



GABRIELA DE BORGES HENRIQUES

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E O DIREITO FUNDAMENTAL AO
CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA**

Porto Alegre

Setembro de 2007.

**INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO CULTURAL
FACULDADE IDC**

GABRIELA DE BORGES HENRIQUES

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E O DIREITO FUNDAMENTAL AO
CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA**

**Porto Alegre
Setembro de 2007.**

GABRIELA DE BORGES HENRIQUES

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E O DIREITO FUNDAMENTAL AO
CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA**

Monografia de Pós-Graduação Lato Sensu –
Especialização em Direito Civil e Processo Civil
para obtenção do título de especialista em Direito
Civil e Processual Civil do Instituto de
Desenvolvimento Cultural.

Professora Orientadora: Me. Letícia Loureiro Corrêa

Porto Alegre

Setembro de 2007.

Dedico, com carinho,

aos meus pais, Aurélio e Vera, fonte inesgotável de amor e compreensão; às minhas irmãs, pelo companheirismo e alegria constante e às minhas avós, pelo exemplo de perseverança.

Agradeço

à Prof^a Me. Letícia Loureiro Corrêa, professora desde minha graduação, que me orientou de forma didática e profissional.

Aos amigos, pelo apoio, incentivo e amizade.

À família, pelo carinho e presença constante.

RESUMO

Preceitua o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que ante a sua importância foi elevado à condição de valor fundamental, intrínseco de cada ser humano. A premissa desse estudo é o direito da personalidade, o direito à investigação da identidade genética dos filhos provenientes de técnicas de procriação medicamente assistida, em especial na modalidade heteróloga de doação de sêmen, tendo como ponto norteador o princípio da dignidade. Ainda que o ser humano desfrute do estado de filiação, se proveniente de inseminação artificial heteróloga, deve lhe ser assegurado o direito do conhecimento de sua identidade genética, ainda que implique na quebra do anonimato do doador do material genético. Essa busca, já admitida no Direito espanhol, na Constituição da República Portuguesa (art. 26.3), bem como já tendo havido decisão do Tribunal Constitucional alemão em 1997, deve ser garantida em atendimento ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Palavras chaves: dignidade da pessoa humana – inseminação artificial heteróloga – identidade genética.

ABSTRACT

The Constitution of the Federalist Republic of the Brazil in the first article, section III prescribes the fundamental principle of the dignity of the human person, on account of it's importance was elevated to the inherent, fundamental worthy condition of each human being. The premise of that study is the Right of the personality, the Right to the inquiry of the genetic identity of the sons originated from techniques of breeding medically watched, in special in the modality heterologous of donation of semen, having like a basic rule coming of the principle of the dignity. Even if the human being enjoy of the state of derivation, if originating from artificial insemination heterologous, must be assured the right of the knowledge of his genetic identity, even if imply in the break of the anonymity of the giver of the genetic stuff. That search, is already admitted in the Spanish Right, in the Constitution of the Portuguese Republic (art. 26.3), as well like already having had decision of the German Constitutional Court in 1997, should be guaranteed in service to the fundamental principle of the dignity of the human person.

Keywords: dignity of the human person – artificial insemination heterologous – genetic identity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 IDENTIDADE GENÉTICA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	12
1.1 O DIREITO BRASILEIRO QUANTO À INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, A PARTIR DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
1.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – BREVE SÍNTESE	18
1.2.1 Conceito de Dignidade da Pessoa Humana	20
1.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE GENÉTICA	23
2 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ASPECTOS PROCESSUAIS	26
2.1 CONCEITO	26
2.2 LEGITIMIDADE PARA A AÇÃO	30
2.2.1 Legitimidade Ativa	30
2.2.2 Legitimidade Passiva	33
2.3 A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO	35
2.4 A RECUSA DO INVESTIGADO EM SUBMETER-SE AO EXAME DE DNA	36
3 DIREITO FUNDAMENTAL AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA – UM DIREITO DA PERSONALIDADE	42
3.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA	42
3.1.1 Identidade Genética	45
3.2 ESTADO DE FILIAÇÃO DERIVADO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA	46
3.3 A HISTORICIDADE PESSOAL	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	57

ANEXO A – RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358/9263

ANEXO B – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTU.....67

INTRODUÇÃO

A ação de investigação de paternidade sofreu diversas modificações com a evolução da legislação. Partindo-se de uma análise desde o advento da Constituição Federal até o Código Civil vigente percebe-se que a nítida idéia da proteção do menor.

A natureza personalíssima da ação é de consenso dos doutrinadores, por ser direito indisponível e por determinar a posição jurídica de alguém. As distinções anteriormente dirigidas aos filhos que não advinham do casamento não prevalecem mais em nosso ordenamento. Tal grandeza de direito foi consolidada pela Carta Magna e pelas leis posteriores. Prevalece então o princípio da igualdade dos filhos e fica vedada quaisquer discriminações, num atendimento ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Partindo da premissa de que é direito de todos ter a filiação reconhecida, principalmente por ser um tema diretamente ligado à família, aos relacionamentos, a ação de investigação de paternidade será a medida necessária na busca pelo reconhecimento quando o estado de filiação ainda não estiver estabelecido. No caso de estar estabelecido o estado de filiação mas na procriação houve a necessidade de intervenção médica, mais precisamente, a inseminação artificial heteróloga de doação de sêmen, numa garantia ao direito da personalidade combinado com o princípio

fundamental mencionado, poderá ser possibilitado o direito à investigação da origem genética?

Diversos autores demonstrarão suas opiniões acerca do tema da pesquisa da origem biológica quando o casal tiver utilizado a técnica de procriação artificial medicamente assistida. Para fundamentarem seus pontos de vista invocarão direitos fundamentais garantidos às partes, fazendo-se então uma análise sobre qual direito deve prevalecer em detrimento do outro. De um lado teremos o direito à inviolabilidade do corpo para tentar justificar a recusa do investigado pai em submeter-se à perícia. De outro teremos o direito à identidade genética, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana em conhecer a realidade biológica de sua origem, ainda que o objetivo maior não seja o estabelecimento do estado de filiação.

Na busca pelo reconhecimento da origem genética, no estabelecimento da filiação, o exame de DNA possui extrema importância, pois servirá de prova que beira a absoluta certeza na determinação do vínculo biológico, havendo inclusive Súmula do Superior Tribunal de Justiça acerca da recusa do investigado em submeter-se à perícia genética.

O presente trabalho possui o intuito de mostrar a evolução histórica desde o advento da Lei Maior para que haja uma melhor compreensão da ação de investigação de paternidade tida como “tradicional”, haja vista que o objetivo do presente estudo é a busca pelo direito ao conhecimento da origem genética dos filhos provenientes de inseminação artificial heteróloga (doação de sêmen). Pretende explicar, ainda que de forma sucinta, o princípio da dignidade humana, seu conceito e sua relevância em nosso ordenamento jurídico, bem como adentraremos na conceituação da inseminação artificial heteróloga e como a mesma é vista em nosso Código Civil. O direito à busca pela origem genética como uma concretização do direito da personalidade, ainda que implique na quebra do sigilo do anonimato do doador de sêmen.

1 IDENTIDADE GENÉTICA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 O direito brasileiro quanto à investigação de paternidade, a partir do advento da Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 vem a exercer o papel de lei fundamental da família, que, até então, vinha sendo ocupado pelo Código Civil de 1916 e por algumas leis esparsas. Dogmas do passado, como a antiga conveniência de marginalizar o concubinato, o fato de somente ser legítimo o casamento civil, bem como a idéia absurda de desigualdade de tratamento dos filhos, vem a serem repugnados pelo novo texto constitucional e pelo Código Civil em vigor¹. Até a nova ordem vinda com a Lei Maior, era cediço, na doutrina e na lei, que o reconhecimento da paternidade somente poderia ser efetuado após a dissolução do casamento ou da sociedade conjugal, a menos que não fossem adúlteros ou incestuosos os filhos².

¹ MADALENO, Rolf. *Novas Perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 21/22.

² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.452/453.

A evolução dos costumes produziu ampla repercussão na esfera jurídica, de maneira que surgissem uma série de modificações quanto à noção de paternidade. A antiga noção de poder transformou-se em dever e a autoridade excessiva, em responsabilidade pelo desenvolvimento físico, psicológico e emocional dos filhos³.

Anterior à amplitude do texto constitucional, os filhos havidos fora do casamento -provenientes das relações denominadas “espúrias, adulterinas ou concubinárias”- não possuíam nenhum direito. Esses descendentes sempre foram alvos de declarações de conteúdo pejorativo e discriminatório. O destino, infelizmente era a invisibilidade, pois não podiam buscar o reconhecimento da própria identidade⁴.

A idéia de uma paternidade responsável era antiga pretensão do legislador que, finalmente, encontrou espaço e amparo com o advento da Carta Magna de 1988. A modificação veio no sentido de estabelecer entre os filhos absoluta igualdade, sejam naturais, sejam adotivos, havidos ou não no matrimônio⁵. Assim preceitua o artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Quanto ao aspecto protetivo da filiação que possui evidente assento constitucional cumpre mencionar a lição de Renato Scalco Isquierdo⁶:

A elevação do direito da criança e do adolescente ao nível de norma constitucional deu ao ramo uma configuração especial. Alia-se a este fato a opção pela doutrina da proteção integral, que a Constituição de 1988 promoveu. A intervenção estatal, que já era grande no direito

³ LEITE, Eduardo Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 114.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Estatização do afeto*. Belo Horizonte: Del Rey Revista Jurídica, a.4, nº8, maio de 2002, p.17.

⁵ VIANA, Marco Aurélio S. *Da ação de investigação de paternidade: anotações à lei nº8.560/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 19.

⁶ ISQUIERDO, Renato Scalco. *A tutela da criança e do adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral*. In: MARTINS COSTA, Judith [org.]. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p.529.

do menor, acentua-se de forma significativa, mas ao mesmo tempo, a sociedade é chamada a dividir as responsabilidades. Na Constituição Federal, os direitos da criança e do adolescente estão contidos em diversos artigos, dos quais, o eixo central é, sem dúvidas o art. 227 e seus parágrafos.

A distinção entre parentesco legítimo (aquele entre filhos de pessoas unidas pelos laços do casamento) e ilegítimo (quando resultante de ligações extramatrimoniais) não mais subsiste. O artigo 332, do Código Civil de 1916, que dispunha sobre tal matéria, foi revogado pelas Leis 8.069/90 (ECA, art. 26) e 8.560/92, as quais são referentes ao reconhecimento da filiação havida fora do matrimônio⁷.

