirada, o número de doadores possa diminuir.²³¹ Pode-se dizer que essas razões focam primeiramente, se não somente, no interesse dos adultos envolvidos no processo (o casal beneficiário da doação e o doador)²³², o que levanta a pergunta de se os interesses do indivíduo a ser concebido estão sendo levados corretamente em consideração na regulação das práticas de reprodução humana assistida.

Com efeito, por se tratar de regulação de técnica que visa à concepção de um ser humano, é necessário que tal regulamentação leve em consideração os interesses do indivíduo a ser gerado, não se limitando à satisfação dos interesses do casal beneficiário e do doador de gametas. Como demonstram os próximos tópicos, o atual regramento das Técnicas de

²²⁹ DANIELS, Ken. Donor gametes: anonymous or identified? – Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology. Vol. 21, No. I, pp. 113-128l 2007. doi: 10.1016/j.bpobgyn.2006.09.010. Available online at <http://sciencedirect.com> – p. 125. Acesso em: 14, set. 2020.

²³⁰ ALLAN, Sonia. Donor identification: Victorian legislation gives rights to all donor-conceived people – *Family Matters* 2016 No. 98 – p. 43

²³¹ *Ibidem*, p. 44

²³² *Ibidem*, p. 44

Reprodução Humana Assistida, no Brasil, ao garantir o anonimato do doador de gametas, gera reflexos nos direitos da personalidade do indivíduo concebido por meio desta técnica, mais especificamente, no já mencionado direito ao conhecimento da origem genética.

Afetando, assim, a esfera pessoal do indivíduo a ser concebido por meio da técnica de inseminação artificial, não seria correto, segundo uma ética discursiva, ignorar as suas necessidades quando da elaboração da norma que regulará a conduta, bem como da elaboração do termo de compromisso entre o casal receptor e o doador de gametas. Nesse sentido, HABERMAS sustenta que “são válidas as normas de ação segundo as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.²³³ Como potencial atingido, os interesses do futuro ser devem ser levados em consideração no discurso prático. Isso é assim para que se evite uma “coisificação” do futuro ser humano, satisfazendo o dever moral formulado por Kant de tratarmos o homem como um fim em si mesmo²³⁴. Nesse sentido, o filósofo iluminista afirma que:

o ser humano, e em geral todo ser racional, existe como finalidade em si mesmo, e não como um mero meio de uso arbitrário para essa ou aquela vontade; e em todas as suas ações, inclusive naquelas dirigidas a si mesmo e também a outros seres racionais, a todo momento, o ser humano precisa ser considerado ao mesmo tempo como finalidade.²³⁵

Obviamente, por se tratar de um indivíduo que ainda não foi concebido e não faz parte do mundo da vida intersubjetivamente compartilhado, esse não pode efetivamente participar do discurso prático. Isso não justifica, no entanto, uma atitude instrumentalizadora em relação ao futuro ser. HABERMAS ressalta que “a subordinação ao consenso transforma a ação orientada por considerações egocêntricas em ação comunicativa”²³⁶. Dessa forma, mesmo que o indivíduo a ser concebido não possa efetivamente tomar parte em um discurso prático, isso não resulta na inviabilidade de uma ação comunicativa orientada pela ideia de um consenso, ainda que obtido de forma contrafactual. Como observa HABERMAS:

²³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I. 2. ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa / Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. – reimpressão. p. 142.

²³⁴ SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*/Michael J. Sandel; tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. – 24ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 154.

²³⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* / Immanuel Kant; tradução de Inês A. Lohbauer. – São Paulo: Martin Claret, 2018. p. 70.

²³⁶ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* / Jürgen Habermas ; tradução Karina Jannini ; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. – 2ª. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca do pensamento moderno). p. 73.

Na atitude performativa de um participante da interação, ele pode antecipar o fato de que a futura pessoa aceitaria o objetivo em princípio discutível do tratamento. Nesse caso também, obviamente, não se trata da determinação ontológica do status, mas somente da atitude clínica da primeira pessoa para com um outro, ainda que virtual, que um dia a reencontrará no papel de uma segunda pessoa.²³⁷

Assim, ao invés de se analisar a política da doação anônima de gametas por meio de uma ética utilitarista, muito se ganharia com uma concepção orientada pela ética do discurso, capaz de levar em consideração os interesses do indivíduo a ser gerado. É preciso questionar, dessa forma, se é possível antecipar um consentimento ou uma recusa do futuro ser acerca da impossibilidade de acesso a informações sobre sua origem genética.

Por conta do crescente debate a respeito do direito ao conhecimento da origem genética, muitos países passaram a reconhecer tal direito, de modo a tornar possível o acesso de pessoas concebidas por meio de técnicas de reprodução humana assistida a informações sobre o seu doador. Nessa linha, ALLAN ressalta que:

Austrália e Nova Zelândia não estão sozinhas no fornecimento de informações a pessoas concebidas por doadores. Suécia, Finlândia, Holanda, Reino Unido, Áustria e Noruega também fornecem informações. [...] Outras nações, incluindo os Estados Unidos da América, estão observando um grande movimento em direção à abertura de identidade na doação de gametas, e através do mundo ouvimos um chamado para acabar com a doação anônima de gametas.²³⁸

Diante desse cenário global, não é de se duvidar que, no Brasil, a política de doação de gametas venha a ser alterada, passando a não mais se admitir a doação anônima de gametas para que se permita a futura tutela ao direito do ser gerado de conhecer suas origens genéticas. Enquanto o quadro permanece inalterado, contudo, os doadores possuem a garantia do anonimato, dando ensejo a futuras disputas jurídicas em que o aplicador do direito se verá diante de uma colisão de direitos.

De um lado, o chamado “direito ao conhecimento da origem genética”, de outro, o direito à privacidade do doador anônimo, que numa determinada relação de confiança, praticou ato altruísta que não necessariamente deseja que venha a ser conhecido. Deve-se rechaçar uma visão reducionista e unilateral, que proponha a análise do problema apenas pela

²³⁷ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* / Jürgen Habermas ; tradução Karina Jannini ; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. – 2ª. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca do pensamento moderno). p. 73.

²³⁸ Tradução livre: “Australia and New Zealand are not alone in providing information to donor-conceived people. Sweden, Finland, the Netherlands, the UK, Austria and Norway all also provide for non-anonymous donation. (...) Other nations, including the USA, are seeing a greater move to open identity gamete donation, and across the world we have heard a call to end anonymous gamete donation”. In: ALLAN, Sonia. Donor identification ‘kills gamete donation’? A response. *Human Reproduction*, Vol. 27. No. 12, pp. 3380-3384, 2012. – p. 3383.

perspectiva do indivíduo que busca sua origem, ou apenas a partir perspectiva do doador que deseja ver sua intimidade protegida. É necessário considerar todos os interesses em jogo, todas as razões contrárias e as favoráveis à determinada tutela aos direitos subjetivos colidentes.

Para melhor compreender a política de doação anônima de gametas e óvulos, é necessário entender no que consistem as Técnicas de Reprodução Humana Assistida (TRHA's), gênero do qual a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* (FIV) são espécies.

5.2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Após a humanidade conseguir separar e voltar a combinar componentes elementares de um genoma, no ano de 1973, a técnica genética assistiu a uma aceleração em seu desenvolvimento, sendo empregada, a partir de 1978, na inseminação artificial.²³⁹

As técnicas de reprodução humana assistida podem ser definidas como um “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano”²⁴⁰. Suas modalidades são a fertilização *in vitro* (FIV) e a inseminação artificial. A primeira consiste na retirada do óvulo da mulher para efetuar a fertilização em um tubo de ensaio²⁴¹, sendo o embrião posteriormente introduzido no útero da própria mulher, ou na de outra, para dar seguimento ao seu desenvolvimento. Vale lembrar que o sêmen utilizado na fecundação pode tanto ser o sêmen do marido da mulher, como o sêmen de um outro homem.²⁴²

A inseminação artificial, por sua vez, é realizada através da inoculação do sêmen do homem na mulher, sem qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião²⁴³. Essa pode tanto ser homóloga (quando praticada na esposa ou companheira com o sêmen do marido ou

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* / Jürgen Habermas ; tradução Karina Jannini ; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. – 2ª. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca do pensamento moderno). p. 23

²⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito* / Maria Helena Diniz. – 6. ed. ver., aum. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 543.

²⁴¹ ROBERTI, Maura. *Biodireito : novos desafios : com análise penal da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 e atualizado de acordo com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004* \ Maura Roberti, prefácio da Profª Drª Maria Garcia – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 40.

²⁴² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito* / Maria Helena Diniz. – 6. ed. ver., aum. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 543.

²⁴³ Ibidem.

companheiro), como heteróloga (praticada com o espermatozoide de terceiro, durante o matrimônio ou união estável).²⁴⁴

Como se percebe, tais técnicas foram desenvolvidas com a finalidade de superar os problemas de infertilidade humana, tornando possível que casais que padeciam de tais limitações pudessem realizar seu desejo de ter filhos. Por outro lado, tanto a técnica da inseminação artificial heteróloga quanto a fertilização *in vitro* (FIV), desde que nesta também se utilize o sêmen doado por um terceiro, dão origem à problemática questão acerca do direito ao conhecimento da origem genética do indivíduo a ser concebido.

Além de outros dilemas éticos e jurídicos a que tais inovações biomédicas dão origem, é especialmente por essa questão que DINIZ entende que as práticas, tanto da inseminação artificial heteróloga, quanto da fertilização *in vitro* e gestação por conta de terceiros devem ser coibidas, manifestando sua clara contrariedade a essas técnicas de reprodução humana assistida:

Isto é assim porque, com a fertilização assistida, no porvir, poder-se-á ter uma legião de seres humanos feridos na sua constituição psíquica e orgânica, e, além disso, o anonimato do doador do material fertilizante traz em si a perda da identidade genética do donatário, a possibilidade de incesto e de degeneração da espécie humana [...] O ideal seria que se evitasse rebaixar o mistério da concepção, divorciando-o de um ato de amor, convertendo-o em um experimento de laboratório, o que pode trazer futuramente graves consequências para o casal e para o filho. Dever-se-á, em nosso entender, coibir a inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade.²⁴⁵

Tal entendimento, muito embora realce a importância do conhecimento da identidade genética para o indivíduo, não será aqui acolhido, pois a coibição destas técnicas restringiria sobremaneira a liberdade de ação dos indivíduos que desejam delas utilizar-se para transpor a barreira da infertilidade. É preciso ressaltar, primeiramente, que há outras formas menos intervenientes de se tutelar o direito à identidade genética dos seres concebidos por meio dessas modalidades de reprodução humana assistida, sem a necessidade de se recorrer a medidas extremas como a coibição destas. Também, tal atitude iria de encontro ao entendimento de que as Técnicas de Reprodução Humana Assistida, ao ampliarem a margem de ação humana, permitem uma maior autonomia dos casais para efetuar o seu planejamento familiar, o que encontra proteção constitucional no artigo 226 da Magna Carta, como já reconhecido pelo STF na ADI 3510:

²⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. Ed. ver., aum. e atual. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 543.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 546.

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226).²⁴⁶

É possível, no entanto, tutelar o direito ao conhecimento da origem genética sem essa intervenção indevida no planejamento familiar, protegido constitucionalmente pelo art. 226, § 7º, da Constituição Federal.²⁴⁷ Isso poderá ocorrer tanto na via legislativa, através de uma regulação das Técnicas de Reprodução Humana Assistida que leve em consideração o interesse de todos os envolvidos (em especial, os pais, o doador de gametas e o indivíduo a ser concebido), como na via judicial, quando o aplicador do direito se encontrar diante de uma colisão de direitos em sentidos opostos, devendo proceder a uma ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade.²⁴⁸

Passaremos, agora, à análise da regulação das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil, destacando elementos formais e materiais de grande importância.

5.3 A REGULAÇÃO DA DOAÇÃO DE GAMETAS NO BRASIL

²⁴⁶ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 08 set. 2020.

²⁴⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 set. 2020. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²⁴⁸ALEXYY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 91.

Não há, no Brasil, legislação em sentido formal regulando as técnicas de reprodução humana assistida. O Código Civil de 2002 faz menção à fecundação artificial homóloga e à inseminação artificial heteróloga em seu artigo 1.597²⁴⁹, nos incisos III e V, respectivamente, ao dispor sobre a filiação, sem, contudo, discipliná-las. A opção de não regular as técnicas de reprodução humana assistida no Código Civil de 2002 se explica pela natureza do tema em questão, que por ser inovador e objeto de inúmeras controvérsias, foi deixado para a legislação aditiva, conforme a diretriz exposta por Miguel Reale de

não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.²⁵⁰

Assim sendo, a prática das técnicas de reprodução assistida é regulada exclusivamente por meio da Resolução nº 2.168 de 2017, do Conselho Federal de Medicina, que “adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida”.²⁵¹

As normas éticas adotadas pela referida Resolução abrangem os princípios gerais de utilização das técnicas de reprodução humana assistida, determinações sobre quem pode se submeter a tais procedimentos e sobre a responsabilidade de clínicas, centros ou serviços que os aplicam. Também se incluem, dentre essas normas, a regulação da doação de gametas ou embriões, em seu inciso IV, que estabelece proibições e requisitos para a doação.

É obrigatório o consentimento livre e esclarecido de todos os pacientes submetidos às técnicas de Reprodução Assistida, devendo as informações atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. Será elaborado, em formulário especial, um documento de consentimento livre e esclarecido com a concordância por escrito de todas as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.²⁵²

²⁴⁹ BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso: 12 set. 2020.

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

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

[...]

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

²⁵⁰ BRASIL. *Novo Código Civil – Exposição de Motivos e Texto Sancionado*. Brasília, 2004. Editor: Senado Federal. Brasília, DF.

²⁵¹ BRASIL. *Resolução nº 2.168*, do CFM, de 21 de setembro de 2017. Publicada no D.O.U. de 10 nov. 2017, Seção I, p. 73. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 20, set. 2020.

²⁵² Resolução do CFM: I – Princípios Gerais, Ponto 4.

