

O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICO-GENÉTICA E O DIREITO AO ESTADO DE FILIAÇÃO¹

THE RIGHT TO KNOW THE BIOLOGICAL-GENETICS ORIGIN AND THE RIGHT TO FILIATION STATE

Carmela Salsamendi de Carvalho².

RESUMO

Este trabalho estuda o direito ao conhecimento da origem biológico-genética e o direito ao estado de filiação, procurando diferenciá-los. Além disso, averigua a possibilidade jurídica daquele direito nos casos de adoção e procriação artificial heteróloga. O direito à identidade pessoal, o qual inclui o direito ao conhecimento da origem biológica, aparece como direito fundamental existente na relação privada, expresso nas Constituições européias e em documentos internacionais. No Brasil, a Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 (Lei Nacional da Adoção) alterou o art. 48 do ECA, que passou a fazer expressa referência a esse direito. Ainda que não existisse essa norma, a preocupação do direito civil-constitucional com a pessoa e o princípio da dignidade humana assegurariam esse direito nos casos de adoção e também de procriação artificial heteróloga, sem atribuir efeitos jurídicos do estado de filiação.

PALAVRAS CHAVES: estado de filiação, conhecimento da origem biológica, filiação socioafetiva, direito fundamental e Lei Nacional de Adoção.

¹ Artigo recebido em 26 de abril de 2010 e aceito em 29 de abril de 2010.

² Advogada inscrita na OAB/PR nº. 45.364, Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Especialista pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná - FEMPAR e Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL. E-mail: carmelasdc@hotmail.com.

ABSTRACT

This work studies the right to knowledge of the biological-genetic origin and the right to filiation state, seeking to differentiate them. Besides, it investigates the juridical possibility of the right to knowledge of the biological-genetic origin in cases of adoption and heterogeneous artificial procreation. The right to personal identity, which includes the right to knowledge of biological origin, appears as a fundamental right that exists in the private relation, express in European Constitutions and international documents. In Brazil, the Law 12.010, of August 3, 2009 (Adoption National Law) changed the article 48 of the ECA, which now makes explicit reference to this right. Even if this norm did not exist, the civil-constitutional law' concern with the person and the principle of human dignity would guarantee this right in cases of adoption and also heterogeneous artificial procreation, without assigning legal effects of state affiliation.

KEY-WORDS: filiation state, knowledge of the biological-genetic origin, socioaffective filiation, fundamental right and Adoption National Law.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direito ao conhecimento da origem biológico-genética. 1.1. Direito da personalidade e identidade pessoal e genética. 1.2. Diferença entre direito ao estado de filiação e direito a conhecer à origem genética. 2. O conhecimento da verdade biológica e a filiação socioafetiva - a adoção e a reprodução humana assistida heteróloga. 2.1. O afeto nas relações entre pais e filhos: a filiação socioafetiva. 2.2 o conhecimento da verdade biológica nos casos de adoção e de reprodução assistida heteróloga. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 fez uma gigantesca transformação no Direito de família, contemplando uma nova racionalidade, baseada nos princípios eudemonista³, na igualdade entre os filhos⁴, entre os cônjuges⁵, entre os pais e filhos, no pluralismo das entidades familiares, na liberdade, na solidariedade, no valor jurídico do afeto. Foi com

³ § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁴ Art. 227. (...)

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

⁵ Art. 226. (...)

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

ela que se deu o passo definitivo em direção à democratização da família brasileira, como assinala Maria Celina Bodin de Moraes⁶, determinando que a família é alicerçada nos princípios da igualdade, liberdade e solidariedade.

Concomitante as transformações do Direito de Família, especialmente com o advento da Carta Magna de 1988, Paulo Lôbo conta que houve uma refinada consolidação dos direitos de personalidade nas últimas décadas "voltados à tutela do que cada pessoa humana tem de mais seu, como atributos inatos e inerentes, alcançando-se o que Pontes de Miranda denominou 'um dos cimos da dimensão jurídica'"⁷.

Assim, se o direito de família está para os direitos e deveres das pessoas nascidos do âmbito familiar, os direitos da personalidade leva em consideração a pessoa em si mesma. Mundos diferentes, ainda que possam apresentar intersecções.