Rolf Madaleno⁸ observa que as modificações trazidas com a Carta Federal de 1988 finalmente consolidaram a absoluta proibição de designações discriminatórias, e principalmente, tutelaram a prevalência dos interesses da descendência. A vida moderna ocupa-se em sepultar os resquícios divisórios da prole que não advém do casamento.

Outrossim, o autor Eduardo Oliveira Leite⁹ refere-se às modificações trazidas pelo texto constitucional como uma dupla vitória. Primeiro, porque agora há justa equiparação entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos; segundo, porque desapareceram as diferenciações feitas aos filhos ilegítimos.

O entendimento de Caio Mário da Silva Pereira¹⁰ é de que fica consolidado o direito de que todos os filhos poderão ser reconhecidos, sem que haja qualquer discriminação contra aqueles que provém de pais não vinculados por um casamento válido. Dessa feita, poderão ser livremente reconhecidos os descendentes de relações

⁷ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *A Constituição Federal e as inovações no direito de família*. O direito de família após a Constituição Federal de 1988. Antônio Carlos Mathias Coltro, [org]. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 43.

⁸ MADALENO, Rolf. *Novas Perspectivas no direito de família*. Op. cit., p.157.

⁹ LEITE, Eduardo Oliveira. *Temas de direito de família*. Op. cit., p.114.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 85/86.

extraconjugais com o reconhecimento de todos os direitos atribuídos aos havidos no matrimônio.

Portanto, com o advento da Carta Magna, qualquer que seja o filho – à exceção do adotivo - poderá intentar a ação de investigação de paternidade com amplos efeitos. Tal inovação só veio a mostrar que a lei rendeu-se à evolução dos costumes e às evidências ditadas pela natureza: todo ser que nasce é filho de alguém e, como tal, sujeito de direitos que deverão, necessariamente, ser imputados a um pai¹¹.

Cumprе mencionar que a Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, permitiu o pleno reconhecimento de qualquer indivíduo gênito, revogando o artigo 358, do Código Civil de 1916, cuja norma originariamente rígida, distinguia aqueles provenientes de relações adúlteras e incestuosas¹².

Mesmo com a revogação do artigo 358 do Código Civil de 1916, o qual estabelecia a discriminação entre os filhos, ainda persistiam outros dispositivos que configuravam a arcaica estrutura legislativa. Tornava-se necessário uma releitura porque não eram recepcionados pelas modificações do sistema constitucional. A redação da norma do artigo 363¹³, do referido Código, ainda vigorava, limitando a possibilidade de reconhecimento aos “filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art.183, inciso I a VI”. Em realidade, essa restrição não encontrava qualquer sentido diante das modificações trazidas pelo advento da nova Carta Magna, que garante a igualação dos indivíduos provenientes ou não do casamento¹⁴.

O Código Civil de 2002 explicita as transformações decorrentes do texto constitucional. Ademais, a legislação brasileira foi pouco a pouco avançando na direção

¹¹ LEITE, Eduardo Oliveira. *Temas de direito de família*. Op. cit., p.114.

¹² VIANA, Marco Aurélio S. *Da ação de investigação de paternidade: anotações à lei nº 8.560/92*. Op. cit., p.19.

¹³ Código Civil de 1916, art. 363: “Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação (...)”.

¹⁴ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *A Constituição Federal e as inovações no direito de família. O direito de família após a Constituição Federal de 1988*. Op. cit., p. 44.

da igualdade¹⁵, para tanto, basta observar o enunciado do artigo 1.596¹⁶, que acolhe o princípio da igualdade já esculpido na Constituição ao dispor que não podem ser feitas designações discriminatórias quanto aos filhos.

À luz do que dispõe o referido artigo, fica evidente que o princípio da igualdade veio a extirpar do ordenamento jurídico quaisquer distinções feitas entre os filhos frutos do casamento ou de fora dele. Até porque, ambas pessoas possuem direitos e qualificações equivalentes¹⁷.

Por todas essas modificações trazidas pela Lei Maior, evidente ficou que o bem do menor é dever tanto da família, como do Estado e da sociedade. A evolução da igualdade entre filhos, independente de suas origens, repercute, principalmente, na interpretação das normas legais pertinentes à filiação, envolvendo, inclusive, a investigação de paternidade. Há de prevalecer sempre o bem do menor¹⁸.

Quanto ao princípio constitucional da igualdade, cumpre mencionar que o mesmo fez cessar a distinção discriminatória que existia entre os filhos *bem nascidos* e os *mal nascidos*, desapossando do casamento um de seus efeitos tradicionais, no que, aos descendentes dizia respeito: o estatuto privilegiado da legitimidade¹⁹.

Resta evidente que o princípio norteador, na busca pela identidade genética, é o da dignidade da pessoa humana e que a Constituição Federal de 1988 só veio a humanizar esse caminho que muitas vezes é tortuoso para o investigador. Nesse sentido, cumpre colacionar a palavra de Rolf Madaleno²⁰:

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, v.16, 1999, p. 21.

¹⁶ Código Civil Brasileiro, art. 1.596: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17ªed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, v.5: Direito de família, 2002, p. 56.

¹⁸ VIANA, Marco Aurélio S. *Da ação de investigação de paternidade: anotações à lei nº 8.560/92*. Op cit., p. 20/21.

¹⁹ MUNIZ, Francisco José Ferreira. *A família na evolução do direito brasileiro*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 78.

²⁰ MADALENO, Rolf. *Novas Perspectivas no direito de família*. Op. cit., p. 39.

Finalmente, a Carta Federal resgata a dignidade da descendência brasileira, deixando de classificar os filhos pela maior ou menor pureza das relações sexuais, legais e afetivas de seus pais, quando então, os filhos eram vistos e classificados por uma escala social e jurídica direcionada a discriminar o descendente e a sua inocência, por conta dos equívocos ou pela cupidez de seus pais.

Ademais, o Código em vigor coaduna com os avanços do ordenamento jurídico, prescrevendo para a filiação a plena isonomia, conquistada no artigo 227, parágrafo 6º da Magna Carta²¹. Portanto, em termos de reconhecimento dos filhos, cai por terra a antiga expressão discriminatória “filho ilegítimo”, passando a ser “filho havido fora do casamento”. Constata-se que o Código pouco modificou em relação ao texto constitucional e normas já vigentes²².

A regra constante no artigo 1.607, do Código Civil²³ possui assento no princípio da igualdade constitucionalmente assegurado, demonstrando que tal reconhecimento além de ser uma conquista jurídica, também é ética e moral²⁴. Conforme o entendimento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²⁵:

Reconhece a ordem constitucional a ampla igualdade entre os filhos, quer entre os biológicos, havidos na relação de casamento ou não, quer os não-biológicos, que integram a categoria dos adotivos. Fixando o raciocínio sobre estes que são filhos havidos fora do casamento, não há, hodiernamente, qualquer restrição ao se afirmar que a filiação é autárquica, ou seja, tudo quanto se argúi para estabelecer a relação é a existência do nexu biológico. Assim, o casamento ou não-casamento dos genitores é irrelevante – quer entre si, quer entre cada qual de per si considerado em frente outra pessoa – para defraudar a situação jurídica dos filhos, que é única.

²¹ FACHIN, Rosana. *Do Parentesco e da Filiação. Direito de família e o novo Código Civil*. (Coord.) Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.143.

²² FACHIN, Rosana. *Do Parentesco e da Filiação. Direito de família e o novo Código Civil*. Op. cit. p.14.

²³ Código Civil Brasileiro, art. 1.607: “O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 122.

²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.63.

Constatada a importância que o advento da Lei Maior veio a exercer nos direitos dos filhos, dentre eles, o da igualdade e da vedação de quaisquer discriminações, importa verificar a possibilidade da investigação da origem genética dos filhos provenientes de técnicas de procriação medicamente assistida, em especial na modalidade heteróloga de doação de sêmen, tendo como base o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

1.2 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – breve síntese

Evidente ficou que após a Magna Carta de 1988 a matéria referente à filiação passou por uma revisão. O descendente tem direito de investigar a sua paternidade, sem limitação ou restrição alguma, tal entendimento tem por base o princípio da igualdade entre os filhos, qualquer que seja a natureza de sua gênese²⁶.

Partindo-se dessa premissa, cumpre analisar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na busca pela identidade genética dos filhos provenientes de inseminação artificial heteróloga, eis que a legislação é silente quanto a esse aspecto. O título I, art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988²⁷ garante o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Imperioso nesse momento um estudo, ainda que sucinto, desse princípio e valor fundamental em nossa sociedade.

A dignidade da pessoa humana, hoje reconhecida expressamente em muitas Constituições, é relativamente recente, mais precisamente após 1948 após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948. No entanto, ainda não foi

²⁶ VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 75.

²⁷ Constituição Federal de 1988, art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana”.

incorporada à totalidade dos textos constitucionais de outros países, em que pese seja princípio que visa proteger a pessoa humana em sua própria essência²⁸.

Com o intuito meramente ilustrativo e sem a intenção de esgotar o tema, ante a amplitude do mesmo, citam-se alguns países que expressamente guarnecem o princípio em estudo.

Na União Européia têm-se os exemplos das Constituições que expressamente mencionam o princípio, quais sejam: da Alemanha (art. 1º, inc. I), da Espanha (preâmbulo e art. 10.1), da Grécia (art. 2º, inc. I), da Irlanda (Preâmbulo) e de Portugal (art. 1º). Ainda, na Constituição da Itália (art. 3º), embora não de modo expreso, há referência à dignidade da pessoa humana²⁹.

No Mercosul encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana ao *status* de norma fundamental nas Constituições do Brasil (art. 1º, inc. III) e a do Paraguai (Preâmbulo)³⁰.

O princípio da dignidade da pessoa humana também está explícito noutros capítulos da CF/88, quais sejam: art. 226, §7º³¹ (paternidade responsável) e art. 227, *caput*³² (direito à dignidade da criança e do adolescente), artigos esses que nos interessam em função do tema em análise.

Ante a importância desse princípio a localização dele não é no rol dos direitos e garantias fundamentais da Carta Magna de 1988 e, sim, elevado à condição de

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62, 64-65.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 62 e 65.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 65.

³¹ Constituição Federal de 1988, art. 226, § 7º: “No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204”.

³² Constituição Federal de 1988, art. 227, *caput*: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

princípio (e valor) fundamental do nosso Estado Democrático de Direito, conforme se depreende do art. 1º, inc. III, da CF/88³³.