Disciplinando a doação de gametas ou embriões, as normas éticas determinam que a doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, bem como que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Especificamente sobre a questão da doação anônima de gametas é a determinação do ponto 4, que dispõe:

Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).²⁵³

Assim, sob o fundamento desta determinação de sigilo, o Conselho Federal de Medicina, bem como as clínicas que oferecem os serviços de Reprodução Humana Assistida, garantem o anonimato do doador de gametas, impedindo que os receptores do material doado, bem como o ser gerado por meio da reprodução assistida, conheçam a identidade do doador de gametas.

Deve-se destacar que a determinação de sigilo prevê que, em situações especiais, por motivação médica, informações sobre os doadores podem ser fornecidas aos médicos, resguardando-se, contudo, a identidade civil do doador. Com tal medida, buscou-se solucionar a objeção de que a doação anônima de gametas ou embriões violaria os direitos à vida e à saúde do indivíduo a ser concebido, uma vez que na ausência destas informações esse se encontraria desprovido de informações essenciais para diagnósticos ou intervenções cirúrgicas.

Muito embora tal solução amenize os prejuízos que a falta de informações sobre a origem biológica podem ocasionar ao indivíduo, permitindo que em situações especiais devidamente justificadas os médicos possam ter acesso a informações sobre os doadores, o Conselho Federal de Medicina tratou do direito ao acesso à informação sobre a origem genética apenas sob o aspecto da saúde, ignorando as demais implicações deste direito, que também concernem à esfera psicológica.

Evidentemente, a norma ética em comento não se limita a regular a prática da doação anônima de gametas. Ela interfere também nos direitos da personalidade do indivíduo a ser concebido, pois ao tornar obrigatório o sigilo sobre a identidade do doador de gametas, ela acaba por, indiretamente, obstar que esse tenha acesso a informações sobre sua origem

²⁵³ BRASIL. *Resolução nº 2.168*, do CFM, de 21 de setembro de 2017. Publicada no D.O.U. de 10 nov. 2017, Seção I, p. 73. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 20, set. 2020.

genética, que vão desde a informações não identificáveis sobre o seu doador, até informações identificáveis, como sua identidade.

A pergunta que surge, diante de uma Resolução que se propõe a estabelecer um dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos na aplicação das técnicas de reprodução humana assistida²⁵⁴, é a de se as relações entre os civis necessariamente se vinculam às normas produzidas por essa via, especialmente normas que restringem direitos personalíssimos.

Como será observado, ao determinar a obrigatoriedade do sigilo da identidade dos doadores de gametas e embriões, e consequentemente restringir o acesso do indivíduo concebido por reprodução assistida a informações sobre sua origem genética, as normas éticas anexas à Resolução do CFM acabam por regular a relação entre distintos direitos da personalidade sem, contudo, dispor da força dos princípios formais que uma lei em sentido formal e material possuiria. Assim, indaga-se se as normas éticas anexas à Resolução são idôneas, por um lado, para obstar que o indivíduo concebido por meio da inseminação artificial heteróloga tenha acesso à identidade do doador anônimo de gametas, e por outro, para garantir uma proteção efetiva à intimidade do doador de gametas.

Diante dessa problemática questão e da inércia legislativa em regular a matéria, o Conselho Nacional de Justiça, ao dispor sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por meio destas técnicas, emitiu o Provimento N° 52 de 14/03/2016, o qual, em seu artigo 2º, II, eliminava de forma indireta a possibilidade de doação anônima de gametas, tornando indispensável, para fins de registro e emissão da certidão de nascimento, a apresentação de declaração do diretor técnico da clínica, centro ou serviço no qual foi realizada a reprodução assistida, contendo o nome do doador, bem como informações relativas a ele, como se observa (grifado):

Art. 2º. É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I - declaração de nascido vivo - DNV:

II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, **o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários;**

²⁵⁴ “O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei n° 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei n° 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto n° 44.045, de 19 de julho de 1958, e pelo Decreto n° 6.821, de 14 de abril de 2009, e associada à Lei n° 12.842, de 10 de julho de 2013, e ao Decreto n° 8.516, de 10 de setembro de 2015, [...] Resolve: Art. 1º Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos”.

III - certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.²⁵⁵

Ainda, o §4º do mesmo artigo determinava que o conhecimento da identidade do doador não implicaria em direitos de filiação e outros vínculos:

O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida.²⁵⁶

O provimento nº 52 do CNJ pode, assim, ser entendido como uma tentativa de solução ao problema da falta de tutela legislativa ao direito ao conhecimento da origem biológica dos seres concebidos por meio de reprodução assistida, que não encontram esse direito assegurado por lei, como, por exemplo, as crianças adotadas.²⁵⁷

Da mesma forma como se tecem críticas a respeito da legitimidade da Resolução do Conselho Federal de Medicina para normatizar questões referentes a direitos personalíssimos, deve-se criticar a forma pela qual o CNJ buscou resolver a complexa situação jurídica.

Por conta dos efeitos das disposições do artigo 2º deste provimento na intimidade de doadores de gametas, houve uma polêmica repercussão. O Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) alegava que, por conta do disposto na Resolução nº 2.168/2017 do CFM, a intimidade dos doadores de sêmen era violada²⁵⁸, bem como o próprio CFM entendia que a obrigação de apresentar declaração com o nome do doador ameaçava o sigilo médico²⁵⁹. Assim, por conta das inúmeras críticas, o CNJ revogou o provimento nº 52 através do provimento nº 63 de 14/11/2017.

O provimento nº 63 do CNJ, por sua vez, ao regular o registro e emissão da certidão de nascimento, passou a não mais exigir como elemento indispensável o nome do doador e outras informações a ele concernentes, passando a vigorar o art. 17 com a seguinte disposição:

²⁵⁵ BRASIL. *Provimento do CNJ nº 52* de 14/03/2016. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2514>. Acesso em: 22 set. 2020.

²⁵⁶ Ibidem.

²⁵⁷ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990* (ECA). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

“Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”.

²⁵⁸GRILLO, Breno. *Regra do CNJ para registro de filhos viola intimidade de doadores de sêmen, diz Iasp*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-21/regra-cnj-viola-intimidade-doadores-semen-iasp>. Acesso em: 23 set.2020.

²⁵⁹“CNJ retira a exigência de identificação do doador em certidão de nascimento”. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27302:2017-11-22-18-26-32&catid=3. Acesso em: 25 set. 2020.

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;²⁶⁰

Embora tenha o CNJ recuado ao não mais exigir a apresentação de declaração contendo o nome e informações do doador, não impedindo de forma indireta a doação anônima de gametas, o novo provimento acrescentou em seu art. 17, §3º, disposição semelhante à redação do art. 2º, §4º do provimento revogado:

§ 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.²⁶¹

O mencionado parágrafo encontra-se em consonância com o entendimento dominante de que o estado de filiação não se confunde necessariamente com a ascendência biológica, não havendo dúvidas de que os filhos havidos por meio de reprodução assistida não possuem vínculo de parentesco com o doador de gametas. A sua manutenção em vigor, apesar da revogação da exigência de apresentação de declaração na qual constasse o nome do doador de gametas, é demonstrativa do reconhecimento que vem obtendo o direito ao conhecimento da origem genética. Ao mesmo tempo, também gera incerteza jurídica acerca da garantia do anonimato do doador de gametas.

Diante do mencionado reconhecimento, e observada a potencial colisão de direitos gerada pela manutenção da atual política de doação, é necessário compreender a estrutura desse conflito entre direitos.

²⁶⁰ BRASIL. Provimento do CNJ nº 63 de 14/11/2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 26 set. 2020.

²⁶¹ Ibidem.

6 O DIREITO AO CONHECIMENTO VERSUS DIREITO AO SIGILO

O direito ao conhecimento da origem genética contrasta com o direito à privacidade do doador anônimo de gametas, que se presume não ter interesse na divulgação de sua identidade ao seu filho biológico. Como o ato é realizado com a condição do anonimato, uma eventual divulgação futura frustraria a confiança do doador de gametas, além de poder lhe gerar danos caso a informação chegue ao seu círculo social.

Como se trata de uma colisão de direitos da personalidade não há que se falar em uma precedência absoluta e abstrata de um direito sobre outro, mas apenas em uma relação de precedência condicionada, frente à situação concreta, estabelecida após a ponderação. Daí a importância de analisar as circunstâncias do fato concreto.

No presente capítulo, serão abordados os direitos das partes que são relevantes para a resolução do conflito, bem como analisar-se-á uma decisão do Tribunal Regional de Hamm determinando a quebra do anonimato de um doador de gametas.

6.1 AS PARTES

A colisão de direitos que mais chama a atenção é aquela entre o direito ao conhecimento da origem genética e o direito à privacidade do doador anônimo de gametas, por conta de sua prerrogativa de sigilo. No entanto, uma ação judicial não pode ser proposta contra o doador de gametas, na medida em que este é desconhecido pelo indivíduo gerado através de técnicas de reprodução humana assistida. Assim, geralmente, no polo passivo da demanda estará a clínica, centro ou serviço²⁶² que tenha realizado o tratamento e disponha da informação.

O centro responsável pelo procedimento deverá ter um diretor técnico, cargo ocupado por Médico registrado no Conselho Regional de Medicina, responsável por todos os procedimentos médicos.²⁶³ O centro deverá, ainda, manter um registro permanente das

²⁶² BRASIL, *Resolução do CFM n. 2.168/2017*: “III – Referente às clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de RA: As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes das técnicas de RA”. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 19 set. 2020.

²⁶³ BRASIL, *Resolução do CFM n. 2.168/2017* – Item III, 1.

gestações e nascimentos através das técnicas de reprodução humana assistida.²⁶⁴ É justamente por tal razão que a ação geralmente é dirigida contra o centro clínico.

Pode ser que o indivíduo que queira preservar seu interesse no conhecimento da origem genética, diante da resistência do centro clínico em oferecer a informação, requeira a condenação do centro clínico a uma obrigação de fazer²⁶⁵, exigindo que este lhe informe a identidade de seu pai biológico. Naturalmente, também o direito geral de liberdade do centro clínico se verá afetado, assim como a liberdade de trabalho²⁶⁶, uma vez que a determinação dessa obrigação poderá vir a gerar inclusive efeitos patrimoniais para o centro clínico.

6.2. QUEBRA DO ANONIMATO

A quebra do anonimato anteriormente garantido pelo centro clínico é a medida mais intensa para a tutela ao direito ao conhecimento da origem genética. A retirada do anonimato interfere de forma intensa no direito à privacidade do doador de gametas, uma vez que sua identidade é revelada de forma que, presume-se, é contrária à sua vontade.

Para permitir uma intervenção grave no direito à intimidade do doador de gametas, é necessário que o peso da importância da satisfação do direito contrário justifique a medida. Nesse sentido é a lei da ponderação, que segundo ALEXY consiste em que “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”²⁶⁷.

Como visto, a quebra do anonimato não é a única forma de se tutelar o direito ao conhecimento da origem genética, uma vez que existem diferentes tipos de informações, e o pedido de revelação da identidade do doador de gametas consiste justamente na mais interveniente.

6.3 ANÁLISE DE DECISÃO

²⁶⁴ BRASIL, *Resolução do CFM n. 2.168/2017* – Item III – 2. Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, dos nascimentos e das malformações de fetos ou recém-nascidos provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 set. 2020.

²⁶⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo* / Clóvis V. do Couto e Silva – reimpressão – Rio de Janeiro : Editora FGV, 2006. p. 125

²⁶⁶ BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2020.

²⁶⁷ ALEXY, Robert. A formula peso. In: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 133.

Analisar-se-á, a partir de agora, decisão do Tribunal Regional Superior de Hamm²⁶⁸ que enfrentou questão referente ao pedido de fornecimento de informações sobre a origem genética de uma mulher concebida através de inseminação artificial heteróloga. O Tribunal entendeu que o direito ao conhecimento da origem genética se fundamentava no direito geral de personalidade humana e no princípio da dignidade, fundamentando-se no art. 1º, § 1º²⁶⁹, e art. 2º, § 1º²⁷⁰ da Lei Fundamental de Bonn.

A autora, nascida em 08 de março de 1991 através de técnica de reprodução assistida, foi informada por sua mãe, em setembro de 2009, que fora concebida por meio de doação anônima de gametas. Os pais da autora assinaram, em 1990, contrato de tratamento com um centro de fertilização in vitro, o qual previa que os cônjuges não teriam direito de solicitar informações sobre a identidade dos doadores de esperma. O doador de esperma também teve seu anonimato garantido pelo centro de fertilização.

Dessa forma, após o insucesso de suas tentativas de conseguir informações, a autora propôs ação contra o Centro de Fertilização, requerendo que o réu fosse compelido a fornecer informações sobre a identidade do seu doador de gametas²⁷¹. O Centro de Fertilização, por sua vez, alegou que não possuía o dever de fornecer essas informações por dois motivos. Primeiro, porque os documentos já teriam sido destruídos após 10 anos. Segundo, por respeito a uma obrigação de confidencialidade médica, uma vez que, na época, o Centro garantiu o anonimato dos doadores.²⁷²

Realizando uma ponderação, o Tribunal Regional Superior de Hamm concluiu pela precedência do direito ao conhecimento da origem genética da requerente em detrimento dos direitos do réu e do doador anônimo de gametas, com base no § 242 do BGB²⁷³, referente à boa-fé.²⁷⁴ O Tribunal, partindo da noção de que os direitos fundamentais desenvolvem sua eficácia como decisões de valor constitucional, influenciando o direito civil por meios das

²⁶⁸ Oberlandesgericht Hamm, I-14 U 7/12. Disponível em:

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/I_14_U_7_12_Urteil_20130206.html. Acesso em 25, set. 2020.

²⁶⁹ ALEMANHA. Lei Fundamental de Bonn. 1949. Tradução: José Camurça, Bonn. Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn. Imprensa em 1988.

Artigo 1 (Proteção da dignidade do homem) [1] A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

²⁷⁰ Ibidem. Artigo 2 (Direitos de liberdade) [1] Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

²⁷¹ Oberlandesgericht Hamm, I-14 U 7/12. Disponível em:

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/I_14_U_7_12_Urteil_20130206.html § 12. Acesso em: 25, set. 2020.