Segundo Paulo Lôbo, a origem biológica ou genética da pessoa, ao deixar de ser o fator de legitimidade da filiação, especialmente com a Constituição Federal de 1988, transmudou para o plano dos direitos de personalidade. O estado de filiação torna-se o gênero, sendo suas espécies a filiação biológica e a não biológica. Isto é, o estado de filiação não se reduz mais ao vínculo biológico entre pai e filho.

Cabe anotar as palavras de Paulo Lobo a respeito,

Daí, é de se repelir o entendimento que toma corpo nos tribunais brasileiros de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande medida em virtude do fascínio enganador exercido pelos avanços científicos em torno do DNA. Não há qualquer fundamento jurídico para tal desvio hermenêutico

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *In*: Família e Dignidade humana (Coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Anais do V Congresso brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 620.

⁷ LOBÔ, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 506.

restrito, pois a **Constituição estabelece exatamente o contrário, abrigando generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre outro.**⁸

(grifos não constante no original)

Com o fim de se evitar a confusão entre o direito ao estado de filiação e o direito à origem biológica ou genética, este trabalho objetiva diferenciá-los e estudar o direito ao conhecimento da origem biológica ou genética nos casos de filiação socioafetiva - mais especificamente no caso da adoção e da reprodução humana assistida.

1. DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICO-GENÉTICA.

1.1 Direito da personalidade e identidade pessoal e genética.

O Código Civil de 2002 começa proclamando a idéia de pessoa e os direitos de personalidade. Não define o que é pessoa e o que são direitos da personalidade e nem convinha que o fizesse.

Importante estabelecer duas idéias iniciais. A primeira é que os direitos da personalidade são abertos, isto é, novas aquisições podem acontecer. A segunda é que o Direito vem tutelar o ser humano. Essa é a causa da atuação do Direito.

No que atina a primeira idéia, é oportuno citar o conceito de direitos de personalidade elaborado, em suma, por Miguel Reale: "são direitos da personalidade os direitos a ela inerentes, como um atributo essencial a sua constituição, como, por exemplo, o direito de ser livre, de ter livre iniciativa, na forma da lei"⁹.

⁸ Ibidem, p. 507.

⁹ REALE, Miguel. Os direitos de personalidade. *Jornal O Estado de São Paulo. Espaço Aberto*. Sábado, 17 de janeiro de 2004.

No que atina ao tema, Miguel Reale pontua que "a cada civilização corresponde um quadro dos direitos da personalidade, enriquecida esta com novas conquistas no plano da sensibilidade e do pensamento, graças ao progresso das ciências naturais e humanas"¹⁰. Como exemplo de valor adquirido, que faz nascer um novo direito de personalidade, Miguel Reale dá o valor ecológico, o qual tem o art. 225 da Constituição Federal proferindo que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações".

Pode-se citar como outro direito de personalidade o direito ao conhecimento da ascendência biológica ou genética, não obstante não seja expressamente reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação a segunda idéia, Paulo Otero deixa claro que, para o Direito, a tutela do ser humano não depende da aquisição de personalidade jurídica¹¹. Ante do nascimento, o Direito não só pode, como deve, intervir na tutela do ser humano. Assim, esclarece:

Pode concluir-se, não é a personalidade jurídica que justifica o tratamento dado pelo Direito ao ser humano, antes **é a circunstância desse ser ter natureza humana que justifica que o Direito lhe reconheça personalidade jurídica: a personalidade jurídica é uma consequência e não uma causa da intervenção do Direito** na tutela do ser humano.¹²

(grifos não constante no original)

¹⁰ Ibidem.

¹¹ OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano. Um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 31-33.

¹² Ibidem, p. 33.

Portanto, o valor primário, superior e causal é o ser humano, garantindo-se a inviolabilidade da sua vida e o respeito pela sua dignidade, e nunca uma derivação ou consequência do momento do seu nascimento completo e com vida, isto é, da personalidade jurídica.

A identidade pessoal, segundo Paulo Otero¹³, tem duas dimensões, quais sejam, uma dimensão absoluta ou individual e uma dimensão relativa ou relacional. A primeira diz respeito à identidade definida de cada pessoa por si própria, é expressão do caráter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano. A segunda refere-se à identidade de cada pessoa definida em função de uma memória ou história familiar obtida pelos seus antepassados, em especial os seus progenitores.