1.2.1 Conceito de dignidade da pessoa humana

Frente a importância que o referido princípio fundamental possui no tema do direito à pesquisa da origem genética dos filhos provenientes de inseminação artificial heteróloga, imperioso tentar conceituar e compreender o que significa o princípio da dignidade da pessoa humana.

Alexandre de Moraes³⁴ afirma que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, manifestando-se na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, trazendo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas que todo o estatuto deve assegurar. As limitações ao exercício de direitos fundamentais somente podem ser aceitas quando muito excepcionalmente, mas sempre sem deixar de garantir a necessária estima que todas as pessoas merecem.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁵ procura conceituar (juridicamente) a dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 67.

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p.60.

Assume posição privilegiada na Lei Maior o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, daí porque se infere que o mesmo é tido como princípio basilar, a uma porque serve de ponto norteador de todo nosso ordenamento jurídico, sempre podendo ser invocado e obrigatoriamente devendo ser observado. A duas, porque na lição de João Carlos Gonçalves Loureiro³⁶ a dignidade da pessoa humana significa um valor intrínseco que cada ser humano detém, bem como uma obrigação geral de respeito da pessoa.

Assim, nota-se que a dignidade por ser princípio fundamental, esculpido no rol dos direitos fundamentais da Carta Magna, tida como valor intrínseco de cada ser humano, não pode ser inobservada, ou seja, quando a intimidade do ser humano restar violada, ou mesmo quando este sentir-se ferido em sua dignidade, deve o mencionado princípio fundamental ser invocado, como forma de guarnecer e promover os direitos fundamentais. Leciona Maria Celina Bodin de Moraes³⁷ quanto ao respeito à dignidade humana:

O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988 (...). Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, do discurso e da ação -, será ‘desumano’, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: I) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; II) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; III) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; IV) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

³⁶ LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*. In: *Portugal-Brasil Ano 2000*. (Edição do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra). Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 281.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82-83, 85.

Na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, a dignidade da pessoa humana, exige e pressupõe tanto o reconhecimento, como a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Desse modo, ao deixar de reconhecer os direitos fundamentais que são inerentes à pessoa humana, restará evidente a própria negativa da dignidade³⁸.

Menciona Ingo Wolfgang Sarlet³⁹ que frente a magnitude do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pode-se destacar dentre as funções que exerce o fato de conferir simultaneamente unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional.

Pietro de Jesús Lora Alarcón⁴⁰ afirma que a dignidade da pessoa humana se coaduna com a necessidade de proteção tanto da integridade física do ser humano (dimensão de sua individualidade), como da integridade espiritual (dimensão de sua subjetividade). Complementando esse entendimento, cumpre transcrever trecho da obra do mesmo autor:

O princípio da dignidade da pessoa humana não apenas é fundamento do Estado Democrático de Direito, mas valor constitucional. Transcende, assim, a dignidade consagrada no art. 1º, inciso III, da Constituição, o normativismo positivo puro e simples, outorgando um *status* que para muitos permanece inadvertido, mas que, no entanto, é determinante para a persistência da forma de Estado, o de membro da coletividade, o de participar da humanidade, de ser uma partícula viva, arte e parte do gênero humano⁴¹.

O direito à busca pela identidade genética dos filhos provenientes de inseminação artificial heteróloga não está esculpido de forma expressa na Constituição Federal, em que pese seja um direito fundamental o conhecimento da origem genética

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Op. cit., 84/85.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 77.

⁴⁰ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 255.

⁴¹ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. Op. cit., p. 251.

ou na lição de Elton Dias Xavier⁴²: “O direito à identidade genética tem como fundamento a dignidade do ser humano”.

No entanto, em que pese não estar delineado de maneira explícita o direito à busca pela origem genética na Lei Maior, com base no princípio da dignidade da pessoa humana pode-se fundamentar o direito de postular a investigação dessa paternidade, eis que implica na tutela da personalidade humana, diretamente ligada ao íntimo da pessoa em postular o conhecimento de sua origem genética.

1.3 O direito fundamental à identidade genética

Dentre os direitos fundamentais constantes em nossa Lei Maior, sobressaem-se aqueles que atingem diretamente a constituição do ser humano enquanto espécie e pessoa⁴³, dotada de uma identidade emocional e genética.

A identidade genética é considerada um bem jurídico constitucional, e como tal, deve ser protegida. E, por ser considerada bem jurídico constitucional, o direito à busca pela identidade genética tem como fundamento a dignidade do ser humano⁴⁴, alicerçada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o direito à identidade genética pode partir do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à vida, de modo a buscar a tutela das manifestações essenciais da personalidade humana. A busca pela identidade genética, mesmo que a origem biológica esteja assentada em técnica de reprodução assistida heteróloga, é uma dessas manifestações da personalidade humana. Sinale-se

⁴² XAVIER, Elton Dias. *A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 58.

⁴³ XAVIER, Elton Dias. *A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit. p. 57.

⁴⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da bioética e do biodireito. Biomédica*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito e medicina*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000, p. 96.

que conhecer a origem genética é conhecer a base biológica da identidade pessoal condiz com a dignidade do ser humano⁴⁵.

No âmbito das biociências é visível o desenvolvimento e utilização de diversas técnicas, em especial a da genética, e, via de consequência, tem-se a ampliação dos direitos da personalidade e direitos fundamentais. Nesse ponto, o direito à identidade genética sobressai-se, dada a sua relevante importância na conformação do ser humano, em todos os planos da vida⁴⁶.

A título exemplificativo, cumpre sinalar que algumas normas internacionais trazem, seja de modo implícito, seja de modo explícito, referência à identidade genética do ser humano. A Constituição da República Portuguesa em seu art. 26,3 estabelece que: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e experimentação científica”.

Depreende-se do artigo do texto constitucional português referido a intenção de resguardar a identidade genética do ser humano. Assim, ainda que não conste de modo exposto o direito a investigação da origem biológica em casos de reprodução assistida, em especial a inseminação artificial heteróloga, com fulcro no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é concebível a investigação da origem genética no direito brasileiro, numa extensão do que seria o direito à identidade genética, ainda que já se tenha o estado de filiação estabelecido.

No dizer de Elton Dias Xavier⁴⁷: “É possível concebermos o direito à identidade genética como um biodireito fundamental”, e aqui usando de analogia a investigação pela origem genética também pode ser enquadrada como um direito fundamental, tendo

⁴⁵ LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*. Op. cit. p. 293.

⁴⁶ XAVIER, Elton Dias. *A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit. 58.

⁴⁷ XAVIER, Elton Dias. *A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit. 65.

alicerce no texto constitucional: a dignidade da pessoa humana em investigar e conhecer sua origem biológica, pelos mais variados motivos, objetos de análise nos próximos capítulos.

A negativa do direito ao conhecimento da origem genética é extremamente lesiva ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana⁴⁸, esteja ou não o estado de filiação estabelecido, o direito à identidade genética deve ser respeitado e permitida a sua busca. Insta salientar que o direito fundamental à identidade genética, aqui o direito à pesquisa da origem genética, tem o intuito de resguardar a identidade genética única e irrepetível de cada ser humano, a base biológica de sua identidade pessoal, esta em constante construção nas relações interpessoais⁴⁹.

Ainda que a identidade genética não se resume à identidade pessoal (mais complexa, abrangente e suscetível de mudanças ao longo da vida), o conhecimento do referencial biológico (código genético do indivíduo, a identidade genética)⁵⁰ possui influência na identidade pessoal, daí porque a sua relevância e importância da busca pela origem genética quando desconhecida.

Os motivos que ensejam a necessidade de investigar a identidade genética podem ser variados: conhecimento da origem biológica, do histórico de doenças que haja propensão, a questão é que identidade genética é sinônimo de individualidade genética, ainda que se questione o quanto haverá de influência na identidade pessoal ao se tornar conhecedor da origem genética, o ponto norteador é de que a Carta Magna ao guarnecer o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana possibilitou o direito à pesquisa à identidade genética, ainda que dos filhos provenientes de inseminação artificial heteróloga.

⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. [coord.] *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004, p. 344.

⁴⁹ PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 111.

⁵⁰ PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Op. cit., p. 111.

2 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ASPECTOS PROCESSUAIS

2.1 Conceito

A investigação de paternidade é uma ação estado. Esse “estado” de alguém é no sentido de determinar uma posição jurídica, donde decorrem certos direitos e obrigações⁵¹. Seguindo essa linha de raciocínio, Marco Aurélio S. Viana⁵² menciona que essa pesquisa está incluída no rol das ações de estado, uma vez que tem por objetivo a tutela do estado civil. Ademais, será pela investigação judicial de paternidade que o filho virá a juízo esclarecer quem é o seu pai biológico.

Aqui importante frisar que o estudo versa sobre a investigação da paternidade dos filhos provenientes de doação heteróloga, ou seja, a inseminação artificial, de modo que, mesmo que o estado de filiação já esteja estabelecido há a possibilidade da busca pela identidade genética.

Por outro lado, essa averiguação é uma ação declaratória que tem por escopo declarar judicialmente que o autor é filho do réu. Havendo sentença em favor do investigante sua posição fica definida, assim sendo, descendente reconhecido, tendo direito ao uso do patronímico do pai, à alimentação, à educação, bem como à

⁵¹ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. Curitiba: Juruá, 5º ed., 1996, p. 41.

⁵² VIANA, Marco Aurélio S. *Da ação de investigação de paternidade: anotações à lei nº 8.560/92*. Op. cit., p. 23.

sucessão⁵³. No entanto, esses efeitos ocorrem quando a paternidade é desconhecida, ou seja, quando se busca a determinação de quem é o pai, quando inexistente na certidão de nascimento o nome do genitor. Mas e quando o estado de filiação já está estabelecido, em que pese a origem genética tenha sido proveniente de técnicas de reprodução assistida, como proceder? Há o direito à busca pela identidade genética? Decorrerão efeitos jurídicos dessa descoberta?

A filiação poderá ser declarada de forma voluntária ou judicial. O reconhecimento será de forma voluntária: a) no próprio termo de nascimento (efetuado pelos pais, conjuntamente, ou por qualquer deles, isolado); b) por escritura pública; c) por testamento cerrado, ainda na vigência do casamento; d) mediante sentença com trânsito em julgado⁵⁴.

No tocante à investigação de paternidade trata-se de declaração judicial ou coativa de paternidade⁵⁵. Coativa no sentido de que, quando a referida ação for intentada, será porque o filho não teve sua paternidade reconhecida de maneira livre e espontânea. Sendo, portanto, necessário que se recorra aos meios judiciais para ter o direito à filiação reconhecido ou ao menos conhecido, no caso de quem busca não o reconhecimento da filiação e, via de consequência, seus efeitos jurídicos, mas daquele que busca o direito a conhecer a origem genética quando proveniente de inseminação artificial heteróloga.