²⁷² Ibidem, § 17

²⁷³ Ibidem, § 35

²⁷⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo* / Clóvis V. do Couto e Silva – reimpressão – Rio de Janeiro : Editora FGV, 2006. 176p. p. 33.

cláusulas gerais, reconheceu a pretensão da autora como protegida por direitos fundamentais, com fundamento no art. 1º, § 1º e art. 2º, § 1º da Lei Fundamental.²⁷⁵

Fazendo referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, de que os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana garantem que todo indivíduo possa ter uma área autônoma da vida privada, na qual possa desenvolver e manter sua individualidade, entendeu o Tribunal Regional Superior de Hamm que “a compreensão e o desenvolvimento da própria individualidade estão, portanto, intimamente ligados ao conhecimento dos fatores que a constituem”,²⁷⁶ o que englobaria o direito ao conhecimento da própria origem.

Por outro lado, também foram levados em consideração os interesses protegidos do réu e do doador de gametas.²⁷⁷ Foi ressaltada a presunção de que, por ter concordado com uma doação anônima, o doador não desejaria ser confrontado com as consequências de sua divulgação.²⁷⁸ Além das consequências legais relativas a uma obrigação de manutenção ou de herança, se destacou que o direito de personalidade do doador também seria afetado se em seu ambiente privado fosse tornado conhecido que ele concebeu uma criança através da doação anônima. Quanto aos direitos do centro de fertilização, por seu turno, o Tribunal entendeu que no caso de deferimento do pedido da autora, haveria uma afetação de seu direito à liberdade de exercício da profissão, e que poderia inclusive esperar que os doadores reivindicassem danos.²⁷⁹

Analisando as posições de direito fundamentais a serem levadas em consideração, o Tribunal entendeu que elas não têm um peso comparável.²⁸⁰ Se reconheceu que as diretrizes da Associação Médica Alemã vigente na época afirmavam explicitamente que a criança criada por inseminação heteróloga possuía o direito ao conhecimento da identidade do doador.²⁸¹ Dessa forma, se decidiu que o réu tem o dever de fornecer à requerente o nome do doador de gametas, bem como que o direito à informação inclui a comunicação de informações que podem ser obtidas.²⁸²

²⁷⁵ Oberlandesgericht Hamm, I-14 U 7/12. Disponível em: http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/I_14_U_7_12_Urteil_20130206.html. § 58. Acesso em: 26, set. 2020.

²⁷⁶ Tradução livre: “Das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität sind daher mit der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren eng verbunden”. Ibidem, § 60

²⁷⁷ Ibidem, § 63

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ Ibidem, § 65

²⁸⁰ Ibidem, § 67

²⁸¹ Ibidem, § 69

²⁸² Ibidem, § 73

Para resolver a colisão de direitos, o Tribunal realizou uma ponderação, concluindo pelo maior peso do direito ao conhecimento da origem genética da autora no caso concreto. Os direitos fundamentais, por sua vez, exerceram sua influência através da cláusula geral de boa-fé. Assim, o Centro de Fertilização foi condenado a uma prestação de fazer, consistente no dever de fornecer à autora o nome do doador de gametas, ou qualquer informação a esse respeito que possuísse.

Destaca-se, nessa decisão, três pontos merecedores de atenção: a importância das cláusulas gerais no direito civil para a influência dos direitos fundamentais; a ponderação exigida frente à colisão dos direitos de personalidade e a fundamentação do direito ao conhecimento da origem genética no direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O Tribunal adotou uma teoria indireta da influência dos direitos fundamentais no direito civil, na medida em que expressamente reconheceu que os direitos fundamentais representam um sistema de valores constitucionais, que influenciam o direito civil por meios das cláusulas gerais. A teoria adotada corresponde à concepção de Dürig, segundo a qual as cláusulas gerais são suscetíveis e carentes de preenchimento de valores.²⁸³

Outro ponto que deve ser destacado é a solução à colisão entre direitos da personalidade por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Com efeito, foi diante da análise das circunstâncias do caso concreto que o Tribunal fez com que o direito *prima facie* precedesse aos direitos colidentes, formulando uma regra (razão definitiva) para o caso concreto. Não houve o estabelecimento de uma precedência absoluta ou de uma precedência incondicionada.

Para o efeito de fundamentação do direito ao conhecimento da origem biológica, no entanto, é de grande valia a fundamentação apresentada pelo Tribunal com base no art. 1º, § 1 e art. 2º, § 1 da Lei Fundamental Alemã. Conjugando-se o princípio formal da liberdade negativa com o princípio da dignidade humana, opta-se por uma concepção formal-material do direito geral de liberdade. O direito de personalidade aqui tutelado, portanto, pode ser definido como um direito geral de liberdade tácito, cujo bem protegido é uma situação do titular do direito.²⁸⁴

Quanto aos interesses conflitantes, é importante notar que além do direito à privacidade do doador anônimo, o direito ao conhecimento da origem genética colidiu com o direito à liberdade de exercício da profissão, na medida em que o Tribunal reconheceu a

²⁸³ DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: *Direitos fundamentais e direito privado* : textos clássicos / Luís Afonso Heck (organizador) ; Günter Dürig ... [et al.]. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed. 2011. 144 p. ; 15,5 x 22 cm. p. 35

²⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 320

possibilidade de que o doador anônimo busque uma indenização pelos danos gerados à sua esfera privada. Um dos fundamentos determinantes na ponderação, no entanto, consistiu no fato de que, na época da realização do procedimento, as diretrizes médicas não autorizariam ao Centro de Fertilização a garantia do anonimato.

7 ANÁLISE DE CASOS

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) enfrentou o problema da colisão do direito ao conhecimento da origem genética com outros direitos individuais e bens coletivos. Nesse capítulo, analisar-se-á três decisões do Tribunal relacionadas ao direito ao conhecimento da origem genética. Nelas são trabalhados pontos que, se destacados, ajudam a compreender as peculiaridades do direito ao conhecimento das origens. Um ponto em comum em todas as decisões aqui trabalhadas, é a fundamentação do Tribunal do direito ao conhecimento à origem genética com base numa interpretação ampla do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.²⁸⁵

Na decisão de *Mikulic v. Croácia*, trata-se de uma investigação de paternidade, na qual as cortes nacionais falham em assegurar uma duração razoável do processo, deixando a requerente numa situação de prolongada incerteza quanto a um importante elemento de sua identidade.

Em *Jäggi v. Suíça*, o direito ao conhecimento da origem genética colide com direitos de terceiros, na medida em que um indivíduo busca a exumação do corpo de seu suposto pai biológico para a realização de um exame de DNA. Após passar boa parte de sua vida tentando descobrir sua origem biológica, encontra a resistência dos familiares, que fundamentam sua pretensão de defesa no direito à dignidade do falecido.

Por fim, a decisão de *Odièvre v. França* enfrenta o problema dos nascimentos anônimos na França, tradição que remonta ao século XVII, e teria por objetivo diminuir o número de infanticídios e abortos ilegais, permitindo que as mães entregassem suas crianças de forma anônima. A requerente buscava ter acesso à identidade de sua mãe biológica, o que era vedado pelo ordenamento jurídico francês.

7.1 MIKULIC V. CROÁCIA

No presente caso²⁸⁶, a requerente e sua mãe ingressaram com o requerimento nº 53176/99 perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, contra a República da Croácia, sob a alegação de que o Estado da Croácia estaria violando seu direito à vida privada e

²⁸⁵ Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Roma, 4 de novembro de 1950. Art. 8º, 1: “1. “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 02, out. 2020.

²⁸⁶ European Court of Human Rights (ECHR). First section. Application no. 53176/99 – Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60035>. Acesso em: 02, out. 2020.

familiar, previstos no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, devido à demora excessiva no processo relativo à sua reivindicação de paternidade, contra seu suposto pai biológico, “H.P.”. Também, alegou violação aos artigos 6º, §1º e 13 da Convenção²⁸⁷. Após a designação de seis exames de DNA, o réu não compareceu a nenhum deles, e inúmeras audiências foram canceladas devido à sua ausência²⁸⁸. O Estado, em sua defesa, atribuiu a demora na demanda ao comportamento das partes, especialmente ao do réu, que não teria colaborado.

O Tribunal ressaltou que, nestes casos, para se definir a razoabilidade da duração do processo, se deveria analisar a complexidade do caso, a conduta da requerente e das autoridades, bem como a importância daquilo que está em jogo no litígio²⁸⁹. Quanto ao que estava em jogo para a requerente, o Tribunal reconheceu que era o “seu direito de ter a sua paternidade demonstrada ou refutada e, portanto, o seu direito a eliminar sua incerteza quanto à identidade de seu pai biológico”.²⁹⁰

Tendo decorrido quatro anos com o processo na primeira instância, e quatro meses na corte de apelação, entendeu o Tribunal que o comportamento da requerente não contribuiu para o atraso do procedimento, ao contrário do réu, cujo comportamento foi decisivo para a demora. No entanto, no entendimento da Corte isso não eximiria o Estado da responsabilidade, uma vez que “os Estados-Membros devem organizar seus sistemas de justiça de tal modo que seus tribunais possam garantir o direito de todos à obtenção de uma decisão final em uma disputa relativa a direitos e obrigações civis em um prazo razoável”.²⁹¹ Assim, foi reconhecida a violação do art. 6º, § 1º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Em relação à violação ao art. 8º da Convenção, o Estado alegou que o artigo não seria aplicável ao caso, uma vez que não havia nenhuma relação familiar entre a requerente e seu suposto pai biológico. Ela, por sua vez, sustentou que “foi deixada em um estado de prolongada incerteza quanto à sua identidade pessoal por conta da ineficiência dos tribunais

²⁸⁷ Os artigos 6º, § 1º e 13 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem asseguram um direito a um processo equitativo e o direito a um recurso efetivo, respectivamente. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 02, out. 2020.

²⁸⁸ ECHR - Mikulic v. Croatia - § 42

²⁸⁹ ECHR - Mikulic v. Croatia - § 38

²⁹⁰ Tradução livre: “her right to have her paternity established or refuted and thus to have her uncertainty as to the identity of her natural father eliminated” ECHR - Mikulic v. Croatia - § 44

²⁹¹ Tradução livre: “it is for Contracting States to organise their legal systems in such a way that their courts can guarantee the right of everyone to obtain a final decision on disputes relating to civil rights and obligations within a reasonable time” ECHR - Mikulic v. Croatia - § 45

nacionais”²⁹². O Tribunal reconheceu que nenhum laço de família havia se estabelecido entre ela e seu suposto pai, porém ressaltou que o art. 8º da convenção não protege só a vida familiar, mas também “a vida privada”²⁹³. Após, externou que a vida privada, na visão do Tribunal, “inclui a integridade física e psicológica da pessoa, e às vezes pode abranger aspectos da identidade física e social do indivíduo”²⁹⁴, e que

o respeito à vida privada exige que todos possam ser capazes de determinar detalhes de sua identidade como seres humanos individuais e que o direito de um indivíduo a essas informações tem importância por causa de suas implicações formativas para a personalidade.²⁹⁵

Assim, foi reconhecida a aplicação do art. 8º ao caso, uma vez que os procedimentos de investigação de paternidade instaurados pela requerente destinavam-se a determinar sua relação legal com H.P., através do conhecimento da verdade biológica, de modo que foi reconhecida uma ligação direta entre a determinação da paternidade e a vida privada da requerente²⁹⁶. O interesse da requerente, no entendimento da corte, se caracterizava como “um interesse vital, protegido pela Convenção, em receber a informação necessária para descobrir a verdade sobre um aspecto importante da personalidade”.²⁹⁷

A violação do artigo pelo Estado também foi reconhecida, devido à ineficiência das cortes locais e em razão de que o procedimento judicial se apresentava como único meio através do qual a requerente poderia determinar se H.P. era ou não seu pai biológico, na medida em que ele negava a paternidade.²⁹⁸ A ineficiência das cortes, segundo a conclusão do Tribunal, “deixou a requerente em um estado de profunda incerteza quanto à sua identidade pessoal”²⁹⁹, violando o seu direito ao respeito à vida privada garantido pela Convenção.

O Tribunal levou em consideração o fato de que na ordem jurídica interna da Croácia não havia nenhuma norma que obrigasse o suposto pai a cumprir as ordens de realizar os

²⁹² Tradução livre: “she had been kept in a state of prolonged uncertainty as to her personal identity on account of the inefficiency of the domestic courts”. ECHR - Mikulic v. Croatia - § 49

²⁹³ ECHR - Mikulic v. Croatia - § 52.

²⁹⁴ Tradução livre: “Private life, in the Court's view, includes a person's physical and psychological integrity and can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity”. – ECHR - Mikulic v. Croatia - § 53

²⁹⁵ Tradução livre: “respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that an individual's entitlement to such information is of importance because of its formative implications for his or her personality”. ECHR – Mikulic v. Croatia - § 54

²⁹⁶ ECHR - Mikulic v. Croatia - § 55

²⁹⁷ Tradução livre: “a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to uncover the truth about an important aspect of their personal identity”. ECHR - Mikulic v. Croatia - § 64

²⁹⁸ ECHR - Mikulic v. Croatia - § 60

²⁹⁹ Tradução livre: “the inefficiency of the courts has left the applicant in a state of prolonged uncertainty as to her personal identity”. ECHR - Mikulic v. Croatia - § 66

exames de DNA, no entanto, ressaltou que a falta de qualquer medida processual para obrigar o suposto pai a cumprir a ordem judicial só está em consonância com o princípio da proporcionalidade, se forem proporcionados meios alternativos que permitam que uma autoridade independente decida sobre o pedido de declaração de paternidade rapidamente.³⁰⁰

Nessa linha, a corte também entendeu que o Estado da Croácia violou o art. 13 da Convenção, uma vez que a requerente não tinha à sua disposição nenhum remédio jurídico interno para fazer valer seu direito de ser escutada dentro de um prazo razoável³⁰¹. Finalmente, o Estado foi condenado, por unanimidade, a pagar à requerente o valor de sete mil euros por danos não patrimoniais.

Na presente decisão do TEDH, chama a atenção para o direito ao conhecimento da origem genética a sua associação direta ao conceito de “vida privada”, previsto no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O interesse em se conhecer a origem genética foi tratado pelo Tribunal como um “interesse vital” em receber a informação necessária para descobrir a verdade sobre um aspecto importante da personalidade. A importância da informação buscada foi reconhecida pelo Tribunal por causa de suas “implicações formativas para a personalidade”.