Assim, cada ser humano possui uma singularidade própria e, além disso, uma identidade em função da história em que se encontra a sua existência no confronto com outras pessoas. O nome, por exemplo, traduz a individualização do sujeito, bem como sua inserção numa família. Nas palavras de Paulo Otero, "se é certo que a identidade pessoal se afere pela singularidade, indivisibilidade e irrepetibilidade de cada ser humano, também é verdade que essa identidade pessoal compreende, simultaneamente, o conhecimento da história de cada pessoa"¹⁴.

É dessa segunda dimensão do direito à identidade pessoal - dimensão relativa ou relacional - que se fala do direito à historicidade pessoal, "expresso na relação de cada pessoa com aquelas que (mediata ou imediatamente) lhe deram origem"¹⁵.

A respeito, Paulo Otero¹⁶ faz algumas ilações. Primeiramente, aponta que o direito à historicidade pessoal envolve o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado, ou mais amplamente o direito de conhecer o patrimônio genético, o que possibilita a prevenção de doenças, tem importância psíquica ao nível da identidade e também ao nível do desenvolvimento da personalidade.

Em segundo lugar, o direito à historicidade pessoal compreende o concreto direito de cada ser humano conhecer a identidade dos seus genitores, com a seguinte consequência: é inconstitucional qualquer regra de anonimato de dador do material

¹³ Ibidem, p. 64.

¹⁴ Ibidem, p. 71.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Ibidem, p. 71-74.

genético e qualquer regra que permita misturas de sêmen de diferentes doadores ou a utilização de óvulos de diferentes mulheres, isto porque qualquer um destes processos impossibilita o conhecimento da identidade dos respectivos progenitores.

Em terceiro lugar, o direito à historicidade pessoal envolve a proibição de privação deliberada da família.

Em 1997, foi introduzido na Constituição da República portuguesa, no seu art. 26, n.º 3, referência expressa à garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano, passando a Constituição portuguesa a ser um dos primeiros textos constitucionais na Europa, senão no mundo, a reconhecer expressamente a identidade genética do ser humano¹⁷.

Para o aludido autor, o conceito de identidade genética do ser humano conecta-se com três realidades, a saber: humanidade, verdade biológica e liberdade técnico-científica¹⁸.

Quanto à verdade biológica, a vertente da identidade genética do ser humano que interessa a estudo, Paulo Otero afirma que "a consagração da identidade genética do ser humano como valor constitucional a garantir pelo legislador impossibilita qualquer afastamento da lei ordinária do critério da verdade biológica"¹⁹.

Três efeitos imediatos disso são apontados. Primeiro, as regras de filiação devem basear-se essencialmente em critérios biológicos. Vislumbra o autor em questão que, da conjugação entre os direitos a identidade pessoal e identidade genética de todos os seres humanos, determina-se a formação de dois novos direitos fundamentais: direito a conhecer e estabelecer a sua ascendência biológica direta; e direito a conhecer e estabelecer a sua descendência biológica²⁰.

Em segundo lugar, impor a omissão, destruir a possibilidade de reconstituir ou negar a ligação biológica entre dois seres lesará sempre a identidade genética. Consequentemente, são inconstitucionais o anonimato dos doadores; a mistura de sêmen

¹⁷ Ibidem, p. 84.

¹⁸ Ibidem, p. 87.

¹⁹ Ibidem, p. 90.

²⁰ Ibidem, p. 91.

de diferentes dadores ou a utilização de óvulos de várias mulheres; e a proibição de investigação de paternidade ou maternidade biológica²¹.

O anonimato do doador, na reprodução assistida, é garantido pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, e apenas por ela. Já em Portugal o diploma que trata das técnicas de procriação medicamente assistida, aprovado pela Assembléia da República em 17 de junho de 1999, possibilita às pessoas nascidas de processos de procriação artificial, após atingirem a maioridade, recolher informações sobre a identidade dos dadores de gametas ou embriões (art. 12º, n.º 2).

Em terceiro lugar, a tutela da verdade biológica faz derivar um princípio geral da não manipulação do patrimônio genético ou, pelo menos, um princípio de não manipulação arbitrária ou de manipulação mínima do patrimônio genético naturalmente identificativo de cada ser humano.