A Lei 8.560/92 veio facilitar o reconhecimento dos descendentes, havidos ou não na constância da união, acabando de vez com as discriminações a respeito. Ampliou-se as formas usuais de admissão voluntária (registro, testamento, escritura pública, documento particular e declaração em processo), criou-se um modo administrativo (no ato do registro a mãe indica o nome do suposto pai, o qual será intimado pelo Juiz a dizer se tal alegação é verídica), bem como confirmou a

⁵³ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. Op. cit., p. 42.

⁵⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. Op. cit., p. 115.

⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 316.

possibilidade do reconhecimento judicial por ação de investigação de paternidade⁵⁶. O que mais importa é o esplendor da verdade no seio familiar, principalmente por respeito aos componentes familiares, ao filho quando proveniente de técnicas artificiais em conhecer sua origem genética.

O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite que a ação seja manejada sem restrições. A expressão imprescritibilidade permite concluir que o direito é amplo, não se perdendo em limite de idade⁵⁷. Assim lê-se: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”. Mas e no caso da investigação da origem genética quando a mesma for proveniente da inseminação artificial, em caso de falecimento do doador de sêmen poderá ser intentada contra seus herdeiros? Esse e outros questionamentos serão abordados no capítulo seguinte.

O autor Jorge Shiguemitsu Fujita⁵⁸ conceitua o reconhecimento judicial como resultante de uma sentença prolatada em ação de investigação de paternidade proposta pelo filho, com caráter pessoal, mas permitindo-se aos herdeiros do filho de continuar na ação. Tal ação tem cabimento quando a vontade paterna não se manifesta de forma a admitir a paternidade, e a lei permite a investigação de paternidade⁵⁹.

Depreende-se, portanto, que quanto à investigação “tradicional” da paternidade inexistente óbice, pelo contrário, a mesma é incentivada por ser decorrente de um direito fundamental do filho em conhecer sua origem biológica. Mas no caso da investigação da paternidade decorrente da técnica de fertilização assistida o ponto norteador não é o fato de que o doador de sêmen deixou de manifestar sua paternidade, até porque o faz consciente do caráter de doação ao casal que necessita deste ato para concretizar o

⁵⁶ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *A Constituição Federal e as inovações no direito de família*. O direito de família após a Constituição Federal de 1988. Op. cit., p. 45.

⁵⁷ VIANA, Marco Aurélio da S. *Da ação de investigação de paternidade: anotações à lei nº 8.560/92*. Op. cit., p. 30.

⁵⁸ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 193.

⁵⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. Op. cit., p. 115.

sonho de formar uma família e na condição de sigilo, a questão que se estuda é o direito fundamental a busca pela identidade genética, a necessidade do filho (aqui filho no contexto biológico) desse doador em conhecer sua carga genética.

Na busca pela paternidade muitas questões estarão envolvidas e não serão somente jurídicas, haverá conotações psicológicas e sociais. No dizer de Maria Claudia Crespo Brauner⁶⁰:

(...) toda a pessoa, menor ou maior, tem o direito de ter sua filiação identificada e formalizada, considerando-se que o estabelecimento da filiação passa a ser uma necessidade, e a paternidade, um direito de cada criança, adolescente ou adulto. Essa última é, portanto, um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, como preceitua o artigo 27, do referido estatuto da criança e do adolescente.

O autor Sílvio de Salvo Venosa⁶¹ refere que a ação de investigação de paternidade é a que cabe aos filhos contra os pais ou seus herdeiros, para demandá-los o reconhecimento da filiação. Sendo a declaração voluntária da paternidade negada, possuem a prole direito à referida ação contra o suposto pai ou seus herdeiros com o intuito de obter a perfilhação, com os consectários naturais, quais sejam o nome, alimentos, sucessão, etc⁶².

A investigação do estado de filiação, considerado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de quem quer pesquisar sua origem genética materna ou paterna⁶³. Para José Roberto Moreira Filho⁶⁴ esse direito personalíssimo da criança em reconhecer sua origem genética não é passível de desobstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte do pai ou da mãe.

⁶⁰ BRAUNER, Maria Claudia Crespo *apud* SPENGLER, Fabiana Marion e Theobaldo Spengler Neto. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 202.

⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. Op. cit., p. 316.

⁶² OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 150.

⁶³ MADALENO, Rolf. *Novas Perspectivas no direito de família*. Op. cit., p. 30.

⁶⁴ MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. Jus Navigandi, Teresina, a.6,n.55,mar. 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744> Acesso em: 27 abr. 2004, às 23h26min.

Ao legar à pessoa esse direito estamos conferindo o exercício do pleno direito da personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como as explicações acerca da índole e do comportamento social, das propensões ou das resistências a certas doenças, etc.

2.2 Legitimidade para a ação

Com o advento da Carta Magna, prevalece o princípio da igualdade jurídica dos descendentes, não se fazendo mais a distinção quanto à sua origem, portanto os preceitos constitucionais não devem receber interpretação restritiva em se tratando de direitos fundamentais. No artigo 227, parágrafo 6º, CF, houve a completa equiparação entre filhos legítimos e ilegítimos, não se podendo mais tolerar discriminações. Agora, o indivíduo, qualquer que seja a sua origem, poderá propor a ação de investigação de paternidade, a qualquer tempo⁶⁵. Soma-se a essas garantias o direito fundamental da dignidade da pessoa humana apto a legitimar a propositura da ação investigatória da paternidade, ainda que se afirme que no caso da doação heteróloga a identidade do doador é sigilosa.

A busca pela verdade dos fatos e, principalmente, pela origem genética só veio a mostrar que as inovações contidas na Lei Maior, há muito tempo, eram necessárias. Agora se prima pelo bem do menor, pela dignidade da pessoa humana e não somente pela manutenção das aparências, a fim de manter a paz doméstica⁶⁶. Mesmo porque a negação ao direito de investigar a paternidade seria francamente inconstitucional em face dos termos da Lei Maior e do Código Civil.

2.2.1 Legitimidade ativa

⁶⁵ WELTER, Pedro Belmiro. *Investigação de Paternidade*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1,n.1.abr/jun., 1999, p. 27/28.

⁶⁶ VIANA. Marco Aurélio S. *Da ação de investigação de paternidade: anotações à lei nº 8.560/92*. Op. cit., p. 21.

A legitimação *ad causam* é do filho, por isso, é personalíssima a ação de investigação. É ele quem possui o direito à proclamação de seu *status*, e possui o *ius actionis*. Mesmo que outrem demonstre interesse jurídico ou moral para intentar a referida ação, lhe faltará o poder de agir. Dessa maneira, a título exemplificativo, credores que teriam a perspectiva do recebimento de uma herança pelo devedor são carentes de legitimidade, eis que a lei confere ação “ao filho”⁶⁷.

Nessa linha de raciocínio lê-se o artigo 1.606 do Código Civil: A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. E como enfatizado na parte final, limita apenas aos herdeiros do filho a continuação da demanda, habilitando-se no processo, desde que já tenha sido iniciado⁶⁸.

O filho, não importando sua origem e o estado civil da mãe e do pai biológicos, poderá intentar a ação de investigação de paternidade, pois ao filho é legado o direito de ser reconhecido. Depois do advento da Constituição Federal de 1988, não persiste mais nenhuma dúvida de que a criança deve ter assegurado a dignidade, o respeito e, principalmente, ao direito sagrado de obter a verdade sobre sua paternidade⁶⁹.

O autor Válter Kenji Ishida⁷⁰ com intuito de elucidar dúvidas quanto a quem deve figurar no pólo ativo da ação menciona:

A ação só pode ser intentada pelo filho (por si, se maior e capaz) ou por seu representante legal (assistindo ou representando o filho menor), podendo tão somente ser continuada pelos herdeiros com ação já proposta. Neste sentido pronunciou-se o STJ, decidindo que “a parte legítima para figurar no pólo ativo do processo será o pretense filho e não sua mãe. (STJ ,3º T., Resp 81.254-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac.26-8-1996, DJU ,3-3-1997, p.4640)

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Op. cit., p. 88.

⁶⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Op. cit., p. 457.

⁶⁹ WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de família: questões controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 116/117.

⁷⁰ ISHIDA, Válter Kenji. *Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 315.

É comum quando se trata de menor que pretende investigar a filiação observar o nome da mãe como autora. Contudo, o fato de constar o nome da mãe na inicial não traz nenhuma consequência jurídica, pois nesses casos deve o Juiz, de ofício, já que se trata de direito indisponível, colocar o nome do filho como autor. Assim, é o menor o autor da ação que será representado por sua genitora⁷¹.

Na hipótese do filho descobrir que a paternidade biológica é diversa daquele que sempre teve em mente como seu pai, no caso de terem sido utilizadas técnicas de reprodução assistida por meio da inseminação artificial heteróloga para auxiliar o casal na busca pela formação da família, possuindo maioria civil poderá ele intentar a ação investigatória da paternidade, da sua origem genética, fulcrado no direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Desconhecer a identidade genética é atentar contra o princípio constitucional da dignidade⁷².

Tendo o casal optado pela inseminação artificial heteróloga infere-se que a probabilidade da mãe-genitora postular como representante do filho menor o direito à busca pela origem genética, seria pouco provável, daí porque este tópico não será objeto de análise abrangente. Ademais, a questão que merece análise esmiuçada é o direito à busca pela identidade genética, quando a mesma decorre de inseminação artificial heteróloga (doação de sêmen), tendo como fundamento e embasamento legal o atendimento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, em sua plenitude.

Segundo o autor Sílvio Venosa⁷³ para essa ação são legitimados o investigante, geralmente menor, e o Ministério Público. Afirma que o nascituro também pode demandar a paternidade, conforme o disposto no parágrafo único do artigo 1.609 do

⁷¹ WELTER, Pedro Belmiro. *Direito de família: questões controvertidas*. Op. cit., p. 75.

⁷² LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. [coord.] *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Op. cit., p. 344.

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. Op. cit., p. 317.

Código Civil: “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

O caráter personalíssimo foi excepcionado pela Lei n.8.560, que possibilitou ao Ministério Público a propositura da ação⁷⁴. Essa legitimação extraordinária conferida ao Ministério Público decorre da Lei nº 8.560/92, quando, no procedimento de averiguação infociosa, o pai indicado não responde à notificação em 30 dias ou nega a paternidade. Possuindo o Ministério Público elementos suficientes, deverá propor a ação. Nesse ponto trata-se de substituto processual, conforme determina o artigo 6º do Código de Processo Civil, assim lê-se⁷⁵: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei”.