De fato, por ser o conhecimento da origem genética considerada uma informação tão relevante, tocando tão intimamente ao indivíduo, diferenciando-o dos demais e ligando-se àquilo que lhe é exclusivo, é discursivamente possível sua associação à proteção da vida privada.

No caso analisado, a requerente, devido à ineficácia das cortes locais, foi deixada em um “estado de prolongada incerteza” quanto a um elemento importante de sua identidade genética devido à ineficiência das cortes locais. Importante destacar que grande parte da demora no procedimento se deu por conta da recusa do réu a submeter-se ao exame de DNA. O sistema jurídico da Croácia não ostentava nenhuma norma que obrigasse o réu à realização do exame. No entanto, o Tribunal entendeu que como não havia previsão de qualquer meio alternativo que permitisse a uma autoridade decidir em tempo razoável, o Estado foi condenado.

Essa impossibilidade jurídica de obrigar alguém à realização do exame de DNA denota o já mencionado caráter principiológico do direito ao conhecimento da origem genética, na medida em que sua realização esbarra em direitos de terceiros. Cada Estado tem

³⁰⁰ Tradução livre: “The lack of any procedural measure to compel the alleged father to comply with the court order is only in conformity with the principle of proportionality if it provides alternative means enabling an independent authority to determine the paternity claim speedily”. ECHR - Mikulic v. Croatia - § 64

³⁰¹ ECHR - Mikulic v. Croatia - §71

uma forma diferente de solucionar o problema do suposto pai que se recusa a realizar o exame de DNA³⁰², de modo que o Tribunal não buscou impor a adoção de uma solução determinada, mas apenas concluiu que o sistema croata não garantia a possibilidade de uma decisão final em um tempo razoável. No Brasil, a solução estabelecida pela Súmula n. 301 do STJ é o reconhecimento de uma presunção relativa de paternidade.³⁰³

7.2 ANDREAS JÄGGI V. SUÍÇA

No presente caso, trata-se do requerimento n.º 58757/00, de Andreas Jäggi contra a Confederação Suíça³⁰⁴, perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O recorrente busca a proteção do seu direito ao conhecimento da origem genética, que não teria sido garantido pelo Estado Suíço. Assim, alegou que houve violação à sua vida privada, cuja proteção está prevista no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O requerente nasceu em Genebra, em 1939. Antes de seu nascimento, fora proposta uma ação contra seu suposto pai, A.H., o qual admitiu que teve relações sexuais com a mãe do requerente, porém negou que fosse o pai. Depois de seu nascimento, a mãe de Jäggi declarou no registro de nascimento que seu pai era A.H. Em 30 de janeiro de 1948, a Corte de Primeira Instância de Genebra negou provimento ao recurso em que se solicitava a declaração de paternidade, e a decisão transitou em julgado.³⁰⁵

Após crescer em família adotiva, em 1958, Jäggi conheceu sua mãe biológica, que lhe disse que seu pai era A.H. Segundo o relato do requerente, até ter atingido a maioridade, A.H. mantinha contato regular com ele, e inclusive contribuía mensalmente no valor de dez francos suíços, no entanto, sempre se recusou a fazer exames para comprovar sua paternidade. Em 1976, pouco depois da morte de A.H., fora realizada uma análise de tipo sanguíneo a pedido de Jäggi, e não foi excluída a possibilidade de A.H. ser seu pai.

Em 03 de dezembro de 1997, Jäggi pediu a renovação do arrendamento do túmulo de A.H., até 2016, às suas expensas.³⁰⁶ Já em 06 de maio de 1999, requereu à Corte de Primeira Instância de Genebra a revisão do acórdão de 30 de janeiro de 1948, solicitando também a

³⁰² ECHR - § 64

³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 301. Brasília: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

³⁰⁴ European Court of Human Rights (ECHR) - Application no. 58757/00. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76412>. Acesso em: 02 out. 2020.

³⁰⁵ ECHR - Jäggi v. Switzerland - § 7º

³⁰⁶ ECHR - Jäggi v. Switzerland - § 11

realização de exame de DNA com os restos mortais de seu suposto pai. O pedido fora negado sob o fundamento de que Jäggi não teria direito a uma alteração no registro de nascimentos, óbitos e casamentos, e no entendimento da corte de primeira instância seria a impossível obter uma declaração de paternidade sem alterar também tal registro.

Assim, Jäggi recorreu ao Tribunal Federal, que em 22 de dezembro de 1999 indeferiu o seu pedido de realização do exame de DNA. No acórdão, o Tribunal Federal realizou uma ponderação, entendendo que a medida solicitada se apresentava excessivamente desproporcional. Segundo a decisão, “o direito de conhecer a ascendência não pode ser absoluto em seu alcance, mas deve ser ponderado com interesses relativos à proteção da liberdade de outros – no caso presente, o direito do falecido, derivado da dignidade humana, de proteger seus restos mortais de interferências contrárias à moralidade e aos costumes, e o direito de seus parentes próximos de respeito ao falecido e à inviolabilidade de seu corpo”³⁰⁷.

Assim, na ponderação do direito de Jäggi com os direitos colidentes, o Tribunal Federal levou em consideração o fato de Jäggi buscar sua origem genética já com a idade de 60 anos, e considerou que ele foi capaz de desenvolver sua personalidade e não apresentou qualquer atestado médico que indicasse dano à sua saúde física ou mental decorrente do estado de incerteza quanto a sua ascendência, bem como que o “o recorrente não provou ter sofrido um dano suficientemente grave, como protegido pelo direito à liberdade pessoal, para justificar a medida probatória solicitada”.³⁰⁸

Nessa decisão, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu que o art. 8º da Convenção Europeia se aplica à situação, uma vez que em qualquer caso o “direito de conhecer os ascendentes é abrangido pelo âmbito do conceito de vida privada, que engloba aspectos importantes da identidade pessoal de cada um, como a identidade de seus pais”.³⁰⁹ Também, o Tribunal destacou o fato de que o requerente busca tão-somente determinar quais são os laços biológicos entre ele e seu suposto pai, não havendo qualquer interesse em direitos

³⁰⁷ Tradução livre: “The right to know one’s parentage cannot be absolute in scope but must be weighed against the interests relating to protection of the personal freedom of others – in the instant case, the right of the deceased, deriving from human dignity, to protect his remains from interferences contrary to morality and custom, and the right of the close relatives to respect for the deceased and the inviolability of his corpse”. ECHR - Jäggi v. Switzerland - § 19

³⁰⁸ Tradução livre: “the applicant has not established that he has suffered sufficiently serious damage to his psychological well-being, as protected by the right to personal freedom, to justify the evidentiary measure requested”. ECHR - Jäggi v. Switzerland - § 19

³⁰⁹ Tradução livre: “the right to know one’s ascendants falls within the scope of the concept of “private life”, which encompasses important aspects of one’s personal identity, such as the identity of one’s parentes”. ECHR - Jäggi v. Switzerland - § 25

hereditários, o que estabelece uma ligação direta entre a determinação da paternidade e a vida privada do requerente.³¹⁰

O requerente sustentou que o progresso científico permite agora a elaboração de prova positiva através do exame de DNA, o que não era possível na época do julgamento de 1948, pois os exames de sangue apenas permitiam a exclusão da paternidade. Já o Estado, em sua defesa, alegou que questionar uma decisão judicial transitada em julgado em 1948 contrariaria a segurança jurídica e prejudicaria a confiança depositada nos tribunais pelo público.³¹¹

Ao realizar a ponderação, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem iniciou reconhecendo que havia, de um lado, o direito do requeute ao conhecimento de sua ascendência e, de outro, o direito de terceiros à inviolabilidade do corpo do falecido, o direito ao respeito pelos mortos e o interesse público em preservar a segurança jurídica.³¹²

Quanto à idade do requerente, então com 67 anos, ao contrário da conclusão da corte local, o Tribunal entendeu que “o interesse de um indivíduo em descobrir sua linhagem não desaparece com a idade, muito pelo contrário”.³¹³ Também ressaltou que o requerente sempre buscou a identidade de seu pai, tentando obter informações conclusivas ao longo de sua vida, o que denotava um interesse genuíno. Ao longo dessas tentativas, o Tribunal entendeu que o requerente passou por sofrimento mental e psicológico, mesmo que não comprovado clinicamente.³¹⁴

Também, o Tribunal ressaltou o fato de que o arrendamento do túmulo do falecido foi renovado em 1997 graças à conduta exclusiva do requerente; do contrário, o corpo do falecido já teria sido exumado. Quanto à oposição dos familiares, o Tribunal destacou que a família não apresentou nenhum fundamento filosófico ou religioso para se opor à retirada de uma amostra de DNA, o que o Tribunal qualificou como medida relativamente pouco intrusiva.³¹⁵

Por fim, o Tribunal concluiu que, diante das circunstâncias do caso e da primazia do interesse do requerente, as autoridades suíças não lhe asseguraram o respeito ao direito à vida privada, de modo que violaram o artigo 8º da convenção. Assim, o Estado foi condenado a pagar quatro mil, duzentos e noventa e nove euros, por custas e despesas.

O caso analisado é ilustrativo da variedade de direitos e bens coletivos com que o direito ao conhecimento da origem genética pode colidir. A corte nacional havia realizado a

³¹⁰ ECHR - Jäggi v. Switzerland - § 26

³¹¹ ECHR - Jäggi v. Switzerland - § 30

³¹² ECHR - Jäggi v. Switzerland - § 39

³¹³ Tradução livre: “an individual’s interest in discovering his parentage does not disappear with age, quite the reverse”. ECHR - Jäggi v. Suíça - § 40

³¹⁴ ECHR - Jäggi v. Switzerland - § 40

³¹⁵ ECHR - Jäggi v. Switzerland - § 41

ponderação e chegada à conclusão contrária, restringindo o direito ao conhecimento da origem genética e não permitindo a realização do exame de DNA. A análise da corte nacional se centrou na idade avançada do indivíduo que buscava sua origem genética, bem como na ausência de comprovação médica de danos psicológicos pela incerteza quanto sua ascendência. Esse último fator é relevante, na medida em que se pode questionar se a ocorrência de um dano é um elemento necessário para a tutela do direito ao conhecimento da origem genética.

Como observado no primeiro capítulo, é possível sustentar a proteção ao direito de reconhecer a origem genética ainda que ausente qualquer dano, conforme a perspectiva ética da qual se parta. Uma perspectiva ética mais próxima do utilitarismo exigirá a presença do dano, ao passo que uma perspectiva mais próxima da ética kantiana se preocupará em assegurar a autonomia do indivíduo.

O TEDH, por sua vez, entendeu que a idade avançada do requerente não diminuía a importância da informação da origem genética para o indivíduo; pelo contrário, a aumentava, e ainda fez alusão à busca empreendida por Jäggi durante toda a sua vida. Foi com base nessa busca que o Tribunal entendeu que se podia presumir o sofrimento do recorrente, ainda que sem qualquer comprovação médica. A conclusão final foi pela precedência do direito ao conhecimento da origem biológica do requerente.

De se notar que é comum a colisão entre o direito ao conhecimento da origem genética e a segurança jurídica, considerando que o primeiro está associado ao progresso tecnológico. Quando o processo originário transitou em julgado, em 1948, apenas existiam exames capazes de excluir uma eventual paternidade, mas não de estabelecer uma prova positiva. Isso cria a possibilidade de relativização da coisa julgada, uma vez que o princípio da segurança jurídica, como qualquer princípio, não é absoluto³¹⁶. O Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, já se posicionou sobre a matéria:

[...]

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à

³¹⁶ ALEXY, Robert – *Conceito e validade do direito* / Robert Alexy ; Organização Ernesto Garzón Valdés [et al]. ; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF)

igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.³¹⁷

Embora de relevante valor para o Estado de Direito, não constitui a segurança jurídica princípio absoluto. Daí a admissão, em alguns casos, de relativização da coisa julgada. No RE 363.889/DF, o direito ao conhecimento da origem genética serviu de fundamento para a relativização da coisa julgada. O avanço da tecnologia e dos meios de prova passou a desafiar, de certa forma, o princípio da segurança jurídica. Quanto à ponderação do princípio da segurança jurídica com princípios colidentes, ALEXY tratou do assunto ao desenvolver seu conceito não-positivista de direito, entendendo que

ao avaliar a questão da aceitabilidade desse dano mínimo à segurança jurídica, há que se considerar que esta última, embora seja de um valor muito alto, não é o único. O valor da segurança jurídica deve ser sopesado com o da justiça material. A fórmula de Radbruch diz respeito a uma ponderação que, em princípio, dá prevalência à segurança jurídica, invertendo a hierarquia somente em casos extremos. Contra isso só pode objetar aquele que considera a segurança jurídica como um princípio absoluto, o que, como qualquer persecução de um princípio absoluto, contém certa dose de fanatismo.³¹⁸

7.3 ODIÈVRE V FRANÇA

Trata-se do requerimento nº 42326/98 contra a República da França, perante o Tribunal Europeu de Direitos do Homem³¹⁹, movido por uma mulher nascida em março de 1965, que alega que o Estado francês violou seu direito à vida privada ao manter seu nascimento secreto e a impedir de buscar suas origens.³²⁰ Após o nascimento da requerente, em Paris, sua mãe a deixou no Departamento de Saúde e Seguridade Social, requerendo que o nascimento fosse mantido em segredo, como se observa em sua carta:

Eu abandono minha filha Berthe Pascale. Eu certifico que fui informada de que, após um mês, o abandono da minha filha se tornará irreversível e de que as autoridades possuem o direito de encaminhá-la à adoção. Eu recuso a assistência que

³¹⁷ BRASIL. Recurso Extraordinário 363.889/DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília. 02 jun. 2011. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em: 04 out. 2020.

³¹⁸ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito* / Robert Alexy ; organização Ernesto Garzón Valdés... [et al.]; Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF). P. 64

³¹⁹ European Court of Human Rights (ECHR). Application no. 42326/98. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60935>. Acesso em: 05 out. 2020.