Analisadas a identidade pessoal e a sua dimensão relacional (direito à historicidade pessoal), bem como, a identidade genética voltada ao direito a conhecer sua ascendência biológico-genética, cumpre fazer a distinção entre o direito ao estado de filiação e o direito a conhecer a origem genética.

1.2 Diferença entre direito ao estado de filiação e direito a conhecer à origem genética.

Passe-se agora a fazer uma distinção entre o direito ao estado de filiação e o direito ao conhecimento da origem biológica ou genética, ainda mais quando se faz confusão conceitual.

Na realidade da vida, verifica-se que nem sempre estão presentes laços biológicos entre os pais e o filho. Pai não é necessariamente o genitor. É o que acontece na adoção e na procriação artificial heteróloga.

²¹ Ibidem, p. 91-92.

Vale trazer à tona o jogo de palavras, feito por Rose Melo Vencelau, que bem retrata essa diferença: "**a origem da vida ainda é biológica, mas nem sempre a origem da filiação**. Os vínculos de sangue são profundos, mas os vínculos de afeto podem ser mais ainda, uma vez que são frutos de uma escolha"²². (grifos não constantes no original)

Prossegue a autora que "aquele que contribuiu apenas biologicamente para gerar uma pessoa, volta a sua vontade para a não paternidade. Uma vez não coincidindo o genitor na pessoa do pai, **há o direito da personalidade do conhecimento da origem biológica, sem que isto implique em alteração do status de filho**"²³. (grifos não constantes no original)

O estado de filiação é definido por Gustavo Tepedino como "a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, sendo designada, do ponto de vista dos pais, como relação de paternidade e maternidade"²⁴.

É um conceito relacional, pois, conforme Paulo Lobo, o estado de filiação é a

qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e maternidade, em relação a ele²⁵.

²² VENCELAU, Rose Melo. *Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin (Orgs.). **Diálogos sobre o Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 398.

²³ *Ibidem*, p. 400.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Dey Rey Editora, 1997. p. 549.

²⁵ LOBÔ, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 507.

Já a origem biológica pode ou não amparar o estabelecimento da paterno-materno-filial. Paulo Lôbo, assim, divide a filiação em biológica e não biológica (adoção e procriação artificial heteróloga)²⁶.

Daí a diferença entre o direito ao estado de filiação e o direito ao conhecimento à origem genética. Aquele "nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, **tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda, de direito da personalidade**. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram"²⁷. (grifos não constantes no original)

Cada pessoa tem o direito ao estado de filiação. Quando não há o estabelecimento da filiação, a busca da origem biológica ganha papel importante, no campo de direito de família, como fundamento do reconhecimento da paternidade ou maternidade. Mas apenas nessa hipótese, de não ter sido construído qualquer espécie de laço filial, se reivindica o estado de filiação, pautado no vínculo biológico. A busca da origem genética para vindicar novo estado de filiação é inadmissível.

Por outro lado, toda pessoa tem o direito de conhecer sua origem genética, espécie de direito da personalidade, para a preservação de sua saúde e vida, direito esse "individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independente da origem (biológica ou não)"²⁸.

Por conseguinte, o direito ao conhecimento da ascendência biológica ou genética configura-se um direito fundamental de cada pessoa, podendo não se atribuir efeitos jurídicos. Existindo o estado de filiação socioafetiva, o filho pode buscar a sua origem biológica, como direito de personalidade, sem o efeito de determinar a paternidade.

²⁶ Ibidem, p. 507-508.

²⁷ Ibidem, p. 523.

²⁸ Ibidem, p. 525.

2. O CONHECIMENTO DA VERDADE BIOLÓGICA E A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA - A ADOÇÃO E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA.

2.1 O afeto nas relações entre pais e filhos: a filiação socioafetiva.

A afetividade é um princípio jurídico do direito de família constitucional. Faz-se presente não só nas relações conjugais, mas também nas relações entre paterno-filiais.

O afeto, um conceito a princípio incerto, permite inclusive estabelecer quem é realmente o pai. Como claramente percebe Silvana Maria Carbonera, "o aspecto sócio-afetivo do estabelecimento da filiação baseado no comportamento das pessoas que a integram, revela que talvez o aspecto aparentemente mais incerto, o afeto, em muitos casos é o mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais"²⁹.