Insta salientar que a legitimação do Ministério Público para a propositura da ação de investigação de paternidade refere-se aos casos tidos como “tradicionais” em nossas lides forenses, ou seja, quando o menor é desprovido tanto da paternidade sócio-afetiva, como da biológica. Entendo que essa legitimação do Ministério Público não se enquadra e não seria pertinente nos casos de investigação da paternidade proveniente da doação de sêmen (inseminação artificial), até porque adentrará em seara de foro íntimo, e ao se postular esse direito à origem genética, possivelmente o investigador será maior de idade, bem como a iniciativa somente poderá partir do mesmo, sem esquecer as particularidades que permeiam o caso e a necessidade de se invocar direito fundamental na tentativa de assegurar o direito à descoberta da origem genética.

Entende Marco Aurelio S. Viana⁷⁶ que a iniciativa do Ministério Público é inoportuna. Principalmente, se levado em consideração de que há uma ingerência indevida e injustificável na vida privada, na intimidade familiar. Quando em realidade o direito da iniciativa deve repousar em quem é o interessado direto.

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. Op. cit., p. 317

⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. Op. cit., p. 317.

⁷⁶ VIANA, Marco Aurélio S. *Da ação de investigação de paternidade: anotações à lei nº 8.560/92*. Op. cit., p. 68/69.

2.2.2 Legitimidade passiva

No tocante ao aspecto da legitimidade passiva, torna-se imperioso explicitar o procedimento adotado na propositura da ação “tradicional” de investigação de paternidade, antes de se adentrar na legitimidade passiva do direito à busca pela identidade genética dos filhos provenientes de inseminação artificial heteróloga.

A legitimidade passiva será do pai ou de seus herdeiros. Por um período houve o questionamento de quem teria a legitimidade passiva quando o indigitado pai fosse falecido. No entanto, a jurisprudência majoritária entende que a parte passiva legítima não será o espólio, mas os herdeiros do falecido, que deverão ser citados pessoalmente. Portanto, podem os herdeiros figurarem no pólo passivo⁷⁷.

No pólo passivo dessa ação deverá figurar o indigitado pai, no caso de falecimento deste, seus herdeiros⁷⁸. Cumpre frisar que a ação será proposta contra todos os herdeiros, no caso de falecimento do suposto pai, e não contra o espólio⁷⁹.

Conhecer a origem genética, pelos mais variados motivos, ainda que não se queira modificar o estado de filiação, é direito fundamental e encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana. Desconhecer a origem ou mesmo encontrar óbice na busca por essa identidade genética é atentatório à dignidade do ser humano.

Assim, a legitimidade passiva na busca pela identificação da origem genética é do doador de sêmen, aquele terceiro que contribuiu de modo anônimo para o casal, possibilitando aos mesmos a chance de ter um filho, ainda que 50% do patrimônio genético seja desse terceiro.

⁷⁷ WELTER, Pedro Belmiro. *Direito de família: questões controvertidas*. Op. cit., p. 124/125.

⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. Op. cit., p. 318.

⁷⁹ ISHIDA, Válder Kenji. *Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. Op. cit., p. 316.

Sabido que antes de se intentar a ação investigatória da identidade genética, deverá ser vencida a barreira do sigilo do doador e manutenção do anonimato que permeiam essas doações de sêmen para inseminação heteróloga. Por isso, invoca-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana na tentativa de sobrepor o direito a conhecer a filiação quanto ao direito da manutenção do anonimato, objeto de estudo no próximo capítulo.

Esclarecidas as possíveis dúvidas quanto a quem são as partes devidamente habilitadas a ajuizar a ação de investigação de paternidade, passa-se ao estudo quanto à imprescritibilidade da ação, bem como da recusa do investigado em submeter-se ao exame.

2.3 A imprescritibilidade da ação

A ação de investigação de paternidade pode ser promovida durante toda a vida, daí porque a inteligência da imprescritibilidade. Por tratar de estado da pessoa constitui emanção da personalidade, sendo indisponível, sequer podendo a lei tirar-lhe esse direito inato no ser humano em fazê-lo valer a qualquer tempo. Portanto não é sustentável a idéia de fixação de prazo para o exercício do direito de determinada paternidade⁸⁰.

E sob o prisma da Constituição as ações de estado são imprescritíveis, de maneira que a pessoa poderá a qualquer tempo ajuizar ação de investigação de paternidade para determinar o vínculo biológico da filiação⁸¹.

Ressaltada a característica da imprescritibilidade da ação, torna-se importante o estudo quanto à recusa do investigado pai em submeter-se à perícia médica do ácido desoxirribonucléico (DNA).

⁵²RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Op. cit., p. 464.

⁸¹TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 559.

2.4 A recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA

O filho quando busca investigar sua origem genética, em alguns casos, encontra uma barreira, qual seja a negativa do réu em submeter-se à perícia genética. Para tanto alega o investigado o direito à inviolabilidade do próprio corpo, à intimidade, à vida privada, à honra⁸². Há, portanto, um conflito de direitos de personalidade: o direito à identidade genética do investigante e o da intangibilidade física do investigado⁸³. No entanto ocorreram mudanças nos ventos do pensamento jurídico, de maneira que o direito que um menor, adolescente ou mesmo adulto tem de saber se é ou não filho de determinada pessoa, se sobrepõe aos direitos invocados pelo investigado para não submeter-se ao exame de DNA⁸⁴.

Essa não será a única barreira a ser encontrada pelo filho na busca pelo conhecimento de sua origem genética, eis que encontrará a barreira do fornecimento da identidade do doador de sêmen, a quebra do sigilo e da manutenção do anonimato que envolvem as doações.

Invocando-se o princípio da dignidade da pessoa humana na busca pela origem genética, tendo por necessário a quebra do sigilo, anonimato do doador, há que prevalecer o princípio constitucional quanto ao direito a ser invocado pelo doador de manutenção do sigilo de sua identidade. Prevalece o direito ao conhecimento da origem genética, eis que intimamente ligada à dignidade da pessoa, formadora do seu estado emocional.

⁸² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Op. cit., p. 494.

⁸³ LIMA, Taisa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.4,n.13, abr./jun., 2002, p. 157/158.

⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Op. cit., p. 57.

No entanto essa questão é por demais delicada, principalmente quando ambas as partes invocam princípios e prerrogativas que lhe são conferidos. A questão aqui é pesar qual direito se sobrepõe ao outro, se o do menor na busca pela sua filiação, sua origem, ou do investigando na manutenção de sua intimidade.

Rolf Madaleno⁸⁵ possui entendimento de que tratando-se de investigação de paternidade a interpretação da recusa do réu como sendo desfavorável para ele adquire caráter exagerado e sem rigor probante algum. Esse ponto de vista funda-se no sentido de quando a demanda é proposta contra a sucessão do investigado e a perícia deve realizar-se contra pessoas envolvidas no pólo processual passivo. Por fim, entende que “é cômoda a decisão que vê na recusa um suficiente indício contra o réu, num abjeto e inconciliável tarifamento de provas.”

Cumprе trazer a lição de Maria Celina Bodin de Moraes⁸⁶ quanto às interpretações judiciais que existem acerca da recusa do investigado em submeter-se ao exame genético:

As interpretações judiciais da recusa à realização do exame do DNA pelo pretense pai têm sido as mais variadas. Desde simples indício passando pela presunção *júris tantum*, com a conseqüente inversão do ônus da prova, até a confissão, a jurisprudência brasileira tem avaliado a recusa sempre de modo desfavorável ao réu, nas ações de investigação de paternidade. Vigora, nestes casos, a rigor a presunção *hominis* de quem não tem nada a esconder nos perde a oportunidade de prová-lo.

É delicada a questão e tudo dependerá do caso concreto, da análise do magistrado para averiguar se há razões lógicas de recusa por parte do investigando. No entanto, deve-se ter em mente que não se pode desprezar a produção da prova

⁸⁵ MADALENO, Rolf. *Novas Perspectivas no direito de família*. Op. cit., p. 169.

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 224/225.

genética do DNA na busca pela verdade real e, principalmente, deve-se garantir o amplo direito da criança à determinação biológica de sua paternidade⁸⁷.

O Código Civil estipula que a negativa do investigado em submeter-se ao exame médico necessário não poderá ser aproveitada em seu favor⁸⁸. Assim, lê-se em seus artigos: Art. 231: “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”. Art. 232: “A recusa à perícia médica ordenada pelo Juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

A prova técnica nas ações que envolvem vínculos genéticos possuem extrema importância e necessidade. Em função disso a norma do artigo 231 referida anteriormente, deverá ser aplicada em prejuízo de quem impediu o exame médico nas ações de paternidade, de maneira que o Juiz contando com outros elementos indiciários de prova, poderá juntamente com a presunção decorrente da recusa do demandado em submeter-se ao exame, convencer-se da paternidade⁸⁹.

Quanto à regra do artigo 232 do Código Civil pode-se concluir que não havendo justificativa para a recusa à perícia, terá o investigado que arcar com as conseqüências de sua inaceitável conduta processual. Dessa maneira, funcionará a recusa como indício veemente de que o investigado considera-se pai, ou pelo menos, vê grande possibilidade de que seja pai do investigante⁹⁰.

Nesse sentido, o Código Civil vem a sintetizar as mudanças que já estavam ocorrendo na jurisprudência, na qual a recusa imotivada em submeter-se ao exame de DNA deverá ter contra si o peso da presunção relativa daquilo que o exame deveria

⁸⁷ LIMA, Taisa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. Op. cit., p.158.

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, volume 3, t.2: Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 563.

⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, volume 3, t.2: Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. Op. cit., p. 564/565.

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, volume 3, t.2: Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. Op. cit., p. 571.

provar⁹¹. Cumpre ressaltar que nas ações de investigação de paternidade o exame de DNA tornou-se a prova máxima, e assim sendo, foi com acerto as modificações trazidas com a nova legislação.

A Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Assim, cai por terra os argumentos utilizados pelos supostos pais biológicos em não se submeterem ao exame de DNA, de modo que prevaleceu o direito fundamental à identidade genética ao invocado direito à inviolabilidade do corpo.

No entanto, em que pese o esplendor da Súmula 301, do STJ, ainda não há disciplina legal que dê guarida ao conhecimento do doador de sêmen, quando a filiação for proveniente de técnicas de reprodução assistida. Por isso, invoca-se o princípio esculpido no rol dos direitos fundamentais, elevado a condição de valor no Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana na busca pela quebra do sigilo do doador.