³²⁰ ECHR – Odièvre v. France - § 3

me foi oferecida. Eu solicito que esse nascimento seja mantido em segredo. Certifico que recebi o formulário com informações sobre o abandono.³²¹

A criança foi deixada no Serviço de Bem-Estar à Criança, no Departamento de Saúde e Seguridade Social, tendo sido adotada em 1969 pela família Odièvre³²². Em dezembro de 1990, a requerente consultou seus arquivos no Serviço de Bem-Estar à Criança e obteve informações não identificáveis sobre sua família biológica, o que incluía os motivos do abandono, a descrição física de seus pais biológicos, o número de irmãos etc. O pedido de acesso ao nome de seus pais e de seus irmãos foi negado administrativamente, sob o fundamento de que haveria uma quebra de confiança, e na via judicial não foi concedido à requerente o acesso pleiteado, sob o fundamento de uma lei de 1993³²³. Portanto, perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a requerente alega que a França impediu que seu direito à vida privada, protegido pelo art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, fosse respeitado, na medida em que garantiu o anonimato de sua mãe biológica.

O Tribunal inicia destacando que a prática de dar à luz anonimamente é uma tradição antiga na França, que permite o abandono de bebês de acordo com um certo procedimento³²⁴. A prática remontaria a um sistema desenvolvido por São Vicente de Paulo, em 1638, que permitia que a mãe entregasse a criança anonimamente à “casa de jovens abandonados”. O objetivo almejado era a prevenção do infanticídio e do aborto. A prática se consolidou, e com a Revolução Francesa foi introduzida também a garantia de cuidados médicos às gestantes que pretendiam abandonar seus filhos anonimamente, a partir de 1793.

Em 1904, uma lei criou o chamado “sistema de escritório aberto”, que ficava aberto durante o dia e a noite, permitindo que a mãe fosse a qualquer momento lá deixar seu filho, sem expor sua identidade. Lá, a mãe da criança recebia informações sobre as consequências do abandono, e lhe era oferecida assistência. Inúmeras leis que foram modernizando a prática do nascimento anônimo, até que a Lei nº 93/22, de 8 de janeiro de 1993, determinou que “ao dar à luz, a mãe pode solicitar que sua internação no hospital e sua identidade permaneçam secretas”³²⁵.

³²¹ Tradução livre: “I abandon my child Berthe Pascale. I certify that I have been informed that after one month the abandonment of my child will become irreversible and that the authorities reserve the right to have her adopted. I decline the assistance that has been offered to me. I request that this birth be kept secret. I certify that I have received the form setting out information on abandonment”. ECHR - Odièvre v. France - § 10

³²² ECHR - Odièvre v. France - § 11

³²³ ECHR - Odièvre v. France - § 14

³²⁴ ECHR - Odièvre v. France - § 15

³²⁵ Tradução livre: “On giving birth, the mother may request that her admission to hospital and identity shall remain secret”. ECHR - Odièvre v. France - § 15º

A lei 2002-93 de janeiro de 2002, por sua vez, estabeleceu um Conselho Nacional, sob o auspício do Ministério dos Assuntos Sociais, que seria responsável por facilitar o acesso a informações sobre a origem pessoal. Assim, a partir do momento em que uma criança atingisse a maioridade, ou tivesse a concordância dos responsáveis, poderia solicitar ao Conselho as informações. Contudo, a identidade da mãe biológica só seria fornecida pelo Conselho se houvesse a renúncia do anonimato pela mãe, como por exemplo, através de uma declaração escrita que expressamente renunciasse ao anonimato³²⁶. Desse modo, o acesso à identidade da mãe estaria condicionado a um consentimento prévio.

A requerente alegou que foi impedida de obter informação sobre sua origem biológica, o que a teria impedido de descobrir sua história pessoal. Sustentou que o direito de dar à luz de forma anônima não seria um direito, mas uma admissão de falha³²⁷, e que o argumento de que esse direito seria necessário para a prevenção ao infanticídio pertenceria ao passado, bem como não seria convincente, na medida em que a maioria dos países protege a saúde da mãe e a criança sem recorrer a uma medida que impede a criança para sempre de ter acesso às suas origens.³²⁸

O Estado Francês, por sua vez, defendeu que o direito da mãe ao anonimato era protegido por lei, e que o seu objetivo era aliviar a angústia de mães que não tinham condições de criar seus filhos³²⁹, estimulando-as a dar à luz em condições favoráveis, sem riscos para elas e suas crianças. Também, destacou que o direito de uma pessoa a ter acesso a informações sobre sua identidade iria de encontro à liberdade de todas as mulheres que desejavam declinar do seu papel de mãe, ou de assumir responsabilidades pela criança.³³⁰

Outro ponto importante da defesa do Estado foi a alegação de que mesmo antes da lei que criou o Conselho Nacional, a França já buscava conciliar os interesses divergentes ao fornecer serviços psicológicos e sociais que encorajassem as mães a criarem seus filhos, por um lado, e permitindo o acesso das crianças a determinadas informações, por outro. Essas informações consistiriam nas informações não identificáveis sobre os pais biológicos e outros parentes, de modo a possibilitar a reconstrução de sua historicidade pessoal³³¹. Outra atitude no sentido de tentar conciliar os interesses colidentes seria a de permitir à mãe que renunciasse ao anonimato. O Estado entendeu, portanto, que havia alcançado um equilíbrio entre os distintos interesses.

³²⁶ ECHR - Odièvre v. France - § 17

³²⁷ ECHR - Odièvre v. France - § 31

³²⁸ ECHR - Odièvre v. France - § 31

³²⁹ ECHR - Odièvre v. France - § 36

³³⁰ ECHR - Odièvre v. France - § 37

³³¹ ECHR - Odièvre v. France - § 38

O Tribunal ressaltou que os Estados membros possuem uma certa margem de apreciação ao buscar o justo equilíbrio entre os interesses em jogo³³² e reforçou sua jurisprudência no sentido de que “as pessoas tem um interesse vital, protegido pela Convenção, em receber a informação necessária para conhecer e compreender sua infância e seu desenvolvimento inicial”³³³, e esse direito seria derivado de uma interpretação ampla do âmbito de vida privada.³³⁴

Por outro lado, o Tribunal reconheceu a legitimidade do direito ao anonimato das mulheres, uma vez que esse tinha relação com o seu interesse de dar à luz em condições médicas adequadas, protegendo, portanto, sua saúde³³⁵. Além dos interesses conflitantes em jogo, o Tribunal entendeu que haveria um interesse geral, consistente no direito à saúde da mãe e da criança, que o legislador francês buscou tutelar. A prática do parto anônimo, como se viu, buscava evitar o aborto ilegal e o infanticídio. O direito à vida, por sua vez, também é protegido pela convenção.³³⁶

No caso concreto, foi ressaltada a circunstância de que a mãe da requerente jamais foi visitar o bebê na clínica, bem como demonstrou indiferença com a separação. Além disso, em momento algum expressou o desejo de conhecer sua filha biológica. A requerente, por seu turno, conseguiu ter acesso a informações não identificáveis sobre sua família biológica, o que lhe permitiu ter algum conhecimento de sua origem, ao mesmo tempo em que se protegiam interesses de terceiros.³³⁷

O Tribunal entendeu que o sistema francês havia progredido na questão do sigilo, passando a permitir a renúncia ao sigilo e criando um Conselho Nacional de Acesso a Informações sobre a Origem Pessoal. Com essas alternativas à disposição, seria possível à requerente conseguir a revelação da identidade de sua mãe, desde que com o consentimento desta. Portanto, se concluiu que, ainda que seja difícil, não se pode excluir que a requerente venha a ter sucesso no conhecimento da identidade de sua mãe biológica através do sistema francês.³³⁸ Assim, o Tribunal entendeu que a legislação francesa buscava encontrar um justo equilíbrio entre os diferentes interesses, de modo que o Estado não teria ultrapassado sua margem de decisão e conseqüentemente não haveria violação ao art. 8º da Convenção.

³³² ECHR - *Odièvre v. France* - § 40

³³³ ECHR - *Odièvre v. France* - § 42

³³⁴ ECHR - *Odièvre v. France* - § 44

³³⁵ ECHR - *Odièvre v. France* - § 44

³³⁶ ECHR - *Odièvre v. France* - § 45

³³⁷ ECHR - *Odièvre v. France* - § 48

³³⁸ ECHR - *Odièvre v. France* - § 49

Assim, por dez votos a sete, o Tribunal entendeu que o Estado não violou o art. 8º. A votação acirrada ilustra a complexidade e a polêmica do caso decidido, uma vez que envolvia questões sobre autonomia, direitos da personalidade e saúde pública. Os juízes dissidentes sustentaram que a legislação francesa não conseguiu estabelecer um equilíbrio justo entre os interesses em causa, e que nenhum outro sistema normativo europeu atribuía tanto peso a favor do anonimato materno como o francês, ao passo que vários países reconheciam expressamente o direito ao conhecimento da origem genética, como Alemanha, Suíça e Holanda.³³⁹

Os juízes dissidentes ainda consideraram que o sistema francês teria aceitado a decisão da mãe como uma defesa absoluta contra qualquer pedido de informação do filho biológico, que ficaria à mercê da decisão unilateral de sua mãe.³⁴⁰ Também, questionaram a ausência de dados empíricos que demonstrassem um aumento no número de infanticídios e abortos nos demais países que não aceitam o nascimento anônimo.³⁴¹

Na presente decisão se visualizou um exemplo das situações em que o direito ao conhecimento das origens genéticas pode colidir não só com direitos individuais de terceiros, mas também com bens coletivos, como a saúde pública. Assim, para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos concluir que o Estado francês não havia ultrapassado sua margem de apreciação na configuração dos direitos, por entender que havia um “justo equilíbrio” entre o direito ao conhecimento da origem genética e os direitos e bens coletivos concorrentes (notadamente, a autonomia e privacidade da mãe, e a saúde pública), foi necessária uma ponderação levando em conta as circunstâncias do caso.

Dentre as circunstâncias do caso, destaca-se o papel desempenhado pela tradição francesa de nascimento anônimo. A requerente, em sua argumentação, buscou demonstrar a incompatibilidade da referida tradição com os tempos atuais, nos quais as mulheres teriam mais serviços à sua disposição e não estariam desamparadas como no momento em que a prática se iniciou. Trata-se de uma proposta de gênese crítica, através da qual a requerente buscou demonstrar que uma norma que era razoável em seu início, deixou de ser com a mudança das circunstâncias. Nesse caso, ao propor uma gênese crítica, se busca demonstrar

³³⁹ ECHR - *Ödievre v. France* - Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens and Pellonpää. § 14

³⁴⁰ ECHR - *Ödievre v. France* - Joint Dissenting Opinion Of Judges Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens And Pellonpää. § 7

³⁴¹ ECHR – *Ödievre v. France* - Joint Dissenting Opinion Of Judges Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens And Pellonpää. § 9

que “esta norma não estaria vigente se se tivesse deliberado de novo com cada mudança de circunstâncias”.³⁴²

Não foi, no entanto, acolhida a proposta de gênese crítica da requerente, sendo conferida ênfase, na decisão, ao elemento da tradição. Ao contrário de um pensamento recorrente, que atribui um atributo de irracionalidade à tradição, há que se reconhecer que “a conservação é um ato da razão, ainda que caracterizado pelo fato de não atrair a atenção sobre si”³⁴³, e o fundamento de validade dos costumes repousa justamente na tradição.³⁴⁴

Outro ponto que merece atenção consiste nas diferentes espécies de informações tuteladas pelo direito ao conhecimento da origem genética. No presente caso, o Estado Francês disponibilizou à requerente informações não identificáveis, que consistiam em informações relativas à descrição física e intelectual dos pais biológicos, aos motivos de seu abandono etc. O Tribunal entendeu que o fornecimento dessas informações era suficiente para tutelar o direito ao conhecimento da origem da requerente de forma proporcional.

O direito de uma pessoa ao conhecimento da identidade de sua mãe genética foi, portanto, obstaculizado pelos direitos individuais de terceiros e por um bem coletivo que se mostrava relevante. O direito ao conhecimento da origem genética, no entanto, não foi completamente suprimido, mas realizado de forma gradual: ele alcançou apenas as informações não identificáveis. Destaca-se, aqui, outro ponto característico do direito fundamental: enquanto princípio, pode ser realizado em diversos graus.³⁴⁵

³⁴² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica* / Robert Alexy – 4. ed. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Fora de série). p. 151

³⁴³ Gadamer, Hans-Georg. *Verdade e método* / Hans-Georg Gadamer ; tradução de Flávio Paulo Meurer. - Petrópolis, RJ : Vozes, 1997. p. 421

³⁴⁴ *Ibidem*. p. 422-423

³⁴⁵ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito* / Robert Alexy ; organização Ernesto Garzón Valdés... [et al.]; Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF). p. 85

8 O FUTURO DO ANONIMATO

Na medida em que o direito ao conhecimento da origem genética é classificado por nossas cortes superiores como um direito da personalidade, ao encarar o cenário internacional e as constantes disputas judiciais acerca do mencionado direito, é possível vislumbrar os problemas jurídicos que em breve se apresentarão em decorrência da opção brasileira de garantir o anonimato do doador de gametas.

Tratando-se de uma potencial colisão de direitos da personalidade, é necessário que o intérprete identifique quais são os instrumentos normativos disponibilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro para a solução do problema.

Ainda, na medida em que não há nenhuma lei brasileira disciplinando a matéria, é possível que no futuro o legislador opte por uma nova política de doação de gametas. Caso opte pela extinção da doação anônima de gametas, remanescerá a questão de como lidar com os conflitos surgidos antes de sua extinção.

8.1 A COLISÃO DE DIREITOS

Os casos até aqui analisados demonstraram o caráter principiológico do direito ao conhecimento da origem genética e como os conflitos entre direitos fundamentais devem ser solucionados através da ponderação e do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. A atual regulação de doação de gametas torna previsível que o aplicador do direito brasileiro se depare com pretensões semelhantes àquela analisada na decisão do Tribunal Regional Superior de Hamm, em que a autora exigia do centro de fertilização a quebra do anonimato do doador. Dessa forma, se faz necessário atentar para alguns elementos que devem ser levados em consideração pelo intérprete quando diante do caso concreto.

Nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o direito ao conhecimento da origem genética foi associado ao art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos através de uma interpretação ampla do conceito de vida privada. Embora não se possa vincular expressamente determinados direitos de personalidade à esfera da privacidade³⁴⁶, é possível relacionar alguns elementos ao princípio da exclusividade, pertencente à esfera privada. Esses elementos seriam aqueles que tenham ligação com o que toca o indivíduo em sua

³⁴⁶ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 128

singularidade³⁴⁷, o tornam único. A associação do direito ao conhecimento da origem genética ao direito à vida privada e à proteção do art. 21 é, portanto, discursivamente possível.

Também é possível reconhecer o direito ao conhecimento da origem genética, como na fundamentação da decisão do Tribunal Regional Superior de Hamm, com base no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na medida em que “a compreensão e o desenvolvimento da própria individualidade estão, portanto, intimamente ligados ao conhecimento dos fatores que a constituem”.³⁴⁸ Aqui, o bem que o direito de liberdade protege é uma situação do titular do direito fundamental, consistente na “existência de condições nas quais a pessoa pode desenvolver e conservar sua individualidade”³⁴⁹. Nessa linha já se manifestou o STJ, no sentido de que “O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal”.³⁵⁰

Contudo, é importante resistir à tentação que existe em uma fundamentação direta e exclusiva no princípio da dignidade humana, na medida em que “o princípio da dignidade humana é tão indeterminado quanto o conceito de dignidade humana”³⁵¹³⁵². Daí a importância de adoção de uma teoria das esferas e de uma concepção formal-material do direito geral de liberdade. Assim, ao lado dos princípios materiais relacionados às circunstâncias de conteúdo das quais depende a satisfação da garantia da dignidade humana, deve ser observado o princípio formal da liberdade negativa.³⁵³

Menos problemática é a associação da garantia de sigilo do doador de gametas à esfera privada, na medida em que a distinção entre a esfera pública e a privada corresponde à “distinção entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado”.³⁵⁴ Na medida em que o doador de gametas tenha praticado um ato sob a garantia de anonimato, se pode presumir uma intervenção em sua privacidade no caso de sua identidade ser informada ao indivíduo gerado,

³⁴⁷ ARENDT, Hannah. Reflections on little rock. Dissent, New York, 6 (1), inverno 1959. P. 53

³⁴⁸ Tradução livre: “Das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität sind daher mit der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren eng verbunden”. Oberlandesgericht Hamm, I-14 U 7/12. Disponível em: http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/I_14_U_7_12_Urteil_20130206.html § 60. Acesso em: 10, nov. 2020.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 320.

³⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 807.849* – RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília: 24 mar. 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600032847&dt_publicacao=06/08/2010. Acesso em: 27 set. 2020.

³⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 311

³⁵² Tradução livre: “El principio de la dignidad humana es tan indeterminado como el concepto de dignidade humana”. Ibidem. p. 315.

³⁵³ Ibidem. p. 315.

³⁵⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana* / Hannah Arendt; tradução: Roberto Raposo, revisão técnica: Adriano Correia. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 88

ou então, caso essa informação chegue ao seu meio privado.³⁵⁵ Intervenção, todavia, que não se confunde com violação, desde que a intervenção obedeça à máxima da proporcionalidade.

Assim, diante de eventual pretensão de revelação da identidade do doador de gametas por pessoa gerada a partir de técnica de reprodução humana assistida, o intérprete deverá levar em consideração, além do direito ao conhecimento da origem genética do autor, tanto o direito de liberdade negativa do centro, clínica ou serviço contra o qual tenha o autor proposto a ação, quanto o direito de proteção à privacidade do doador de gametas.

Na medida em que se adota uma teoria externa das restrições aos direitos fundamentais para a leitura do art. 187 como complemento à leitura do art. 21 do Código Civil, os conceitos indeterminados de fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes funcionam como “variáveis através das quais, pelo discurso proposto, ingressa no exame jurídico o conteúdo material que fará testada a razão prática”³⁵⁶, permitindo a constituição de uma situação de ilicitude pelo exercício excessivo de um direito, determinando-se um fazer ou não-fazer específico, diante da necessidade de compatibilizar-se liberdades colidentes³⁵⁷, independente de culpa ou dano. Os conceitos do art. 187 do CC não desempenham o papel de limitadores concretos a um direito, mas são entendidos como “conceitos que orientam a conduta universal exigida ao indivíduo na construção de uma razão prática, porque capazes de conectar a realidade do caso particular à ideia regulativa pressuposta (universal)”³⁵⁸.

Como se notou, o direito ao conhecimento da origem genética possui uma natureza principiológica, exigindo um cumprimento tão alto quanto possível na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, podendo ser restringido por direitos de terceiros ou bens coletivos, após a realização de uma ponderação. A ponderação, por sua vez, deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, e este se decompõe em seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação exige que a medida a ser tomada, que intervém no direito à privacidade do doador de gametas, seja adequado para a promoção³⁵⁹ do direito ao conhecimento da origem genética, proibindo a adoção de medidas inadequadas. O subprincípio da necessidade exige que de dois meios que promovam o direito ao

³⁵⁵ Vide capítulo 2, item 2.3.

³⁵⁶ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 234

³⁵⁷ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *A obrigação pelo discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. p. 82

³⁵⁸ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Direitos de personalidade e responsabilidade na perspectiva da ética do discurso. RJLB, ano 3 (2017), nº 4. p. 1150

³⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Robert Alexy. 2012. p. 94.

conhecimento, se escolha aquele que menos intensamente intervém³⁶⁰ no direito colidente. Por fim, a ponderação em sentido estrito refere-se às possibilidades jurídicas, identificando-se com a lei da ponderação, segundo a qual “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”³⁶¹.

Os elementos do art. 187, por sua vez, orientam a ponderação. O conceito de boa fé se liga à ideia de confiança³⁶², e a especificação de seu conteúdo é sempre relacional aos demais dados do contexto.³⁶³ Segundo CACHAPUZ, “pela ideia de boa-fé pode-se analisar a extensão da auto-exposição promovida pelo indivíduo e medir como quer a pessoa aparecer no espaço público, tornar-se vista”.³⁶⁴ Deve o intérprete, assim, analisar a relação de confiança estabelecida no caso concreto para identificar o grau de auto-exposição do indivíduo. Como exemplo, se pode sustentar que um indivíduo que realizou uma doação sob a garantia do anonimato possui, *prima facie*, uma extensão de auto-exposição baixa.

Quanto ao conceito de bons costumes, relacionado ao que se tornou perpetuado pela experiência³⁶⁵, entra o elemento da tradição, do que se consolidou. Como exemplo, pode-se trazer a decisão *Òdievre V. França*, onde se observou que a tradição secular de nascimentos anônimos orientou em grande parte o sentido da ponderação.

O fim econômico ou social, por sua vez, relaciona-se com as “características especiais e determinadas pelo caso concreto trazido à apreciação do intérprete”.³⁶⁶ Aqui adentrariam as particularidades que o caso concreto apresenta. Como exemplo, na decisão do caso *Jäggi v. Suíça*, a idade avançada do autor desempenhou papel relevante na ponderação.

Evidentemente, para que seja constituída uma obrigação de fazer relativamente ao centro, clínica ou serviço que tenham realizado o procedimento de reprodução humana assistida, o direito ao conhecimento da origem genética deve preceder não só ao seu direito de liberdade profissional em conjunto com o direito à privacidade do doador anônimo de gametas, como também em relação a princípios formais.

³⁶⁰ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 110.

³⁶¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 111

³⁶² CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 240

³⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. São Paulo, Marcial Pons, 2015. p. 41

³⁶⁴ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 241

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 242

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 244

Na medida em que a norma que determina a doação anônima de gametas não foi estabelecida por lei, não goza da força atribuída ao princípio democrático, segundo o qual o legislador democraticamente legitimado deve ser, na maior medida possível, quem toma as decisões importantes para a comunidade.³⁶⁷ Daí a importância de uma lei em sentido formal e material que garanta o anonimato do doador de gametas, caso o Brasil continue com a política atual de anonimato.

Uma lei que estabelecesse o anonimato dos doadores de gametas faria com que o direito ao conhecimento da origem genética devesse preceder não só aos princípios materiais anteriormente mencionados, mas também ao princípio formal que fundamenta a regra³⁶⁸ que determina o anonimato. Inexistindo tal regra, muitos doadores podem ser levados a acreditar que seu anonimato é protegido por lei, e assim optarem pela doação. Entretanto, ressalte-se que, na decisão do Tribunal Regional Superior de Hamm, a existência de diretrizes médicas vedando o anonimato ao tempo da realização do procedimento foi um dos fatores levados em consideração na ponderação.

De qualquer forma, na ponderação a ser realizada, o aplicador do direito deverá verificar a extensão da ameaça à confiança depositada pelo doador de gametas, através da análise de seu impulso de auto-exposição e da extensão de seu querer aparecer, referentes ao elemento da boa-fé.³⁶⁹ Também, deverá levar em consideração os dados empíricos da tradição, relacionados ao conceito de bons costumes, bem como as características especiais apresentadas no caso concreto, relativas ao conceito de fim econômico ou social.³⁷⁰

A relação de precedência condicionada, no entanto, só será formulada após a ponderação, consistindo em uma razão definitiva para o caso concreto. Não é possível, em abstrato, antecipar qual será o direito precedente. É diante do caso concreto que o intérprete, orientado pelas razões propostas pela normatividade do Código Civil, permitirá o ingresso da experiência através da argumentação jurídica.

8.2 UMA NOVA POLÍTICA?

O Brasil, como observado, adota uma política de doação anônima de gametas, dificultando a realização do direito ao conhecimento da origem genética dos indivíduos

³⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012. p. 550.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 81.

³⁶⁹ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 244.

³⁷⁰ *Ibidem*.

gerados por meio de técnicas de inseminação artificial. Não existindo lei regulamentando a matéria, no entanto, é pertinente a discussão sobre a elaboração de uma lei que permita uma tutela eficiente aos direitos de todos os envolvidos. O atual regramento proposto através da Resolução do CFM nº 2.168/2017 se concentra nos interesses dos pais e dos doadores, restringindo um direito da personalidade do indivíduo gerado por meio de técnicas de reprodução humana assistida.

A doação de gametas é historicamente envolta em segredo, e as razões passam pelo estigma de infertilidade associado ao procedimento, por problemas legais, associações do ato ao adultério, bem como pela condenação da prática por líderes religiosos como contrária ao direito natural.³⁷¹ É possível, pois, realizar uma gênese crítica, uma vez que “toda norma presente em um discurso deve estar apta a passar por uma comprovação tanto de sua gênese social como individual”.³⁷²

Essa política de segredo, segundo DANIELS, remonta a uma visão negativa da prática da inseminação artificial pela sociedade do final da década de 1890 e início do século XX.³⁷³ Deve ser questionado, portanto, se as circunstâncias que justificaram a adoção de uma política de anonimato permanecem em nossa sociedade atual. ALEXY apresenta como um dos casos de gênese crítica aquele que se dá “quando uma norma perfeitamente razoável em relação ao princípio tenha perdido seu sentido quando se mudam as circunstâncias reais”.³⁷⁴

MCWHINNIE, por sua vez, identifica um movimento de maior abertura sobre as origens, e atribui isso a uma crescente percepção de que os direitos e necessidades dos filhos de doadores têm de ser reconhecidos, e não negados e ignorados.³⁷⁵ Nessa linha, seguindo o exemplo da Suécia, que em 1985 permitiu a abertura da identidade dos doadores de gametas, diversos países passaram a abolir a doação anônima, como a Holanda, Reino Unido, Áustria,

³⁷¹ ALLAN, Sonia. Donor identification. Victorian legislation gives rights to all donor-conceived people. Sonia Allan. *Family Matters*, 2016, Nº 98. P. 43-44.

³⁷² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica* / Robert Alexy – 4. ed. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Fora de série). p. 152.

³⁷³ DANIELS, Ken. Donor gametes: anonymous or identified? / Ken Daniels – *Best practice & research clinical obstetrics and gynaecology*. Vol. 21, Nº I, pp. 113-128, 2007. p. 115.

³⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica* / Robert Alexy – 4. ed. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Fora de série). p. 151.

³⁷⁵ MCWHINNIE, A. Gamete donation and anonymity. Should offspring from donated gametes continue to be denied knowledge of their origins and antecedents? – *Human reproduction*. Vol 16, Nº 5, pp. 807-817, 2001. p. 815.

Finlândia, Noruega, Suíça e alguns estados da Austrália, como o estado de Vitória e a Austrália Ocidental.³⁷⁶

Em 2016, o estado australiano de Vitória passou a permitir que todos os indivíduos concebidos por doação de gametas tivessem a oportunidade de receber informações identificáveis sobre o seu doador. Aqui há um exemplo de legislação que, apesar de não mais se submeter acriticamente à cultura do segredo, levou também em consideração a tutela à privacidade dos doadores anônimos. Com a nova lei que entrou em vigor em 2017, os indivíduos nascidos como resultado de doação anônima de gametas ocorrida antes de 01 de janeiro de 1998 possuem o direito de solicitar informações identificáveis sobre o doador.

Ocorre que a lei conferiu aos doadores a faculdade de estabelecer uma “preferência de contato”, consistindo numa declaração escrita encaminhada a uma autoridade estatal, pela qual o doador manifestará a forma pela qual deseja ser contactado pelo requerente, ou seu desejo de não ter nenhum contato.³⁷⁷ Trata-se de uma medida que busca fornecer as condições para uma maior realização do direito ao conhecimento da origem genética, sem, no entanto, descuidar da proteção à esfera privada do doador. Além de recusar o contato, o doador também poderá estabelecer que o contato só se realize através de cartas ou e-mail, por exemplo.

A informação identificável só será oferecida ao indivíduo concebido pela técnica de reprodução assistida, portanto, com a condição de que concorde com a preferência de contato, sendo estabelecida uma penalidade pecuniária em caso de descumprimento.³⁷⁸ O exemplo legislativo demonstra como existem diferentes soluções possíveis para esse problema contemporâneo, que não se limitam a uma opção pela divulgação ampla e irrestrita da identidade dos doadores, nem a um cerceamento completo da possibilidade de que o indivíduo gerado tenha acesso a informações identificáveis sobre seu doador.