As procriações artificiais, também chamadas de reproduções assistidas, consagraram, junto com a adoção, a verdade afetiva da filiação, mostrando que a filiação não se estabelece apenas no vínculo biológico. No tocante ao tema, Jacqueline Nogueira expõe que "a realidade das procriações artificiais revelou aos juristas que o vínculo genético a tudo não justifica, que a base do real relacionamento entre pais e filhos, acima do sangue e das leis dos homens, é mais forte e mais profundo"³⁰.

Hoje se consegue, com o exame de DNA, enxergar, com quase absoluta certeza (99,99%), a ascendência biológica ou genética, porém, nem sempre é o bastante. A filiação socioafetiva tem uma visão inovadora na medida em que prioriza os reais sentimentos de pai e filho sobre os laços biológicos.

²⁹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: 2000. p. 400.

³⁰ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 98.

Com efeito, a definição da paternidade, da maternidade, leva igualmente em conta conceitos reveladores de um parentesco socioafetivo. Pai também é aquele que estabelece laços de paternidade socioafetiva, que lhe dá o nome de família, que lhe trata como filho.

Afirma-se que a paternidade socioafetiva é captada juridicamente na expressão da "posse de estado de filho". A legislação pátria não contempla expressamente a "posse de estado de filho" como elemento importante na definição da filiação, como faz outros países, como França e Portugal. Mas alguns doutrinadores vêm defendendo a prevalência da "posse de estado de filho" como uma resolução mais benéfica às partes envolvidas nesses conflitos, preservando principalmente a criança ou o adolescente.

E o que é a "posse de estado de filho"? Jacqueline Nogueira entende que é "a relação de afeto íntimo e duradouro, exteriorizado e com reconhecimento social, entre homem e uma criança, que se comportam e se tratam como pai e filho, exercitando os direitos e assumem as obrigações que essa relação paterno-filial determina"³¹.

São seus elementos, conforme a doutrina, o nome, o trato e a fama, tendo um importante peso principalmente o segundo elemento, ou seja, o tratamento de pai para filho.

Jacqueline Filgueras Nogueira³², em sua obra, conclui que a proteção da "posse de estado de filho" evidencia a verdadeira relação que deve estar presente entre pais e que, por isso, a "posse de estado de filho" deve receber específica previsão e proteção legal.

Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva sustentam que

a filiação é uma relação construída, quotidianamente, e exige de seus membros um agir positivo, um comportamento qualificado pela existência de um tratamento recíproca de pai e filho. Em outras palavras, trata-se da construção fática da posse de estado de filho, que representa a valorização da vertente afetiva da relação, e que transcende o sentido biológico que pode, ou não ter

³¹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 194.

³² Idem.

lhe dado origem. **Contemporaneamente, o papel de pai é muito mais amplo, muito mais rico em detalhes do que o papel de genitor, visto que 'a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético'**.³³

(grifos não constantes no original)

Na mesma idéia, pergunta sabiamente Zeno Veloso:

Mas quem deve ser o pai? **Este, ou o cidadão que acolheu e embalou a criança, que a acompanha à escola, ao estádio de futebol? Que a assiste, alimenta, corrige, educa, cria? Quem ama o filho?** Com certeza absoluta, não é o laudo do biólogo molecular que resolverá o problema. Afinal, a paternidade se faz e se constrói. A paternidade é mais viva, autêntica e apreciável, implica uma adoção que se renova a cada dia³⁴.

(grifos não constantes no original)

Em seguida, prossegue o autor em questão:

Paradoxalmente, nas vésperas de um novo milênio, a poderosíssima prova do DNA, em muitos casos, pode não ter importância nenhuma, pode não ter qualquer serventia, pode não interessar coisa alguma, porque **a verdade que se busca e se quer revelar e prestigiar, nos aludidos caos, não é a verdade de sangue, mas a**

³³ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 357.

³⁴ VELOSO, Zeno. VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 389.

verdade que brota exuberante dos sentimentos, dos brados da alma e dos apelos do coração³⁵.