Outrossim, submissão a tal exame não acarreta sacrifícios corpóreos que venham a legitimar a recusa fundada na inviolabilidade corporal. E mesmo que se entenda que a coleta desse material genético originasse sofrimento corporal, deve-se compreender que a busca pela real verdade dos fatos com relação à paternidade de um indivíduo é valor que se sobrepõe ao direito individual da inviolabilidade do corpo⁹².

Pedro Belmiro Welter⁹³ possui entendimento similar ao afirmar que a solução para a negativa do investigado submeter-se ao exame pericial não seria a da presunção da paternidade mas, sim, conduzi-lo coercitivamente para ser submetido à perícia genética. Mesmo porque não será somente através do sangue que se pode fazer o

⁹¹ WELTER, Pedro Belmiro. *Investigação de Paternidade*. Op. cit., p. 280.

⁹² LIMA, Taisa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. Op. cit., p.158-160.

⁹³ WELTER, Pedro Belmiro. *Investigação de Paternidade*. Op. cit., p. 571.

exame, mas também, pelo fio de cabelo, saliva, esperma, entre outros elementos que contenham células do corpo humano.

Fernando Simas Filho⁹⁴ também comunga com o entendimento de que se pode realizar o exame genético sem qualquer ofensa à incolumidade física do investigado, uma vez que o DNA existe em qualquer célula do corpo, podendo ser determinado em fios de cabelo, gotas de saliva, sangue ou esperma. Assim, para a coleta não será necessário causar qualquer ofensa à integridade física.

Ademais, não se pode aceitar que alguém, com a simples recusa na submissão do exame genético, faça com que haja um retrocesso legislativo e jurisprudencial, expungindo do Direito moderno a idéia canonizada no artigo 227, parágrafo 6º, da Lei Maior e artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Idéias essas que vieram no sentido de proteger a busca pela verdade real, biológica, já que se trata de direito natural e constitucional⁹⁵.

Seguindo essa linha de raciocínio cumpre mencionar lição do doutrinador Yussef Said Cahali⁹⁶ no tocante à busca pela verdade real, principalmente para que se proceda a adequada proteção da pessoa do filho, se lê:

(...) nos dias de hoje manifesta-se uma preocupação ostensiva e decisiva com a verdade da paternidade, procurando afirmar a filiação para seu reconhecimento conforme a verdade real, biológica, com vistas à mais eficiente proteção da pessoa do filho.

Por derradeiro, deve prevalecer na ação de investigação de paternidade o direito natural e constitucional à personalidade, vinculado à dignidade humana e à cidadania, princípios tidos como fundamentais, protegidos pela Carta Magna em seu artigo 1º, incisos II e III. Até porque se alguns entendem que é desumano, ofensivo à dignidade humana a coleta de fio de cabelo, uma gota de saliva ou sangue do

⁹⁴ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. Op. cit., p. 119.

⁹⁵ WELTER, Pedro Belmiro. *Investigação de Paternidade*. Op. cit., p. 281/282.

⁹⁶ CAHALI, Yussef Said. "Reconhecimento do Filho Extramatrimonial". In. *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: IEJ, vol.7, 1996, p. 210/211.

investigado, muito mais ofensivo à dignidade humana do filho será a impossibilidade de conhecer sua paternidade biológica⁹⁷.

⁹⁷ WELTER, Pedro Belmiro. *Investigação de Paternidade*. Op. it., p. 284/286.

3 DIREITO FUNDAMENTAL AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA – UM DIREITO DA PERSONALIDADE

3.1 Inseminação artificial heteróloga

No momento em que não há condições entre o casal para a procriação natural, seja pela infertilidade de um ou de ambos, as técnicas de reprodução assistida são o meio que o casal pode-se utilizar na busca pelo desejado filho⁹⁸. Outra situação também relevante para a doação de gametas, tanto da parte masculina, quanto feminina é para evitar o risco de transmissão de doenças genéticas, ou seja, a infertilidade não é o único motivo que levam os casais a recorrerem às técnicas de concepção⁹⁹. Dentre as técnicas de reprodução cita-se a reprodução assistida homóloga e heteróloga, cumprindo fazer uma distinção entre as técnicas citadas, buscando sua compreensão.

Entende-se por inseminação homóloga quando o sêmen utilizado na inseminação é do esposo, ou seja, para que se configure dita inseminação tem-se por necessário a presença de um casal (marido e mulher ou companheiros) que sejam biologicamente aptos a procriarem, embora impossível pela via da inseminação natural,

⁹⁸ BARBOSA, Heloísa Helena. *Direito à Procriação e às Técnicas de Reprodução Assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 163.

⁹⁹ PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela e ARENT, Adriana Cristine. *Bioética e Reprodução Assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit., p. 4.

em decorrência de alguma anomalia física do homem ou da mulher¹⁰⁰. Denomina-se inseminação heteróloga quando a técnica é feita com o sêmen de outro homem, no caso o doador, diverso do marido ou companheiro da mulher. Esse procedimento é o que implica em maiores questões ético-jurídicas, em função de que a paternidade legal conflita com a biológica¹⁰¹. No caso da inseminação artificial ocorre a constituição do “banco de sêmen”, onde o sêmen é comprado ou preservado de um doador, conforme afirma Elio Sgreccia (*Reprodução Assistida: questões de bioética*, Núcleo II, 12), citado por Nelson Nery Junior¹⁰².

As implicações que decorrem da inseminação heteróloga dizem respeito não somente ao marido, mas ao filho, ao doador do sêmen, à esposa do doador e à mãe. A paternidade nesse tipo de técnica de reprodução assistida é desmembrada sob o critério da hereditariedade genética e hereditariedade jurídica. Em razão das implicações tanto no âmbito jurídico, como no âmbito familiar fazem com que algumas legislações coíbam o uso de tal técnica de procriação medicamente assistida. Nos países em que a inseminação artificial heteróloga é considerada lícita, tem-se a premissa de que haja o consentimento formal do marido para que a esposa submeta-se ao procedimento¹⁰³.

Cumprе conceituar o termo heteróloga, na lição de Reinaldo Pereira e Silva¹⁰⁴:

Diz-se heteróloga a modalidade técnica de procriação medicamente assistida seja intra-uterina, quando o gameta masculino, ou o gameta feminino, pertence a terceiro, havendo, em qualquer caso,

¹⁰⁰ GOMES, Renata Raupp. *A Relevância da Bioética na Construção do Novo Paradigma da Filiação na Ordem Jurídica Nacional*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit., p. 341.

¹⁰¹ GOMES, Renata Raupp. *A Relevância da Bioética na Construção do Novo Paradigma da Filiação na Ordem Jurídica Nacional*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit., p. 343.

¹⁰² NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 762.

¹⁰³ GOMES, Renata Raupp. *A Relevância da Bioética na Construção do Novo Paradigma da Filiação na Ordem Jurídica Nacional*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit., p. 344.

¹⁰⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Os direitos humanos do concebido: análise biojurídica das técnicas de procriação assistida*. In: SILVA, Reinaldo Pereira e. [org.] *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p. 39-59.

a participação de um estranho ao casal ou à união estável na concepção de sua prole.

A norma ética que regulamenta as mencionadas técnicas de reprodução assistida dispõe que será mantido sigilo do doador de gametas, em casos especiais podendo serem fornecidas informações para médicos, na hipótese de motivação médica ocasionada por alguma doença genética que o filho concebido por meio desta técnica venha a apresentar, sinalando-se que a identidade civil do doador será mantida em sigilo¹⁰⁵. Afirma Eduardo de Oliveira Leite¹⁰⁶ que a “inseminação heteróloga está estruturada sobre um princípio inquestionável: a receptora não deve conhecer a identidade do doador; nem o doador deve conhecer a identidade da receptora”.

No Brasil, afirmam os médicos Alvaro Petracco, Mariangela Badalotti e Adriana Cristine Arent¹⁰⁷, que a Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia em conjunto com a Associação Médica Brasileira e as Sociedades Brasileiras de reprodução Humana, Pediatria, Geriatria e Genética Médica, participou de reuniões para a aprovação das normas sobre Reprodução Assistida, proferidas em 1992 pelo Conselho Federal de Medicina. A Resolução CFM 1358/92 instituiu as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de reprodução Assistida.

Feitas as considerações preliminares, passa-se ao estudo do estado de filiação derivado da inseminação artificial heteróloga no direito brasileiro e breve síntese sobre a interpretação em outras legislações quanto ao tema.

¹⁰⁵ BARBOSA, Heloísa Helena. *Direito à Procriação e às Técnicas de Reprodução Assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit., p. 165.

¹⁰⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 156.

¹⁰⁷ PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela e ARENT, Adriana Cristine. *Bioética e Reprodução Assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit., p. 12.

3.1.2 Identidade genética

Importante fazer uma distinção entre o direito fundamental de vindicar a origem genética e a investigação de paternidade, uma vez que tutelam direitos distintos. Na hipótese do estado de filiação não estar estabelecido existirá o direito inalienável da pessoa de buscar o reconhecimento dessa paternidade ou maternidade¹⁰⁸. No tocante ao direito de vindicar a origem biológica o objeto de tutela é assegurar o direito da personalidade, tido como direito individual, personalíssimo. Já os fundamentos da investigação de paternidade têm natureza econômica histórica e sociológica¹⁰⁹.

Tal direito adquire relevância ante a necessidade de cada indivíduo conhecer sua origem biológica, saber a história de saúde de seus parentes biológicos, podendo adotar, a partir desse conhecimento medidas preventivas para a preservação da saúde¹¹⁰, e, via de consequência, da própria vida. O avanço das ciências reforça esse direito ao conhecimento da origem genética, eis que sabemos que a pesquisa genética pode detectar doenças que a pessoa seja propensa ou que se desenvolverão mais tarde.

José Alfredo de Oliveira Baracho¹¹¹ conceitua identidade genética:

O conceito de identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano e às bases biológicas da sua identidade. Salva-se a constituição genética individual. (...) Conduz à compreensão do seu sentido adequado, na relação entre identidade-mesmidade, que conduz à identidade biológica, que se expressa na permanência do código genético do indivíduo. A identidade vem associada à idéia de integridade, que corresponde ao que é intangível,

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. [coord.] *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Op. cit., p. 341.

¹⁰⁹ GOMES, Roberto de Almeida Borges. *Aspectos Gerais da Investigação de Paternidade à Luz do Princípio Constitucional da Proteção Integral*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. [coord.] *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Op. cit., p. 471.