Assim como qualquer medida que busque eliminar a possibilidade de doação anônima, a legislação vitoriana não foi isenta de críticas. PENNINGGS entendeu que a medida iria tornar difícil recrutar novos doadores,³⁷⁹ bem como que a ideia subjacente à lei, de que o indivíduo gerado sofreria um “prejuízo” ao não ter acesso à sua origem biológica, seria fraca e careceria de maior comprovação científica.

³⁷⁶ BLAUWHOFF, Richard J. Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins. Has ‘to know or not to know’ ever been the legal question? P. 105

³⁷⁷ ALLAN, Sonia. *Donor identification*. Victorian legislation gives rights to all donor-conceived people. Sonia Allan. *Family Matters*, 2016, N° 98. P. 48

³⁷⁸ ALLAN, Sonia. *Donor identification*. Victorian legislation gives rights to all donor-conceived people. Sonia Allan. *Family Matters*, 2016, N° 98. p. 48

³⁷⁹ PENNINGGS, Guido. How to kill gamete donation: Retrospective legislation and donor anonymity. Guido Pennings. *Human Reproduction*, Vol.27, No.10 pp. 2881–2885, 2012. P. 2884

ALLAN ressalta que não houve qualquer queda no número de doadores de gametas no estado de Vitória.³⁸⁰ Isso corresponde também ao que foi observado em países como a Suécia e Nova Zelândia, onde outras mudanças legislativas desafiaram a cultura do segredo. Nesses países o que se percebeu foi uma mudança nos tipos de doadores, sendo observada uma predominância de doadores mais velhos e com filhos.³⁸¹

O argumento da ausência de comprovação do prejuízo ou sofrimento acarretado pela falta da informação genética, por sua vez, é dirigido contra as medidas destinadas a assegurar o direito ao conhecimento da origem genética em geral. É levantada, com isso, a questão de se é necessário o reconhecimento de um sofrimento para que se reconheça esse direito. Reduzir a discussão à comprovação de um sofrimento seria aceitar o “pressuposto utilitarista de que a moral consiste em pesar custos e benefícios”.³⁸²

RAVITSKY, partindo de uma ética kantiana, reconhece que os estudos sobre as necessidades, preferências e bem-estar dos indivíduos concebidos por doação são escassos; no entanto, ressalta que mesmo que muitas pessoas sofram pela falta de informação, enquanto outras possam levar suas vidas sem nenhum sofrimento, “todos são tratados erroneamente quando são privados da capacidade de acessar informações sobre sua origem genética”³⁸³. A argumentação de RAVITSKY, de fato, parte do pressuposto de que a moral significa algo mais do que o mero cálculo de custos e benefícios, “alguma coisa relativa à própria maneira como os seres humanos se tratam uns aos outros”.³⁸⁴

A perspectiva ética da qual se parte é fundamental para a discussão da política a ser adotada. Em contraste com uma ética utilitarista, a ética kantiana parte da ideia do ser humano como um fim em si mesmo, formulando o imperativo categórico que determina: “aja de modo a usar a humanidade, tanto na sua pessoa quanto na pessoa de outrem, a todo instante e ao mesmo tempo como um fim, mas jamais apenas como um meio”.³⁸⁵

³⁸⁰ ALLAN, Sonia. Donor identification ‘kills gamete donation’? A response. *Human reproduction*, vol. 27, n° 12. pp. 3380-3384, 2012. P. 3382

³⁸¹ DANIELS, Ken. Donor gametes: anonymous or identified? / Ken Daniels – *Best practice & research clinical obstetrics and gynaecology*. Vol. 21, N° I, pp. 113-128, 2007. P. 119

³⁸² SANDEL, Michael J. – *Justiça – O que é fazer a coisa certa*/Michael J. Sandel; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – 24ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. P. 47

³⁸³ RAVITSKY, Vardit. *Autonomous choice and the right to know one’s genetics origins* – Hastings center report 44, n° 2 (2012): 36-37. DOI: 10.1002/hast.286 P.36

³⁸⁴ SANDEL, Michael J. – *Justiça – O que é fazer a coisa certa* / Michael J. Sandel; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – 24ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.P. 47

³⁸⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* / Immanuel Kant; tradução Inês A. Lohbauer. – São Paulo: Martin Claret, 2018.

Embora a ideia de imperativo categórico formulada por KANT seja monológica, HABERMAS propõe uma interpretação intersubjetivista do imperativo categórico, que explicaria o seu significado fundamental.³⁸⁶ Segundo essa concepção, o

princípio de universalização não se esgota numa reflexão monológica segundo a qual determinadas máximas seriam aceitáveis como leis universais do meu ponto de vista. É só na qualidade de participantes de um diálogo abrangente e voltado para o consenso que somos chamados a exercer a virtude cognitiva da empatia em relação às nossas diferenças recíprocas na percepção de uma mesma situação. Devemos então procurar saber como cada um dos demais participantes procuraria, a partir do seu próprio ponto de vista, proceder à universalização de todos os interesses envolvidos.³⁸⁷

Daí a necessidade de se levar em consideração também os interesses do indivíduo a ser concebido quando da elaboração de uma regulação das técnicas de reprodução humana assistida, na medida em que será uma das pessoas afetadas pela norma. Segundo HABERMAS, “são válidas as normas de ação às quais todos os potenciais atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.³⁸⁸ Historicamente, no entanto, a política de doação anônima de gametas se focou no interesse dos adultos envolvidos no processo³⁸⁹, ignorando os interesses do indivíduo a ser gerado.

Ao invés dessa atitude instrumentalizadora, propõe-se a discussão a partir de uma perspectiva que considere os interesses da pessoa que será concebida. Ao invés de se pensar o indivíduo a ser concebido como um mero meio para a satisfação dos desejos dos pais e dos demais adultos envolvidos no procedimento, é possível adotar a perspectiva do “participante em primeira pessoa e considerar o outro como segunda pessoa, com a intenção de entender-se com ele em vez de trata-lo como objeto a partir da perspectiva de uma terceira pessoa e instrumentalizá-lo para seus próprios objetivos”.³⁹⁰

Não justifica a atitude de instrumentalização o fato de que a pessoa ainda não existe. Como afetado pela norma e pelo procedimento, seus interesses devem ser levados em consideração, ainda que de forma contrafactual. Devem ser evitadas, por consideração à

³⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. – *A ética da discussão e a questão da verdade* / Jürgen Habermas ; organização e introdução de Patrick Savidan ; tradução Marcelo Brandão Cipolla. – 2ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2007. – (Tópicos). p. 8

³⁸⁷ Ibidem. p. 10.

³⁸⁸ JÜRGEN, Habermas. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I. 2. ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa / Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012 – reimpressão. p. 142.

³⁸⁹ ALLAN, Sonia. Donor identification. Victorian legislation gives rights to all donor-conceived people. Sonia Allan. *Family Matters*, 2016, Nº 98. p. 44.

³⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana : a caminho de uma eugenia liberal?* / Jürgen Habermas ; tradução Karina Jannini ; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. – 2ª ed. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca do pensamento moderno). p. 74.

humanidade como um fim em si, aquelas situações nas quais “os pais tomaram a decisão, sem supor um consenso e somente em função de suas próprias preferências, como se dispusessem de uma coisa.”³⁹¹ A atitude comunicativa que considere o outro como uma segunda pessoa, ainda que virtual, com interesses e necessidades dignas de atenção é essencial para evitar que a sociedade se encontre “com uma geração de pessoas às quais fora negada a oportunidade de acesso a informações importantes sobre elas”.³⁹²

A lei vitoriana a que se fez menção constitui um exemplo de proposta de política que busca uma realização ótima do direito ao conhecimento da origem genética com o direito à privacidade do doador. Trata-se da demonstração de que é possível levar em consideração os interesses da pessoa concebida, sem desproteger a vida privada do doador. Nessa linha, existem também outras formas de se buscar a tutela do direito ao conhecimento da origem genética, como através instituição de registros voluntários, a exemplo do Reino Unido e da Nova Zelândia. Nesses registros, doadores e pessoas concebidas podem compartilhar informações de forma segura, com a finalidade de encontrar um ao outro³⁹³.

Dentre os projetos de lei que buscam assegurar o direito do indivíduo de conhecer sua identidade genética, destaca-se o PL 4686/2004 que acrescenta o artigo 1597-A ao Código Civil, que obriga os serviços que realizam a reprodução humana assistida a manter um registro permanente com a identidade do doador e expressamente assegura o acesso à identidade do doador de gametas, como se observa:

Art. 1597- A. As instituições de saúde, detentoras de licença de funcionamento concedidas na forma da lei, que realizarem Reprodução Assistida, e os profissionais responsáveis pela execução dos procedimentos médicos e laboratoriais pertinentes, estarão obrigadas a manter em arquivo sigiloso, e zelar pela sua manutenção, todas as informações relativas ao processo, às identidades do doador e da pessoa nascida por processo de inseminação artificial heteróloga, de que trata o inciso V, do artigo anterior.

§ 1º. À pessoa nascida pelo processo a que alude este artigo é assegurado o acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre e consciente, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive a identidade civil do doador e mãe biológica, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissionais e de justiça.³⁹⁴

³⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana* : a caminho de uma eugenia liberal? / Jürgen Habermas ; tradução Karina Jannini ; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. – 2ª ed. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca do pensamento moderno). P. 71

³⁹² FEAST, Julia. Donor-assisted conception: what can we learn from adoption? In: *Assisted human reproduction psychological and ethical dilemmas*. Edited by Dani Singer and Myra Hunter. Whurr publishers - London and Philadelphia, 2003. P. 87

³⁹³ DANIELS, Ken. Donor gametes: anonymous or identified? / Ken Daniels – *Best practice & research clinical obstetrics and gynaecology*. Vol. 21, Nº I, pp. 113-128, 2007. P. 120

³⁹⁴ BRASIL, *Projeto de Lei nº 4686/2004*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273816>. Acesso: 15, out. 2020

O PL 115/2015, por sua vez, institui o “Estatuto da Reprodução Assistida”. Embora seja garantido o sigilo do doador de gametas como regra geral, o direito ao conhecimento da origem biológica é expressamente reconhecido. O art. 19 do projeto de lei estabelece as situações em que, mediante autorização judicial, se permitirá a revelação da identidade do doador:

Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvo o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial.³⁹⁵

Com efeito, embora mantenha a política tradicional de sigilo em relação às técnicas de reprodução assistida, o projeto apresenta uma maior abertura ao direito ao conhecimento da origem genética se comparado ao atual regramento em vigor. Tem também a vantagem de reconhecer, além do aspecto médico, também o aspecto psicossocial do direito ao conhecimento da origem genética.

Entretanto, nenhum dos projetos determina como serão resolvidos os casos anteriores à vigência da nova lei. Também, não há a previsão de criação de registros voluntários que possibilitem o encontro dos indivíduos concebidos com os doadores de gametas. Dessa forma, caso uma futura lei passe a permitir a abertura da identidade de doadores de gametas, persistirá o problema das doações realizadas sob a vigência das normas anexas à Resolução do CFM nº 2.168/2017.

Optando pela manutenção ou não do anonimato de gametas, demonstra-se essencial a elaboração de uma lei que discipline a matéria. Além do aumento de segurança jurídica proporcionado pelo princípio formal de respeito ao legislador democraticamente legitimado, há a oportunidade de adoção de uma política de doação de gametas que leve em consideração os interesses e necessidades de todos os afetados pelas normas. No debate legislativo, constituiria um desperdício ignorar as experiências internacionais, bem como seria uma atitude temerária a de ignorar os inúmeros conflitos jurídicos originados por regulações que ignoraram o direito personalíssimo ao conhecimento da origem genética.

³⁹⁵ BRASIL. Projeto de Lei nº 115/2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em: 10 out. 2020.

CONCLUSÃO

A manutenção da atual regulação das técnicas de reprodução humana assistida dá origem a uma potencial colisão de direitos fundamentais, na medida em que garante o anonimato do doador de gametas sem considerar adequadamente o direito personalíssimo ao conhecimento da origem genética dos futuros indivíduos. A ponderação entre princípios, orientada pelo princípio da proporcionalidade, se demonstrou como possibilidade de solução racional do problema, levando em consideração as peculiaridades apresentadas pelo caso concreto.

Optando-se por uma concepção de primazia de direitos absolutos já fixada abstratamente, no entanto, o intérprete deixaria de levar em consideração as circunstâncias do caso e acabaria por reduzir o problema jurídico a uma interpretação em abstrato. Em todas as decisões analisadas nessa monografia se observou a presença de uma colisão do direito ao conhecimento da origem genética com um ou mais direitos individuais e bens coletivos. Destaca-se, portanto, para uma solução desse conflito que pretenda satisfazer a uma pretensão de correção, a importância de uma concepção discursiva do direito associada a uma distinção entre regras e princípios.

Foi reconhecido que o direito ao conhecimento da origem genética possui uma natureza principiológica, na medida em que exige a maior realização na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Ao contrário de uma teoria interna, que não diferencia entre o conteúdo do direito e sua restrição, enxergando no direito “limites imanentes”, adotou-se uma teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, permitindo a análise do direito ao conhecimento da origem genética como um “direito em si”, concebido de forma ideal, e o “direito restringido”, resultado da realização de uma ponderação, que estabelece uma relação de precedência condicionada (uma razão definitiva para o caso concreto).

Não se confundindo com o direito ao estado de filiação, o direito ao conhecimento da origem genética foi trabalhado como um direito da personalidade. Assim é reconhecido em decisões das Cortes Superiores, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana; contudo, é imperioso ressaltar que uma fundamentação exclusiva no princípio da dignidade da pessoa humana é perigosa, na medida em que o conceito de dignidade humana é extremamente amplo e vago, podendo servir de fundamento tanto para o direito ao conhecimento da origem biológica, quanto para os direitos que restringem esse conhecimento. Daí a importância da adoção de uma teoria formal-material do direito geral da personalidade, onde o princípio formal da liberdade negativa atuará em conjunto com princípios materiais.