(grifos não constantes no original)

A filiação socioafetiva põe em cheque a verdade biológica da filiação. Essa verdade torna-se relativa, o que não significa que o vínculo afetivo entre pais e filhos afasta automaticamente ou sempre a verdade biológica. De acordo com Maria Christina de Almeida,

Hoje, há várias faces ou verdades da filiação, e a instituição de mais de um modelo não exclui que ser filho é, antes de tudo, um dado biológico, diante do interesse e relevância do conhecimento da origem genética delineados neste estudo para a formação do vínculo cognatício, qual seja, fundado na igualdade de sangue³⁶.

Nesse sentido, também Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva:

Todavia, é preciso que se tenha em conta que não há nenhuma sustentação jurídica definitiva para afirmar a supremacia de um dos sentidos em relação ao outro. O que se tem, a rigor, é a necessidade de uma análise específica em cada caso concreto, respeitando assim o sentido proposto pelo princípio material.

³⁵ Idem.

³⁶ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade da Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 184.

Indica FACHIN uma saída:

A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos. É uma moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos.³⁷

(grifos não constantes no original)

A disciplina jurídica da determinação da filiação deve conjugar esses vetores, segundo Fachin, de modo que poderá encontrar a superação das deficiências do sistema clássico, acolhendo a paternidade verdadeira, e não ficta, na ambivalência sopesada das verdades biológica e socioafetiva³⁸.

Sendo assim, fica claro que não se está aqui defendendo a adoção única ou prevacente da verdade socioafetiva sobre as demais, o que seria deixar um modelo, um paradigma para adotar outro.

2.2 O conhecimento da verdade biológica nos casos de adoção e de reprodução assistida heteróloga.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, existe regra que permite expressamente vindicar o direito ao reconhecimento da origem biológica. Trata-se da Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, chamada de Lei Nacional da Adoção.

Assim, a referida Lei altera o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual passa a pronunciar o seguinte:

³⁷ FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade:** Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 29.

³⁸ Idem, p. 33.

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

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Também existe a ação de investigação da paternidade, utilizando-se do exame de DNA, porém, o objeto é outro: nessa ação busca-se estabelecer o vínculo entre pai e filho, constituindo ou modificando o *status* de filho. Já no reconhecimento da origem genética, o que se deseja é conhecer o genitor, sem qualquer consequência no estabelecimento da paternidade³⁹.

Ainda que não existisse no ordenamento brasileiro expressa proteção relativa ao direito fundamental da pessoa de conhecer sua ascendência genética, esse direito estaria garantido, visto que a Constituição brasileira consagrou tratamento isonômico entre todas as categorias de filhos (art. 227, §6º, CF/88); que o Brasil recepcionou a Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989, que consagra o direito de toda criança conhecer seus pais biológicos, por meio do Decreto nº. 99.710/90; e a possibilidade de outros direitos fundamentais não expressos na Constituição serem reconhecidos (art. 5º, §2º, CF/88)⁴⁰.

No que atina aos casos de filiação socioafetiva - adoção e reprodução humana heteróloga -, subsiste o direito ao conhecimento da origem biológica, já que "conhecer a ascendência genética paterna é parte integrante da natureza e do ideário do ser humano", devendo o sistema jurídico abrigar essa necessidade, bem como elevá-la à categoria de direito fundamental, como analisa Maria Christina de Almeida⁴¹.

³⁹ VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p.391.

⁴⁰ ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 102.

⁴¹ Ibidem, p. 116.

Segundo a autora citada, essa necessidade de descoberta da origem, tão presente nos vínculos formados por adoção, provocou no sistema jurídico brasileiro, pelo enfoque da jurisprudência, a expressão valorativa do direito de ter ciência de quem são os pais genéticos, correspondendo este a uma **necessidade psicológica da pessoa adotada de conhecer os seus progenitores**⁴².

(grifos não constantes do original)

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em 2000, reconheceu a necessidade psicológica da criança de conhecer os pais biológicos, subsistindo inalterada a adoção⁴³.

Ainda, Maria Christina de Almeida conclui em sua obra que "o conhecimento da origem biológica requer mais do sistema jurídico, e é assim que se prima por um descender, com dignidade, possibilitando ao filho o livre acesso aos dados de sua progenitura paterna"⁴⁴. A Lei Nacional da Adoção veio, portanto, nesse sentido.

Com relação especificamente à adoção, Reinaldo Pereira e Silva sustenta que o direito brasileiro não possui restrição alguma ao conhecimento da ascendência biológica por parte do filho adotado e que se um filho não adotivo pode intentar a ação de investigação de paternidade contra o suposto pai biológico, mesmo que possua indicação de paternidade em sua certidão de nascimento, por igual direito, o filho adotado pode busca o conhecimento da ascendência biológica⁴⁵. Agora, com a alteração do art. 48 do ECA, através Lei Nacional da Adoção, não cabe mais discussão quanto a esse direito ou não.

⁴² Ibidem, p. 82.

⁴³ REsp. nº. 127.541/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 10/04/2000, DJU 28/08/2000.

⁴⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 191.

⁴⁵ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 248-249.

Quanto à reprodução assistida heteróloga, há norma do Conselho Federal de Medicina nº. 1.358/92 que, ao contrário, estabelece a obrigatoriedade do sigilo da identidade do doador⁴⁶, como se pode conferir:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.
- 2 - **Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.**
- 3 - **Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores.** Em situações especiais, as informações sobre doadores, **por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos**, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

(grifos no constante no original)

Porém, trata-se de uma resolução e, como se sabe, ninguém pode deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei (art. 5º, inc. II, CF/88).

Destaca Rose Melo Vencelau que há algo em comum nas situações da adoção e da reprodução humana heteróloga, qual seja a manifestação de vontade de não ser pai. Diz a referida autora que "Tanto aquele que 'dá' o filho para adoção, quanto aquele que 'doa' o sêmen para a efetivação de técnicas de reprodução humana assistida, não desejam ser pais", de modo que "nessas situações, ainda que se considere que o vínculo

⁴⁶ Resolução CFM nº. 1.358/92

de paternidade não possa se estabelecer com o genitor, há legítimo interesse em conhecer a origem biológica"⁴⁷.

Diante disso, conclui que

Com efeito, **qualquer um, independente de ser seu status de filho estabelecido, que não conheça sua origem genética, em respeito à tutela da dignidade da pessoa humana, faz jus a ver reconhecida tal proteção.** Isto porque, sendo a tutela da pessoa abrigada por uma cláusula geral, não tem seu conteúdo resumido a situações tipicamente previstas, mas, também, abrange situações atípicas⁴⁸.

(grifos não constantes o original)

Cabe salientar que nem todos pensam assim sobre o tema. Eduardo Oliveira Leite, por exemplo, manifestou-se ao contrário, apontando vários argumentos, que, com todo o respeito, não podem ser aceitáveis. Segundo ele, o anonimato impõe-se no interesse da criança, pois é uma garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família e do desinteresse do doador que contribuiu para a sua formação, que, na hierarquia dos valores, prevalecem sobre o suposto direito de conhecimento de sua origem⁴⁹.

Ora, hoje se tem uma família eudemonista, em que a felicidade de cada membro da família é o que importa e não a da instituição familiar, de modo que se a criança adotada ou fruto da procriação artificial heteróloga deseja conhecer sua origem genética, não há motivo algum que possa impedir a realização desse direito, mas, muito pelo contrário, há motivo suficiente para que possa realizá-lo, qual seja: o desenvolvimento de sua personalidade.

⁴⁷ VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 393-394.

⁴⁸ Ibidem, p. 394-395.

⁴⁹ LEITE, Eduardo Oliveira. Procriações artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995. p. 339.

Também argui Eduardo Oliveira Leite que a alegação de que a criança tem direito a conhecer sua origem genética realça expressivamente a paternidade biológica, que já teria sido ultrapassada no direito de filiação mais moderno, pela paternidade afetiva⁵⁰. Todavia, como demonstrado no tópico anterior deste artigo, o momento presente é de não adotar conceitos fechados da filiação, mas abertos, voltados ao caso concreto, sendo que não há uma modalidade de filiação que prevaleça sobre a outra.

Ainda defende o aludido autor que o conhecimento da origem genética não tem a ver com a dignidade da pessoa humana, porquanto pode haver maior respeito da dignidade da pessoa humana quando não há o conhecimento da origem genética de alguém, como por exemplo, para uma criança que está perfeitamente inserida numa família o conhecimento de sua origem não lhe acrescentaria nada⁵¹. Justamente, esse seria um caso concreto, em que a criança poderia não tem interesse em conhecer a sua origem genética, mas não é por isso que se deve impedir a realização desse direito àquelas que a desejam, sob pena de lhe violar a sua dignidade humana, um direito de todos os seres humanos.