¹¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. [coord.] *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Op. cit., p. 341-342.

¹¹¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da bioética e do biodireito. Biomética*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Org.] *Direito e Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 97.

isto é, ao que não pode ser tocado. A identidade pessoal é concebida dentro de uma relação um com o outro, no quadro de uma comunidade de sentido. A identidade genética é um substrato fundamental da identidade pessoal, que por sua vez é a expressão da dignidade do ser humano.

Na busca pela identidade genética os desenvolvimentos científicos contribuem de modo elevadíssimo na certeza pela origem genética, em que pese a determinação da paternidade biológica não determinar a paternidade jurídica. Nesse viés o biodireito depara-se com as conseqüências do ato de dação anônima de sêmen, eis que inexistente na legislação ou mesmo alguma conclusão da bioética quanto a atribuição da paternidade aos doadores de sêmen aos bancos de sêmen dos hospitais ou clínicas especializadas¹¹². Insta frisar nesse momento que a busca pelo conhecimento da identidade biológica pode ter como intuito máximo a saúde, o conhecimento de doenças que podem estar imbutidas na carga genética de cada indivíduo.

Conhecer a paternidade biológica é efetivar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como o da proteção integral da criança e adolescente insculpido no Estatuto da Criança e Adolescente.

3.2 Estado de filiação derivado de inseminação artificial heteróloga

No direito brasileiro os estados de filiação são considerados aqueles em que a filiação biológica é proveniente de ambos os pais, havida de relação de casamento ou união estável, ou ainda, no caso da família monoparental, em face de um único pai ou mãe biológicos. Oriunda de adoção regular que seria a filiação não-biológica em face de ambos os pais, ou pai ou da mãe que adotou o menor exclusivamente. E, tem-se ainda, a filiação não-biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial

¹¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. [coord.] *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Op. cit., p. 342.

heteróloga¹¹³. Todos com fundamento nos artigos 1.593¹¹⁴, 1.596¹¹⁵ e 1.597¹¹⁶ do Código Civil.

Afirma Paulo Luiz Netto Lobo¹¹⁷ que o estado de filiação não biológica estabelecido em decorrência de inseminação artificial heteróloga, previamente autorizada pelo pai-afetivo, por ser irreversível e inviolável não poderá ser contraditada por meio de ação investigatória de paternidade, com fundamento na origem biológica. Entende que tal pretensão apenas poderá ser intentada com o fim específico de tutelar o direito da personalidade.

A inseminação artificial heteróloga está prevista em nosso Código Civil no artigo 1.597, inciso V, que determina que havendo prévia autorização do marido, pode-se utilizar do sêmen de um doador, normalmente anônimo, para a fecundação do óvulo da mulher. Depreende-se do artigo citado que a única exigência que a lei faz é no tocante a autorização do marido para a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei é silente quanto a necessidade de autorização escrita, donde se conclui que a mesma pode ser verbal.

O direito ao conhecimento da identidade genética está intimamente ligado ao direito da personalidade, de modo que deve haver a proteção tanto na esfera privada como na íntima, sendo fundamento de todos os direitos que decorrem do direito da

¹¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. [coord.] *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 326.

¹¹⁴ Código Civil Brasileiro, art. 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

¹¹⁵ Código Civil Brasileiro, art. 1.596: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

¹¹⁶ Código Civil Brasileiro, art. 1.597: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos 180 (cento e oitenta dias), pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos 300 (trezentos dias) subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

¹¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. [coord.] *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Op. cit., p. 326.

personalidade. Orlando Gomes¹¹⁸ conceitua o direito da personalidade da seguinte maneira:

O direito da pessoa humana a ser respeitada e protegida em todas as suas manifestações imediatas, dignas de tutela jurídica, assim como na sua esfera privada e íntima. Na sua concepção, esse direito geral da personalidade é o fundamento de todos os direitos especiais da personalidade, logicamente antecedente e juridicamente preferencial.

Partindo-se dessa noção verifica-se que o direito à identidade genética é um direito de personalidade que visa o bem jurídico-fundamental “identidade genética”, que ao lado do direito à privacidade e do direito à intimidade, é umas das manifestações essenciais da personalidade humana¹¹⁹. Insta referir que identidade genética não se confunde com identidade pessoal. A segunda tem natureza de direito de família e a primeira de direito de personalidade. A identidade pessoal é mais complexa, abrangente uma vez que mescla o referencial genético com o referencial social.

Afirma Paulo Otero¹²⁰ que o direito à identidade pessoal reconhecido na Constituição da República Portuguesa compreende duas dimensões: A) comportaria a identidade pessoal uma dimensão absoluta ou individual, onde cada pessoa é uma realidade singular, a expressão do caráter único, indivisível e irrepetível, que a distingue das demais pessoas. B) comportaria a identidade pessoal uma dimensão relativa ou relacional, onde a identidade é definida pela carga familiar conferida pelos antepassados, onde os progenitores assumem relevância, de modo que cada indivíduo tem direito a “historicidade pessoal”.

Ante essas duas dimensões estabelecidas por Paulo Otero, depreende-se que o direito à identidade genética, ligado ao direito da personalidade, não se questionando uma paternidade que não foi estabelecida, mas sim o conhecimento de sua base

¹¹⁸ GOMES, Orlando. *Introdução do direito civil*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

¹¹⁹ PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 111.

¹²⁰ OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 64.

biológica, está focalizado na identidade genética como base biológica da identidade pessoal¹²¹.

Françoise Furkel¹²² afirma que na Alemanha a técnica de procriação artificial heteróloga somente deve ser praticada quando o casal solicitante da técnica corre o risco de gerar um filho que possa ter uma doença genética de extrema gravidade ou no caso de esterilidade irreversível do marido. O casal que se submeterá ao procedimento de reprodução assistida deve consentir solenemente perante um tabelião. Por outro lado, a doação de sêmen deve ser procedida gratuitamente e, em princípio o doador e o casal receptor não conhecem a identidade de cada um.

Na Alemanha o médico que irá realizar a operação de procriação heteróloga é obrigado a arquivar os dossiês confidenciais relativos às partes envolvidas (casal receptor e doador) de modo a permitir, caso o filho deseje, o acesso à identidade do doador. Essa garantia é conferida ao filho, e explica em parte a causa da escassez das doações, bem como da recusa de diversos hospitais alemães a praticar a técnica em que haja doador. Provavelmente tal fato ocorra em função de que o doador vê-se compelido de que em razão de sua ação de doação de sêmen decorra a responsabilidade pelo estabelecimento da filiação¹²³.

No tocante aos efeitos jurídicos decorrentes da técnica de reprodução assistida heteróloga na Alemanha, em nome da Lei Fundamental, o anonimato do doador era condenado, eis que impossibilitava ao filho o acesso ao conhecimento de sua origem genética. Conhecer as origens biológicas é considerado um direito da personalidade, na medida em que ajuda o indivíduo a encontrar sua identidade. Assim, ao completar 16 anos o filho poderá exigir o conhecimento da identidade do doador, sendo de

¹²¹ PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Op. cit., p. 111.

¹²² FURKEL, Françoise. *A Bioética de Alguns Aspectos Essenciais na República Federal da Alemanha*. LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit., p. 130-131.

¹²³ FURKEL, Françoise. *A Bioética de Alguns Aspectos Essenciais na República Federal da Alemanha*. LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit., p. 131.

responsabilidade do profissional médico que realizou a técnica da reprodução artificial a manutenção do dossiê com dados do doador¹²⁴.

Tais disposições adotadas na Alemanha comungam com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana inserido em nossa Carta Magna, haja vista que ter acesso ao conhecimento da origem genética, ao conhecimento do doador, do pai biológico, implica no exercício do direito da personalidade, na concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a regra do anonimato do doador de sêmen não decorre de nenhum artigo de lei, mas sim da Resolução 1.358, do Conselho Federal de Medicina, de 11 de novembro de 1992, inciso IV, números 2 e 3¹²⁵. Nessa esteira, inexistente óbice legal que impeça o filho concebido artificialmente de vindicar sua origem genética por meio da ação investigatória da paternidade, por óbvio, desde que por vontade própria do filho, em razão de ser direito da personalidade.

Seguindo essa linha de raciocínio, depreende-se que duas são as razões para o conhecimento do doador de sêmen por parte do filho. A uma, porque ninguém é obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, em inexistindo lei que regulamente o caso do conhecimento da identidade do doador de sêmen, inexistente óbice legal a ser enfrentado pelo filho proveniente da inseminação artificial heteróloga em conhecer sua origem biológica. A duas, porque conhecer a ascendência biológica é direito fundamental do homem, garantido constitucionalmente¹²⁶.

¹²⁴ FURKEL, Françoise. *A Bioética de Alguns Aspectos Essenciais na República Federal da Alemanha*. LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. cit., 135.

¹²⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. *O exame de DNA e sua influência na investigação da paternidade biológica*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. [org.] *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 86.

¹²⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. *O exame de DNA e sua influência na investigação da paternidade biológica*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. [org.] *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. Op. cit., p. 86.

3.3 A HISTORICIDADE PESSOAL

Referiu-se anteriormente que a identidade pessoal comporta a relação do ser humano, na qualidade de ser único e irrepitível, possuindo paralelamente uma identidade definida pela história ou memória no contexto de sua existência. De modo que, o direito à identidade pessoal envolve o direito à historicidade pessoal, expresso na relação da pessoa com aquelas que lhe deram origem, seja mediata ou imediata¹²⁷.

Do direito à historicidade pessoal, direito ao conhecimento da identidade genética envolvem dois aspectos: Em primeiro lugar, a busca pelo mencionados direitos envolve o direito do indivíduo conhecer a forma como foi gerado, amplamente falando, conhecer seu patrimônio genético. Possui relevante importância esse aspecto em função de que o reflexo não será somente no conhecimento da origem biológica, mas também na prevenção de certas doenças, repercutindo no âmbito psíquico do indivíduo, eis que também será decisiva no desenvolvimento da personalidade¹²⁸.

Afirma o Doutor Paulo Otero¹²⁹, tendo a premissa de análise da Constituição da República Portuguesa, que desse aspecto surgem duas conseqüências imediatas que:

Por um lado, deve ter-se como inconstitucional qualquer sistema normativo de segredo que vede ao interessado a possibilidade de conhecer a forma como foi gerado ou o respectivo patrimônio genético; Não existem interesses ou direitos concorrentes de quaisquer outras pessoas intervenientes no processo –v.g., a tutela dos respectivos direitos à intimidade pessoal e familiar – que possam impedir alguém de conhecer a respectiva origem e o patrimônio genético.