A análise das decisões demonstrou como o direito ao conhecimento da origem genética entrou em colisão com direitos individuais de terceiros e bens coletivos. Nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Jäggi v. Suíça*, o direito ao conhecimento da origem genética do requerente colidiu com direitos individuais de terceiros, consistentes no direito dos familiares à inviolabilidade do corpo do falecido, no direito ao respeito pelos mortos e no interesse público em preservar a segurança jurídica. Na decisão de *Òdievre v. França*, por sua vez, a colisão foi entre o direito ao conhecimento da origem genética e a privacidade da mãe biológica, em concorrência com um bem coletivo, a saúde pública. Já na decisão do Tribunal Regional Superior de Hamm, tratou-se especificamente da colisão do direito ao conhecimento da origem biológica com a privacidade do doador de gametas.

Do que se depreende dos exemplos analisados, o direito ao conhecimento da origem genética colide com outros direitos e bens coletivos em variadas circunstâncias, que vão desde o abandono, passam pela adoção e chegam às técnicas de reprodução humana assistida. A ampla variedade de princípios contrários com os quais esse direito pode colidir demonstra como seria infrutífera uma visão que atribua uma primazia absoluta, em abstrato, ao direito ao conhecimento da origem genética ou aos princípios contrários. A adoção da distinção entre regras e princípios e de uma teoria externa de restrições aos direitos fundamentais possibilita ao intérprete uma solução racional da colisão normativa, sem precisar declarar uma das normas como inválida.

Tratando-se de direito da personalidade reconhecido em decisões de nossas Cortes Superiores, seria de se esperar que a regulação das técnicas de reprodução humana assistida o levasse em consideração; contudo, a atual política de doação anônima de gametas adotada no Brasil, através da Resolução CFM nº 2.168/2017, dá origem a uma potencial colisão de direitos, uma vez que, ao assegurar o anonimato do doador, acaba por restringir o direito ao conhecimento da origem genética. Diante do conflito jurídico, demonstrou-se que o Código Civil de 2002 propõe uma abertura ao discurso jurídico que permite uma solução racional da colisão, por meio da cláusula geral de ilicitude prevista no art. 187, cuja leitura deve ser realizada em associação a uma teoria externa das restrições aos direitos fundamentais.

Para ser racional, a ponderação deverá obedecer à máxima da proporcionalidade e aos seus subprincípios, referentes à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O art. 187 do Código Civil, por sua vez, fornecerá os elementos que deverão ser levados em consideração pelo intérprete. Assim, a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico ou social do direito remetem o intérprete para a relação de confiança concreta, o

exame da tradição e os dados especiais apresentados pelo caso concreto. É justamente essa interpretação que permite ao intérprete utilizar a abertura discursiva proposta pelo Código através de suas cláusulas gerais.

Na medida em que as técnicas de reprodução humana assistida constituem pressupostos de um exercício amplo de autonomia e de planejamento familiar, sua proibição está jurídico-fundamentalmente excluída. A preocupação em assegurar uma tutela adequada ao direito personalíssimo ao conhecimento da origem genética deve conciliar os elementos da tradição e do progresso. Para o futuro, então, é recomendável que o legislador regulamente as técnicas de reprodução humana assistida buscando levar em consideração o interesse de todos os afetados pela norma, sem ignorar os interesses do indivíduo a ser concebido através de tais técnicas.

Reconhecer o ponto de vista ético do qual se parte na análise do direito ao conhecimento da origem genética também demonstrou ser de fundamental importância, uma vez que distintas perspectivas éticas conduzem a diferentes soluções legislativas. Enquanto uma ética de cunho utilitarista destinará a atenção à comprovação da ocorrência de um dano pelo não conhecimento, uma perspectiva de matriz kantiana se preocupará em verificar em que grau restou afetada a autonomia do indivíduo.

Embora se reconheça que o impedimento ao conhecimento da origem genética possa ocasionar danos ao indivíduo, o dano não constitui um elemento necessário para a tutela do direito ao conhecimento da origem genética. Também é preciso reconhecer que, ao lado da dimensão médica do direito de conhecer, há também uma dimensão psicossocial.

Para uma adequada tutela dos interesses de todos os envolvidos no procedimento da reprodução humana assistida mostra-se essencial a atividade do legislador: uma lei em sentido formal e material, além de trazer a vantagem de passar por um procedimento democrático através do qual diversas concepções serão contrapostas e discutidas, também trará a força de que dispõe o princípio formal do legislador democraticamente legitimado.

Entre a proibição do anonimato e sua acolhida sem reservas, no entanto, há uma ampla gama de possibilidades, posto que reconhecida a possibilidade de cumprimento gradual do direito ao conhecimento da origem genética. Como exemplos de políticas que buscaram compatibilizar os dois direitos sem recorrer a medidas extremas, cite-se a adotada pelo estado australiano de Vitória, e a existência de registros voluntários no Reino Unido.

Mais importante, no entanto, é que o legislador busque regular a técnica de reprodução humana assistida de modo que o indivíduo a ser gerado não mais seja tratado como um meio para a consecução dos fins particulares dos pais. As necessidades e os interesses do futuro

indivíduo devem ser levados em consideração quando da elaboração da norma, uma vez que ele será também diretamente afetado por ela.

BIBLIOGRAFIA

ALEMANHA. *Lei Fundamental de Bonn. 1949*. Tradução: José Camurça, Bonn. Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn. Impressa em 1988.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito* / Robert Alexy ; Organização Ernesto Garzón Valdés... [et al.]. ; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).

_____. A institucionalização da razão. In: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. Ed. Ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. A fórmula peso. In: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. Ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. Ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. A construção dos direitos fundamentais. In: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: *Constitucionalismo discursivo* / Robert Alexy; trad. Luís Afonso Heck. – 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da argumentação jurídica* \ Robert Alexy – 4. E. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012.

_____. *Teoria discursiva do direito* / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALLAN, Sonia. Donor identification ‘kills gamete donation’? A response. *Human Reproduction*, Vol. 27. No. 12, pp. 3380-3384, 2012.

ARENDT, Hannah. *A condição humana* / Hannah Arendt; tradução: Roberto Raposo, revisão técnica: Adriano Correia. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010

_____. *Responsabilidade e julgamento*. / Hannah Arendt ; edição Jerome Kohn : revisão técnica Bethânia Assy e André Duarte : [tradução Rosaura Einchenberg]. – São Paulo : Companhia das Letras, 2004

_____, Hannah. *Reflections on little rock*. Dissent, New York, 6 (1), inverno, 1959.

ATIENZA, Manuel. *Ilícitos atípicos*. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Editorial Trotta, S.A., Madrid. 2000.

BESSON, Samantha. *Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the european convention on human rights*. – International Journal of Law, Policy and Family, 21 (2007), 137-159. doi: 10.1093/lawfam/ebm003. AdvanceAccessPublication 17 April 2007.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 08 set. 2020.

_____. *Convenção internacional dos direitos da criança*. Promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm . Acesso em: 01, set. 2020.

_____, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 set. 2020

_____. *Código Civil de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso: 12 set. 2020

_____. *Novo Código Civil – Exposição de Motivos e Texto Sancionado*. Brasília, 2004. Editor: Senado Federal. Brasília, DF.

_____. *Provimento do CNJ nº 63 de 14/11/2017*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 26 set. 2020.

_____. *Convenção internacional dos direitos da criança*. Promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm . Acesso em: 01, set. 2020.

_____. *Projeto de Lei nº 115/2015*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____, *Projeto de Lei nº 4686/2004*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273816>. Acesso: 15, out. 2020

_____. *Provimento do CNJ nº 52 de 14/03/2016*. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2514>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 15 ago. 2020

_____. *Novo Código Civil. Exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília. 2004

_____. *Recurso Extraordinário 363.889/DF*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília. 02 jun. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em: 04 out. 2020.

_____. *Resolução nº 2.168, do CFM*, de 21 de setembro de 2017. Publicada no D.O.U. de 10 nov. 2017, Seção I, p. 73. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 20, set. 2020.

_____. *Resolução nº 2.168, do CFM*, de 21 de setembro de 2017. Publicada no D.O.U. de 10 nov. 2017, Seção I, p. 73. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 20, set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.458.696* – SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília: 16 dez. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1375667&num_registro=201401279985&data=20150220&formato=PDF. Acesso em: 03, ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 807.849* – RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília: 24 mar. 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600032847&dt_publicacao=06/08/2010. Acesso em: 03, ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 833.712* – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília: 17 maio. 2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=693163&num_registro=200600706094&data=20070604&formato=PDF. Acesso em: 03, ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 301*. Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

CACHAPUZ, Maria Claudia Mércio. *A obrigação pelo discurso jurídico* / Maria Cláudia Cachapuz. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2017.

_____. *Direitos de personalidade e responsabilidade na perspectiva da ética do discurso*. *RJLB*, ano 3 (2017), nº 4.

_____. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2006.

CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Discurso pronunciado no Athénée royal de Paris, 1819. Tradução de Loura Silveira. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De La Liberté cliez les Modernes*. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980).

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Roma, 4 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 02, out. 2020.

Court rules sperm donors' children have right to know. DW. Disponível em: <https://www.dw.com/en/court-rules-sperm-donors-children-have-right-to-know/a-16580116>. Acesso em: 15, ago. 2020 .

DANIELS, Ken. Donor gametes: anonymous or identified? / Ken Daniels – *Best practice & research clinical obstetrics and gynaecology*. Vol. 21, Nº I, pp. 113-128, 2007.

DINIZ, Maria Helena – *Curso de direito civil brasileiro*, volume I: teoria geral do direito civil / Maria Helena Diniz. – 31. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

_____. *O estado atual do biodireito* / Maria Helena Diniz. – 6. ed. ver., aum. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009.

DONOVAN, O. K. *A right to know one's parentage?* International Journal of Law and the Family i, (1988), 27-45.

DÜRIG, Gunter. *Direitos fundamentais e jurisdição civil*. – Tradução: Luís Afonso Heck. In: *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos* / Luís Afonso Heck (organizador) ; Günter Dürig ... [et al], - Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed. 2011.

European Court of Human Rights (ECHR) - *Application no. 42326/98*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60935>. Acesso em: 05 out. 2020.

European Court of Human Rights (ECHR) - *Application no. 58757/00*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76412>. Acesso em: 02 out. 2020.

FEAST, Julia. *Donor-assisted conception: what can we learn from adoption?* In: *Assisted human reproduction psychological and ethical dilemmas*. Edited by Dani Singer and Myra Hunter. Whurr publishers - London and Philadelphia, 2003.

FERRY, Luc. *7 maneiras de ser feliz : Como viver de forma plena* / Luc Ferry : tradução Joana Angélica d'Avila Melo. – 1ª ed. – Rio de Janeiro : Objetiva, 2018.

Gadamer, Hans-Georg. *Verdade e método* / Hans-Georg Gadamer ; tradução de Flávio Paulo Meurer. - Petrópolis, RJ : Vozes, 1997.

GRILLO, Breno. *Regra do CNJ para registro de filhos viola intimidade de doadores de sêmen, diz Iasp*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-21/regra-cnj-violat-intimidade-doadores-semen-iasp> Acesso em: 23 set.2020.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade* / Jürgen Habermas ; organização e introdução de Patrick Savidam ; tradução Marcelo Brandão Cipolla. – 2ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2007.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I. 2. ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa / Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. – reimpressão.

_____. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* / Jürgen Habermas ; tradução Karina Jannini ; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. – 2ª. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca do pensamento moderno).

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. – *Revista dos Tribunais* | vol. 781/2000 | p. 71-78 | Nov/2000.

HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. – Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1998.

HOLANDA. *Artificial insemination donor data act. Law of April 25, 2002*. Disponível em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0013642/2020-03-19>. Acesso em: 03, set. 2020.

Inmaculada de Melo-Martín, “*The Ethics of Anonymous Gamete Donation: Is There a Right to Know One’s Genetic Origins?*” *Hastings Center Report* 44, no. 2 (2014): 28-35. DOI: 0.1002/hast.285.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* / Immanuel Kant; tradução Inês A. Lohbauer. – São Paulo: Martin Claret, 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* / Hans Kelsen ; tradução João Baptista Machado. – 8ª. ed. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF).

LAFER, Celso, 1941 - *A reconstrução dos direitos humanos : um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* / Celso Lafer. — São Paulo : Companhia das Letras, 1988.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out/dez. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. São Paulo, Marcial Pons, 2015

MCWHINNIE, A. *Gamete donation and anonymity*. Should offspring from donated gametes continue to be denied knowledge of their origins and antecedents? – *Human reproduction*. Vol 16, Nº 5, pp. 807-817, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Das sentenças e de outras decisões. 4ª edição (corrigida, posta em dia e aumentada). Forense, Rio, 1964.

_____. *Tratado de direito de família* / Pontes de Miranda. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. – Campinas: Bookseller, 2001..

Oberlandesgericht Hamm, I-14 U 7/12. Disponível em: http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/I_14_U_7_12_Urteil_20130206.html. Acesso em 25, set. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAVITSKY, V. The right to know one's genetic origins and cross-border medically assisted reproduction. *Israel Journal of Health Policy Research* (2017) 6:3. DOI 10.1186/s13584-016-0125-0.

REALE. Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil. In: *Novo Código Civil. Exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília. 2004. P. 39

_____. "Knowing Where You Come From": The Rights of Donor-Conceived Individuals and the Meaning of Genetic Relatedness, 11 MINN. *J.L. SCI. & TECH.* 665 (2010). Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol11/iss2/9>. p. 668.

RODRIGUES. Dirceu A. Victor, *Dicionário de Brocardos Jurídicos*. 7.^a edição revista e aumentada. 1972. Sugestões Literárias S/A. SP.

ROBERTI, Maura. *Biodireito : novos desafios : com análise penal da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 e atualizado de acordo com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004* \ Maura Roberti, prefácio da Prof^a Dr^a Maria Garcia – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

SANDEL. Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa* / Michael J. Sandel ; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – 24^a edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017

SANTS, H. J. Genealogical bewilderment in children with substitute parents. *Brit. J. Med. Psycho.* (1964), 37, 133 Printed in Great Britain.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo* / Clóvis V. do Couto e Silva – reimpressão – Rio de Janeiro : Editora FGV, 2006. P. 125

TURNER, A.J. et A. Coyle. *What does it mean to be a donor offspring?* The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy. *Human Reproduction*. vol 15. no. 9. pp 2041-2051, 2000. P. 2047.

VENOSA, Sílvio de Salvo – *Direito civil: família* / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. Ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5).