Um último argumento levantado por Eduardo Oliveira Leite é que uma criança desejada, como se dá na inseminação artificial, e plenamente inserida no meio afetivo familiar, excepcionalmente terá interesse em conhecer sua origem genética, o que não justifica o afastamento da regra do anonimato, que tem se mostrado altamente benéfica aos pais, aos doadores e as crianças⁵². Percebe aqui que há o reconhecimento de que algumas crianças têm o desejo de conhecer sua origem biológica e, além disso, aqui novamente está se defendendo uma posição fechada, em que não se admite qualquer exceção, não apreende os casos concretos da vida, mais especificamente as individualidades de cada criança. Se para umas o conhecimento de sua origem genética não importa, muitas outras pessoas anseiam fortemente, mesmo apresentando um pai e/ou uma mãe socioafetiva presente, esse conhecimento, não para estabelecer um estado de filiação, pois já existe, mas apenas para atender uma necessidade psicológica de seu desenvolvimento.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Ibidem, p. 340.

⁵² Ibidem, p. 341.

CONCLUSÃO

O vínculo biológico muitas vezes anda junto com a filiação, mas não sempre. Nas adoções e nas reproduções humanas heterólogas, o vínculo de afeto desenvolvido, o desejo de ser pai ou mãe estabelecem um legítimo estado de filiação.

Daí ser necessária a distinção entre o direito ao estado de filiação e o direito ao conhecimento à origem genética. São direitos distintos: aquele está inserido no direito de família e o segundo no direito da personalidade.

O direito ao conhecimento da ascendência biológica ou genética configura-se um direito fundamental de cada pessoa, podendo não se atribuir efeitos jurídicos do estado de filiação. Existindo o estado de filiação socioafetiva, o filho pode buscar a sua origem biológica, como direito de personalidade, sem o efeito de determinar uma nova filiação.

Nos casos de filiação socioafetiva, em geral, os filhos não têm informações sobre sua origem biológica, porém, muitos desejam tê-las, como forma de suprir uma necessidade psicológica de seu desenvolvimento. Manifestando o filho socioafetivo o desejo de conhecer sua origem biológico-genética, sem o fim de estabelecer um estado de filiação, visto que esse já está estabelecido, não há qualquer motivo legítimo para não garantir esse direito.

O direito à identidade pessoal, o qual inclui o direito ao conhecimento da origem biológico-genética, aparece como direito fundamental existente na relação privada, expresso nas Constituições européias e em documentos internacionais. No ordenamento brasileiro, a Lei Nacional da Adoção, que entrou em vigor recentemente, no final de 2009, alterou o art. 48 do ECA, que passou a fazer expressa referência ao direito de conhecer a origem biológico-genética.

Contudo, ainda que não existisse essa menção legal, ainda assim, a colocação da pessoa nas preocupações do direito civil-constitucional e o princípio da dignidade

humana permitiriam a garantia desse direito nos casos de adoção e de procriação artificial heteróloga.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Christina de. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade da Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 127.541/RS**, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 10/04/2000, DJU 28/08/2000.

CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Os filhos da democracia. *In*: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coords.). **Direito privado e Constituição**. Ensaios para uma Recomposição Valorativa da Pessoa e do Patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p. 321-260.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: 2000. p. 273-313.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-filiação e os Efeitos Jurídicos da reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. *In*: **Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo**. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das Famílias. *In*: **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 24, p. 136-156.

LOBÔ, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 505-530.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" Entidades Familiares. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org). **A Construção de Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 16-32.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem**. Determinação da maternidade. "Mãe de aluguel". São Paulo: Gênese, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *In*: **Família e Dignidade humana** (Coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Anais do V Congresso brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 613-640.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? *In*: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise**. Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 219-228.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 235-259.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação civil-constitucional. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo**. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997. p. 547-583.

VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 379-390.

VENCELAU, Rose Melo. O elo perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. *In*: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et. al.* (org.). **Diálogos sobre o direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 379-400.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos direitos fundamentais de uma teoria geral dos "novos direitos". *In*: Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite (Org). **Os "Novos" Direitos no Brasil**. Naturezas e perspectivas. Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas. Saraiva, 2003. p. 1-31.