Concretizadora do preceito constitucional contido na Constituição da República Portuguesa dispõe o artigo 12, nº 2, do diploma sobre técnicas de procriação

¹²⁷OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Op. cit., p. 71.

¹²⁸OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Op. cit., p. 72.

¹²⁹OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Op. cit., p. 72-73.

medicamente assistida, aprovado pela Assembléia da República, em 17 de Junho de 1999 que as pessoas nascidas através de processos de procriação artificial a possibilidade de, após a maioridade, requerer informações sobre as circunstâncias de seu nascimento, assim preleciona Doutor Paulo Otero¹³⁰.

Num segundo lugar, o direito de conhecer a historicidade pessoal compreende também o direito fundamental de cada ser humano conhecer a identidade de seus progenitores, sendo vedada e tida por inconstitucional quaisquer regras de anonimato do doador do material genético. Assim, seja por uma proteção do exercício do direito à identidade pessoal, seja pelo respeito de que todo ser humano tem o direito a saber quem é o seu pai biológico, a figura dos doadores não pode ficar reduzida a uma ficha de arquivo, em que o sigilo é a regra primordial¹³¹. No caso o direito à identidade genética sobrepõe-se ao direito do anonimato do doador.

A consagração da identidade genética do ser humano como valor constitucional impossibilita qualquer criação legislativa que afaste ou mesmo proíba o critério da verdade biológica¹³². Em atendimento ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana a omissão, a destruição de meios aptos a reconstituírem os dados na busca pela ligação biológica atenta ao direito da personalidade e ao direito fundamental da dignidade. O conhecimento da ascendência biológica deve ser garantido, como expressão da dignidade de cada pessoa e do direito absoluto da identidade genética de cada ser humano, como uma expressão máxima do direito da personalidade.

Importante lembrar que o direito ao conhecimento da origem genética não implica necessariamente o direito à filiação e, como conseqüências, os efeitos jurídicos decorrentes dessa filiação: nome, alimentos, sucessão, poder familiar. Ao contrário, o que se visa garantir é o direito ao conhecimento da origem genética quando a filiação

¹³⁰ OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Op. cit., p. 72-73.

¹³¹ OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Op. cit., p. 74.

¹³² OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Op. cit., p. 91.

decorre da inseminação artificial medicamente assistida na modalidade heteróloga. Não visa contestar o estado de filiação se este já estiver estabelecido, até porque adentraria noutra seara que não é o objeto do tema. Pertinente à esse direito tem-se uma garantia constitucional, elencada no rol dos direitos fundamentais, elevada à condição de valor dada a sua magnitude, a dignidade da pessoa humana.

Silenciar, omitir, criar meios de impedir o acesso ao conhecimento do doador do material genético é extremamente lesivo ao citado princípio, bem como pelo fato de que as implicações no indivíduo que pretender ver conhecida essa paternidade serão de ordem emocional, por vezes também afetando sua saúde. A busca pelo conhecimento da identidade genética pode ser necessária para a manutenção da vida, pelo conhecimento do histórico de saúde dos seus antepassados. Assim, com fulcro no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, direito fundamental do nosso Estado Democrático de Direito, no direito da personalidade deve ser garantido o direito à busca pela identidade genética, pela historicidade pessoal do indivíduo, sua origem, ainda que o estado de filiação já esteja estabelecido, em função de que tal direito sobrepõe-se ao anonimato do doador e ao estado de filiação já firmado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na medida em que este trabalho se desenvolvia várias conclusões foram sendo construídas, com o intuito de que com a chegada ao final, pudessem ser expostas.

A investigação de paternidade ganhou muito desde a promulgação da Magna Carta até a legislação atual. As antigas discriminações imputadas aos filhos que não provinham do matrimônio caíram por terra, não sendo mais permitidas. Assim, equiparou-se os filhos, independente de sua origem, promulgando o direito à igualdade. Ademais, os antigos requisitos necessários para a propositura da ação e a dificuldade na prova da relação de parentesco não mais subsistem na atual codificação.

Pode-se dizer que em tempos atuais a propositura da ação possui uma maior facilidade, embora as dificuldades ainda subsistam. Procedendo o reconhecimento no registro do filho não pode constar qualquer distinção discriminatória, como “ filho adúltero, filho ilegítimo”. Evidente, então a presença do princípio norteador: o da igualdade dos filhos, vedada quaisquer discriminações, bem como da dignidade da pessoa humana. Mas essa investigação de paternidade é a “tradicional”, aquela em que o estado de filiação não está estabelecido, que visa além do conhecimento da paternidade a alteração no registro civil.

No entanto, o trabalho versa sobre o direito ao conhecimento da origem genética, ainda que o estado de filiação esteja estabelecido, ou seja, o direito ao conhecimento da origem genética não implica necessariamente o direito à filiação e, via de conseqüência, os efeitos jurídicos que decorrem do reconhecimento.

Tendo como ponto norteador o princípio da dignidade da pessoa humana e visando a defesa do direito da personalidade, garantir o direito ao conhecimento da identidade genética quando a filiação biológica decorre de inseminação artificial heteróloga é o modo de concretizar a própria dignidade do ser humano. A busca por esse conhecimento não significa somente uma “curiosidade” em saber quem é o pai biológico, mas pode ser necessária para a manutenção da própria vida, na verificação do histórico de saúde de seus antepassados.

Cada ser humano, por ser único e irrepetível, possui a sua historicidade pessoal, um patrimônio genético, de modo que inconstitucional será qualquer preceito de lei que vede o acesso do interessado na busca pelo conhecimento da sua origem genética. Na Alemanha o anonimato do doador é vedado, na medida em que conhecer a origem biológica é direito da personalidade, e sua vedação implicaria na violação desse direito do indivíduo encontrar sua identidade. Preceitua a Constituição da República Portuguesa a dignidade pessoal e a identidade genética, além de que ao disporem sobre as técnicas de reprodução assistida estabeleceram a possibilidade de, atingida a maioridade, requerer informações sobre as circunstâncias de seu nascimento, nos termos do artigo 12, nº 2, aprovado na Assembléia da República, em 17 de junho de 1999, em Portugal.

No Brasil, inexistente artigo de lei que disponha acerca do anonimato do doador de sêmen, donde se depreende que a possibilidade de conhecimento da origem genética quando proveniente de inseminação artificial heteróloga é cabível. Ainda que exista a Resolução do Conselho Federal de Medicina de 11 de novembro de 1992, inciso IV, números 2 e 3, que preceitua a regra do anonimato do doador de material genético, frisa-se: inexistente óbice legal.

Assim, investigar o origem biológica quando a filiação decorre de inseminação artificial heteróloga significa a promulgação do princípio da dignidade da pessoa humana, o exercício do direito da personalidade na busca pela identidade genética, direito esse que não pode ser negado ou mesmo colocado a um nível inferior, eis que seu exercício tutela a manifestação da personalidade.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria geral da bioética e do biodireito”. Biomédica. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito e medicina**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000.

BARBOSA, Heloísa Helena. “Direito à Procriação e às Técnicas de Reprodução Assistida”. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo *apud* SPENGLER, Fabiana Marion e Theobaldo Spengler Neto. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Reconhecimento do Filho Extramatrimonial**, in Livros de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: IEJ, v. 7, 1996.

DIAS, Maria Berenice. **Estatização do afeto**. Belo Horizonte: Del Rey Revista Jurídica, a.4, nº8, maio de 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17^{ed.}, atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, v.5: Direito de família, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FACHIN, Rosana. **Do parentesco e da filiação. Direito de família e o novo Código Civil.** [coord.] DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de Direito Civil- Direito de Família.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

FURKEL, Françoise. “A Bioética de Alguns Aspectos Essenciais na República Federal da Alemanha”. LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito.** Rio de Janeiro, Forense, 2004.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Introdução do direito civil.** 18ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

GOMES, Renata Raupp. “A Relevância da Bioética na Construção do Novo Paradigma da Filiação na Ordem Jurídica Nacional”. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Roberto de Almeida Borges. “Aspectos Gerais da Investigação de Paternidade à Luz do Princípio Constitucional da Proteção Integral”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. [coord.] **Temas Atuais de Direito e Processo de Família.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ISHIDA, Válter Kenji. **Direito de família e sua interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ISQUIERDO, Renato Scalco. “A tutela da criança e do adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela doutrina da projeção integral”, in: MARTINS –COSTA, Judith [org.]. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: RT, 2002.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Procriações artificiais e o direito (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **Filiação e Biodireito: Uma Análise das Presunções em Matéria de Filiação em Face da Evolução das Ciências Biogenéticas**. Revista de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.4,n.13, abr./jun., 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Filiação – Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária**. Revista de Direito de Família. Porto Alegre; Síntese, IBDFAM,v.5,n.19, Ago./Set., 2003.

_____. “Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. [coord.] **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. **O Direito à Identidade Genética do Ser Humano**. In: **Portugal-Brasil Ano 2000**. (Edição do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra). Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. **Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, v.16, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira [Coord.]. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Direito à identidade genética**. Jus Navigandi, Teresina, a.6,n.55,mar. 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744> Acesso em: 27 abr. 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado e legislação extravagante**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **A Constituição Federal e as inovações no direito de família. O direito de família após a Constituição Federal de 1988**. Antônio Carlos Mathias Coltro [org.]. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos e investigação de paternidade**. 2.ed., Belo Horizonte; Del Rey, 1996.

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

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela e ARENT, Adriana Cristine. "Bioética e Reprodução Assistida". In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. “Os direitos humanos do concebido: análise biojurídica das técnicas de procriação assistida”. In: SILVA, Reinaldo Pereira e. [org.] **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. “O exame de DNA e sua influência na investigação da paternidade biológica”. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. [org.] **Biodireito: ciência da vida, novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 8ª ed., Curitiba: Juruá Editora Ltda, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t.2: Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4.ed. São Paulo; Atlas, 2004.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da ação de investigação de paternidade: (anotações à lei nº 8.560/92)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

XAVIER, Elton Dias. “A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano”. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. [coord.] **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de família: questões controvertidas**. Porto Alegre; Síntese, 2000.

_____. **Investigação de Paternidade.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1,n.1.abr/jun., 1999.

Site: [http:// www.portugal.gov.pt](http://www.portugal.gov.pt)

Site: [http:// www.ghente.org](http://www.ghente.org)

ANEXO A
RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358/92

ANEXO B
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA