



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**DIREITO À HISTORICIDADE: O CONHECIMENTO DA IDENTIDADE
GENÉTICA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL PROTEGIDO
PELO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA
BIOCONSTITUIÇÃO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Silvio Augusto Pellegrini de Oliveira

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número do candidato: 20161174

Setembro de 2019

Lisboa

DEDICATÓRIA

Me recordo como se fosse hoje, minha mãe, do teu último sorriso, do seu toque, do teu cheiro, de como você era preocupada com o meu bem estar, com a minha evolução no Direito, e como me incentivava, como torcia para que eu me tornasse cada vez mais, uma pessoa melhor. Mesmo não estando mais neste plano, sinto a sua presença a todo instante, me guiando pelos caminhos a que escolho seguir. Porém, mesmo com a saudade, tenho certeza de que um dia, nos veremos de novo. É para você, minha mãe, a quem dedico esta dissertação.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer aos docentes da Universidade Autónoma de Lisboa *Luís de Camões*, pela oportunidade de aprendizado e pelas reflexões durante o Mestrado em Direito.

Um especial agradecimento à minha orientadora, Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, por ter me aceitado como seu orientando, compartilhando seus ensinamentos, que tenho certeza, que vou carregar comigo por toda a vida.

À minha família, minha esposa Juliana Butini Oliveira, por estar sempre a meu lado nos momentos mais difíceis desta trajetória, nunca me deixando desistir e me aconselhando. A meu pai, Dr. Aparecido Nunes de Oliveira, espelho de sabedoria e de honra no Direito. Sem vocês, nada disso seria possível.

RESUMO

O ser humano, nos últimos anos, obteve um enorme avanço tecnológico nas pesquisas que envolvem o genoma humano e as técnicas de reprodução, obtendo resultados que, até pouco tempo atrás pareciam ser impossíveis. E os resultados que essas descobertas vêm trazendo, acabam por gerar discussões não apenas no campo da biomedicina, mas também para o Direito, onde a coisificação do ser humano passa a ser tratada como uma violação da dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente, aos direitos fundamentais. Nesse sentido, os direitos fundamentais acabam ocupando um enorme destaque no âmbito da seara jurídico-constitucional contemporânea. Assim, é preciso analisar se, com os avanços da Biomedicina, é possível afirmar que os direitos fundamentais passariam a sofrer os impactos das novas tecnologias aplicadas, com reflexos na dignidade da pessoa humana. Para tanto, enfrentar-se-ão algumas questões como saber o que é o genoma humano, e o entendimento que é atribuído às expressões “identidade genética” e “identidade pessoal”. Com isso, podemos examinar os projetos existentes sobre o genoma humano na atualidade, e as principais tecnologias existentes. Na tentativa de descobrir se existem ameaças aos direitos fundamentais, analisa-se a evolução jurídica do genoma humano, através dos diplomas legislativos existentes. Além do que, é preciso compreender o que se entende por dignidade da pessoa humana. Entender como a Constituição de Portugal enfrenta o conhecimento da identidade genética como um direito fundamental à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, é um ponto de enorme destaque, e que se justifica, na medida em que, como manifestação da personalidade humana, o direito à historicidade do ser humano é uma conquista que deve ser protegida pelo Direito. Seguindo com a pesquisa, pretende-se investigar como as novas técnicas da Biomedicina influenciam nos direitos fundamentais, quais os direitos que a pessoa humana possui quando estão envolvidas as questões genéticas, e quais os direitos e deveres dos envolvidos nestas questões. E por fim, quanto à problemática dos limites que o direito fundamental a identidade genética traz ao ser humano, serão abordadas questões como as técnicas de procriação mediante assistidas, e os casos onde não há a assistência médica; as doações de gametas e o direito ou não ao anonimato do doador, concretizando esses problemas através dos conflitos existentes à luz dos direitos fundamentais, como o direito à saúde, a liberdade de investigação científica, e atuação do Estado-Juiz e do Legislador frente a essas situações.

Palavras Chave: Biomedicina; direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; identidade genética; historicidade.

ABSTRACT

In the last few years, human beings have made enormous advances in research involving the human genome and reproduction techniques, obtaining results that until recently seemed impossible. And the results that these discoveries have brought about, end up provoking discussions not only in the field of biomedicine, but also in the law, where the right to humane treatment is treated as a violation of the dignity of the human person, and consequently, the rights fundamental rights. In this sense, fundamental rights end up occupying an enormous prominence within the scope of contemporary legal-constitutional court. Thus, it is necessary to analyze if, with the advances of Biomedicine, it is possible to affirm that fundamental rights would suffer the impacts of the new applied technologies, with reflections on the dignity of the human person. To do so, we will face some questions like knowing which is the human genome, and the understanding that is attributed to the expressions “genetic identity” and “personal identity”. With this, we can examine the existing projects on the human genome today, and the main existing technologies. In an attempt to find out if there are threats to fundamental rights, the legal evolution of the human genome is analyzed through existing legislative instruments. Besides, we must understand what is meant by the dignity of the human person. Understanding how the Constitution of Portugal confronts the knowledge of genetic identity as a fundamental right in the light of the principle of the dignity of the human person, is a point of great prominence, and that is justified, inasmuch as, as a manifestation of the human personality, the right to the historicity of the human being is an achievement that must be protected by law. Following the research, we intend to analyze how the new techniques of Biomedicine influence fundamental rights, what rights the human person has when genetic issues are involved, and what rights and duties of those involved in these issues. And finally, as regards the problematic of the limits that the fundamental right to genetic identity brings to the human being, will be approached questions such as the medically assisted procreation techniques, and the cases where there is no medical assistance; the donations of gametes and the right or not to the anonymity of the donor, concretizing these problems through existing conflicts in the light of fundamental rights, such as the right to health, freedom of scientific investigation, and the role of the State Judge and the Legislator in these situations.

Keywords: Biomedicine; fundamental rights; dignity of human person; genetic identity; historicity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. GENOMA HUMANO.....	12
1.1. Conceituações básicas: Identidade Genética, Identidade Pessoal, Genoma Humano e Intimidade Genética	12
1.2. Os testes genéticos em humanos e a terapias gênicas a fim de conhecer o genoma humano	17
1.3. O que é informação genética?	20
1.4. A proteção jurídica do genoma humano	24
1.4.1. As Declarações Internacionais	24
1.4.2. A Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina	28
1.4.3. A Carta Europeia de Direitos Fundamentais.....	29
1.4.4. A proteção jurídica atribuída nas Constituições no Direito Comparado.....	30
1.5. A Genética e a sua relação com os direitos da personalidade.....	32
2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	34
2.1. Concepções do princípio da dignidade da pessoa humana	34
2.1.1. Concepções filosóficas;.....	34
2.1.2. Concepção jurídica.	40
2.2. Os direitos humanos frente as transformações biotecnológicas.....	42
2.3. A dignidade da pessoa humana como norma jurídica fundamental na Constituição de Portugal	45
3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA BIOCONSTITUIÇÃO.....	49
3.1. Conceito de Bioconstituição.....	49
3.2. Conceito de Direitos Fundamentais e suas espécies	52
3.3. As dimensões dos direitos fundamentais na Bioconstituição.....	56
3.4. A técnica da ponderação de interesses como mecanismo de pacificação entre a colisão de direitos fundamentais envolvendo a identidade genética	60
4. O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA COMO GARANTIA DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE HUMANA	65
4.1. O princípio do livre planejamento familiar e o da intervenção mínima do Estado nas formações familiares	65

4.2. Do direito ao conhecimento da identidade genética dos filhos gerados através da procriação medicamente assistida heteróloga	70
4.3. O sigilo da doação de gametas e o anonimato do doador	80
4.3.1. A garantia de preservação das relação familiares	82
4.3.2. O entendimento do Direito Português quanto ao anonimato do doador de material genético	85
4.3.3. A posição do Tribunal Constitucional.....	89
4.4. Desbiologização da paternidade.....	91
4.5. Reflexões da atualidade envolvendo o acesso à identidade genética.....	96
4.5.1 Conhecimento da origem biológica em decorrência de doenças genéticas por parte da pessoa fecundada com sêmen provenientes de bancos genéticos	96
4.5.2. Da viabilidade dos doadores de espermatozoides a bancos terem acesso às fecundações produzidas com o seu material genético.....	99
4.5.3 Inseminações artificiais heterólogas sem assistência médica	101
4.5.4. A inseminação artificial post mortem	106
4.5.5. A maternidade ou a gestação de substituição.....	109
5. DIREITO À HISTORICIDADE.....	114
5.1. A relação existente entre a dignidade da pessoa humana e o direito ao conhecimento da identidade genética na Bioconstituição	114
5.2. Formas de acesso e conhecimento da identidade genética.....	121
5.3. A proteção legal do conhecimento da identidade genética	126
5.4. Os limites da identidade genética.....	131
5.5. A atuação dos órgãos do Estado na concretização do acesso à identidade genética: As Conservatórias do Registro Civil das Pessoas Naturais como fonte legal e segura para a guarda e o fornecimento das informações genéticas.....	135
CONCLUSÃO	145
BIBLIOGRAFIA.....	154

SIGLAS

ADN – Ácido desoxirribonucleico
AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ART – Artigo
BGB - Constituição da Alemanha
CDHB – Convênio Relativo aos Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa
CEDF – Carta Europeia dos Direitos Fundamentais
CFM – Conselho Federal de Medicina
CIB – Comitê Internacional de Bioética
CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CPC – Código de Processo Civil
CRC – Código do Registro Civil
DIDGH – Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos
DL – Decreto-Lei
DNA – Ácido desoxirribonucleico
DUBDH - Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
DUGHDH - Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos
PGH – Programa Genoma Humano
PMA – Procriação medicamente assistida
LPMA – Lei da Procriação medicamente assistida
RA – Reprodução Assistida
RJDEAD – Regime Jurídico dos Documentos Eletrônicos e da Assinatura Digital
RNA - Ácido ribonucleico
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TC – Tribunal Constitucional
UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura

INTRODUÇÃO

Todos somos testemunhas das conquistas alcançadas pelo homem nos últimos anos no campo da genética, tarefa esta que até pouco tempo atrás parecia ser quase impossível. Ao mesmo tempo que as pesquisas avançam, avançam também as preocupações de suas aplicações junto ao ser humano, pois sabemos que para se chegar a um alto nível de conhecimento, são necessários recursos particulares, estando cada vez mais presente o risco de reduzir-se a pessoa a mero objeto, violando-se a dignidade da pessoa.

Assim, se de um lado não se questiona o quão importante sejam os avanços tecnológicos trazidos pela biomedicina - obtidos através dos projetos do genoma humano - de outro, essas descobertas acabam por representar reais ameaças à vida, à dignidade e aos direitos fundamentais em geral. E é justamente em razão dessas ameaças ou violações aos direitos fundamentais, que o Direito tem reconhecido o surgimento de novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais.

Porém, o importante é salientar que o sentido, as funções e a eficácia dos direitos fundamentais na era tecnológica ocupa uma posição de grande destaque no direito constitucional contemporâneo.

O direito ao conhecimento da historicidade de cada ser humano, é um direito personalíssimo que deve ser protegido pela legislação de cada país. Portanto, o objetivo da presente pesquisa é analisar como este direito fundamental do conhecimento das origens genéticas, e como consequência, à historicidade, pode se adequar ao princípio da dignidade da pessoa humana, sem que ofenda outros direitos e garantias fundamentais que são alicerces do Direito de Família.

Neste sentido, é importante entender qual o conceito de genoma humano e qual o sentido atribuído para as expressões “identidade genética” e “identidade pessoal”. Uma vez examinados estes conceitos, partir-se-á para o estudo dos testes genéticos em seres humanos das terapias gênicas, entendendo como estão ocorrendo essas pesquisas e seus avanços.

No que tange à evolução da proteção jurídica do ser humano, seja no plano interno ou no internacional, quatro Declarações Internacionais merecem destaque: a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos; a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos; a Declaração das Nações Unidas sobre a Clonagem Humana e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Aponta-se, também, a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina; a Carta Europeia de Direitos Fundamentais, e no plano do direito comparado, as Constituições da Suíça e do Brasil.

Em todos os diplomas mencionados, existe uma preocupação central e que persegue todos os países, qual seja, o de que a comunidade internacional compartilha severas preocupações com os avanços decorrentes da genética aplicada às ciências da vida, e por isso, tendem a produzir, cada vez mais, normas que atendam aos ditames dos direitos humanos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Compreender o que é a dignidade da pessoa humana é um problema recorrente tanto para os filósofos como para os juristas. Parte-se, portanto, das concepções de Kant, de Hegel, de Dworkin e de Habermas, para em momento posterior, analisar a compreensão jurídica da dignidade da pessoa humana e como ela está tratada no Direito Constitucional de Portugal. Entender o que é a dignidade da pessoa humana, é um trabalho intelectual que exige conhecimentos da história da humanidade não apenas no campo do Direito, mas também da filosofia, da ética, da moral e de outros elementos sociais e antropológicos que nos cerca, e que vem passando por mutações na medida em que a sociedade evolui.

Nesse ponto, a identidade genética, e o conhecimento de suas origens, passa a ser considerado como um direito pessoal e irrenunciável de cada ser humano, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. E, a Constituição de Portugal de 1976, como lei fundamental do país, traz a dignidade da pessoa humana dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, sendo um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Assim, é muito importante abordar o significado e o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, pois quanto mais as pesquisas científicas envolvendo o genoma humano se intensificam, as consequências que esses avanços trazem para a vida humana merecem um cuidado especial, para que não se cometam abusos ou violações aos direitos e garantias fundamentais. Consequentemente a esta ideia, os direitos fundamentais acabam se tornando o centro das atenções diante da manipulação do material genético humano.

Não se pode negar o impacto que as novas pesquisas no campo da Biomedicina trazem aos direitos fundamentais, principalmente no que toca ao Direito de Família. E como consequência, surge no ordenamento jurídico contemporâneo o termo “Bioconstituição”, que tem como objetivo, proteger o ser humano no que toca a seus direitos e garantias fundamentais, em especial quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como consequência desta ideia, um debate sobre os direitos fundamentais aparece no novo cenário jurídico-constitucional, qual seja, sobre as dimensões ou gerações dos direitos fundamentais. Essas dimensões, acabam sendo uma consequência das mudanças que a sociedade como um todo tem experimentado ao decorrer da história, que faz com que, a cada

nova experiência, a cada nova descoberta do ser humano, e de sua evolução, o pensamento quanto aos valores sociais mudem, e o Direito tem de se adequar a cada nova realidade experimentada.

Diante deste quadro apresentado, passamos por vários períodos históricos, que continuam a evoluir. Os séculos XVII e XVIII, podem ser apontados como o primeiro marco de dimensão dos direitos fundamentais. Nesta época, pensadores como Rousseau, Kant, Hobbes e Locke, traziam um pensamento iluminista baseado nas liberdades individuais, mas foi somente com as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, que essas questões começaram a ser positivadas.

E é neste cenário de evolução biotecnológica que os direitos fundamentais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser afetado, pois várias questões jurídico-constitucionais precisam ser enfrentadas como decorrência das pesquisas com os genomas humanos. Como exemplo, poderiam ser apontadas, questões como: a) Existe a possibilidade de uso de embriões excedentários advindas das clínicas de fertilização humana por outras pessoas que não obtiveram êxito em sua fecundação (adoção de embriões)?; b) A doação de embriões permitiria o fenômeno da tripla maternidade (mãe hospedeira, mãe genética e mãe social)? Continuando nessa indagação: o Direito Português permite esta possibilidade?; c) Em que momento exato se entende como o início da vida?; d) Como o Direito vai abranger essas novas formas de constituição familiar?; e) É possível regrar o anonimato do doador de material genético, impedindo ao ser humano gerado por essas técnicas de ter acesso à sua origem genética?; f) É possível a desbiologização da paternidade?; g) Os avanços da bioética e do direito de filiação possibilitam ao indivíduo o direito à sua identidade genética?; h) Como as pessoas menos abastadas, que não podem pagar pelos procedimentos de procriação medicamente assistidas, e que de forma clandestina, realizam fecundações, poderão garantir os seus direitos e de sua prole?

Essas são apenas algumas questões que foram inicialmente pensadas e que serão objeto de nossa pesquisa. Mas o importante é que são questões atuais e que ainda despertam dúvidas e curiosidades no mundo científico do Direito, e que o Estado não pode deixar de se abster em responder.

E, neste cenário de desenvolvimento Biotecnológico constante e incessante, a Bioética nos aparece com a intenção de cada vez mais, preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois são necessários novos debates jurídicos, novas perspectivas jurídicas para que o tratamento dessas questões sejam solucionadas e os seres humanos possam ter garantidos os seus direitos fundamentais. E como consequência lógica desses debates, o Biodireito deve se

alinhar à Bioética, como dois institutos que se complementam na tentativa de impedir abusos e violações de direitos.

A utilização de estudos genéticos, em especial no que diz respeito ao genoma humano, pode ser considerado nos tempos atuais como uma importante ferramenta que os cientistas possuem para a evolução humana, pois muitas doenças tem sido prevenidas e curadas com os estudos até então realizados, sem se falar na possibilidade de se obter, com grande grau de precisão, a determinação da origem genética do ser humano.

Possibilitar a cada ser humano o direito ao conhecimento de sua identidade genética é uma realidade cada vez mais presente na pós-modernidade. As pessoas, a cada dia, vêm buscando a sua historicidade, seja para encontrar memórias familiares, obter uma cidadania em países de origem familiar, seja para conhecer a sua herança genética, dentre outros. Trata-se de uma dimensão da individualidade de cada ser humano, que não pode ser negado e é irrenunciável e inalienável. Conhecer as origens da ancestralidade possui efeitos em muitos campos, não apenas no da medicina, mas também para fins de origem biológico ou genética, e por que não, para evitar questões que possam causar impedimentos matrimoniais.

Vê-se com grande margem de segurança, a possibilidade de se obter uma declaração de ascendência biológica sem se desconstituir a filiação existente e gerar efeitos sucessórios ou, ao contrário, conhecer a sua ascendência, sem que com isso, possa-se gerar a paternidade forçada de quem não a deseja, como nos casos de quem, no passado, doou material genético para uma clínica de fertilização humana. Esta tutela ao direito de conhecimento das origens genéticas e de sua historicidade, visa assegurar o direito de personalidade, que mais uma vez é decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

1. GENOMA HUMANO

1.1. Conceituações básicas: Identidade Genética, Identidade Pessoal, Genoma Humano e Intimidade Genética

Cada ser humano é único em sua individualidade, e apresenta características ímpar que o torna especial dentre os demais. Algumas dessas características, são visíveis a olho nu, como a cor do cabelo, dos olhos, da pele, e são conhecidas como fenótipo; já outras, necessitam de

maior análise para a sua constatação, como o tipo sanguíneo, que advém da carga genética que possuímos, se denominam genótipo.¹

Nesse sentido, o ADN é a base da herança genética que recebemos dos pais (metade de cada um) ao sermos fecundados, o que individualiza cada ser humano, gerando a evolução da espécie. E, nessa transmissão da carga genética advinda dos pais, há espaço para mutações genéticas.

Pode-se conceituar, assim, o genoma humano como “*o conjunto do material genético contido nos cromossomos de uma célula, ou ainda, a informação sobre cada indivíduo, sobre sua família biológica e sobre a espécie a que pertence*”.²

Esse conjunto de características, dá ensejo à expressão “identidade genética”. E, para que se possa entender o seu derradeiro conceito, é preciso esclarecer, de antemão, que a ideia de identidade genética está voltada para o indivíduo, ou seja, na identidade genética do indivíduo como base biológica de sua identidade pessoal.³ Isso significa dizer que a identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano individualmente considerado.⁴ Assim sendo, “identidade genética” e “individualidade genética” são expressões que se confundem, mas respeitadas as diferenças de cada uma.

No anteprojeto da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (DUGHDH), o art. 2.º, trazia a noção de que “*o genoma humano de cada indivíduo representa a sua identidade genética própria*”, o que fundamenta a ideia de que identidade genética e individualidade genética, são termos sinônimos.

Estabelecendo o direito à não manipulação do patrimônio genético, de se destacar o conteúdo da Resolução da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, do ano de 1982, que no tocante à engenharia genética, diz que: “*les droits à la vie et à la garantie humaine garantis par les articles 2 et 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme impliquent les droits d'héritier de caractéristique génétiques n'ayant subi aucune manipulation*”.⁵

¹ O gene é a unidade de informação hereditária do indivíduo (física e funcional), e que o ácido desoxirribonucleico (ADN) é a substância que constitui tais genes. Frequentemente comparada à forma de uma escada torcida em torno de um eixo imaginário, a molécula de ADN contém toda informação genética relativa ao ser vivo, informação que está distribuída ao longo dos cromossomos. Cada espécie tem um número característico de cromossomos, estruturas situadas no núcleo de uma célula que o armazenam bem como transmitem informações genéticas, sendo estrutura física portadora dos genes. A possibilidade de variação de um indivíduo para o outro, dentro da espécie humana, que conta com 23 pares de cromossomos, existe graças ao grau de maleabilidade do genoma humano (conjunto de informação genética contida nos 46 cromossomos), permitindo o desenho de novas combinações de genes. In: PETERLE, Selma Rodrigues – **O Direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 24.

² ROMEO CASABONA, Carlos Maria – **Genética y Derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 2 a 4.

³ PETERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 25.

⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e – **Introdução ao Biodireito: Investigações Político-Jurídicas sobre o Estatuto da Concepção Humana**. São Paulo: LTr, 2002. p. 29-30.

⁵ *Ibid.* Tradução livre do Autor: "Os direitos à vida e à garantia humana garantidos pelos artigos 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem implicam os direitos de herdeiro de características genéticas que não sofreram nenhuma manipulação".

A identidade pessoal, por sua vez, não se confunde com a identidade genética. Trata-se de um conceito mais amplo, que engloba dois elementos, quais seja, a parte biológica, que corresponde à identidade genética; de outro prisma, se considera o lado social, ou seja, a convivência do ser humano em sociedade com os outros indivíduos, que dá ensejo, portanto, à sua identidade pessoal.

A doutrina, de forma quase uníssona, defende a existências de duas dimensões da identidade pessoal: uma dimensão individual e uma dimensão relativa da identidade pessoal. OTERO diz que a dimensão individual “torna cada pessoa humana um ser único, original e irrepetível, diversidade esta que enriquece a humanidade, integrando o núcleos da respectiva dignidade e o respeito pelo caráter único e diversos dos seus elementos genéticos”.⁶ E BARBAS, tecendo comentários à dimensão relativa da identidade pessoal, revela que “compreende justamente ideia de relação com as outras pessoas, ou seja, toda a construção da história pessoal, noção bem mais complexa e abrangente”.⁷

De todos esses conceitos, extrai-se que a identidade pessoal do ser humano está em constante transformação, na medida em que a pessoa vai se desenvolvendo, se relacionando com outros membros da sociedade, e tendo novas experiências. A identidade genética, assim, como elemento da identidade pessoal, deve sofrer a necessária proteção pelo Direito.

O genoma humano, na definição de BARBAS, é “um conjunto de genes nucleares responsáveis pela transmissão dos caracteres hereditários e localizados os cromossomas, pode alterar radicalmente o comportamento do ser humano”.⁸ Revela que “o genoma é tão íntimo que está no cerne mais oculto da cédula e do cromossoma”.⁹

O Projeto Genoma Humano foi criado inicialmente nos Estados Unidos, nos anos de 1990, com a intenção de, até o ano de 2005, mapear todos os genes que caracterizam a espécie humana, associando-os às possíveis enfermidades, prevenindo-as, combatendo-as, tratando-as e erradicando-as. Com o uso da informática e das novas tecnologias no setor médico, em especial da engenharia genética, os cientistas tem conseguido acelerar esse mapeamento, e a cada dia, novas descobertas são apresentadas.

PETTERLE, cita, a título exemplificativo, o programa de apoio institucional ao PGH, desenvolvido pelos Institutos Nacionais de Saúde e o Departamento de Energia dos Estados Unidos, onde de 3 a 5 % dos orçamentos destinados a esses setores, são revertidos para a

⁶ OTERO, Paulo – **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil Constitucional da Bioética**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 66.

⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**. Reimpressão da Edição de 1998. Coimbra: Almedina, 2006. p. 196.

⁸ *Ibid.* p. 204.

⁹ *Ibidem.*

pesquisa como genoma humano, tendendo a promover programas de estudos sobre aspectos éticos, legais, sociais, ou ainda, no âmbito da União Europeia, o Sexto Programa Marco, de 2002 a 2006, que destinou mais de dois bilhões de Euros com o fim de a Europa poder explorar mais concretamente os resultados relativos aos genomas dos organismos vivos, em benefício da saúde pública, bem como, colocar a Europa no mercado competitivo da indústria de biotecnologia.¹⁰

Mas, muito embora o PGH seja um grande avanço da medicina moderna, tendendo a diminuir o sofrimento humano, aumentando a qualidade de vida, de outro lado, vem despertando a audaciosidade de determinados setores, que com o acesso dessas descobertas, acabam, por muitas vezes, ofendendo a intimidade genética.

É o que vem ocorrendo, por exemplo, com as companhias de seguros e os contratos de trabalho. As companhias de seguro querem, por óbvio, firmar contratos de seguro com pessoas que não possuam qualquer tipo de problemas genéticos que possam causar eventual sinistro, ou ainda, no caso de sua confirmação, aumentar o valor do prêmio. E para o segurado, existe o direito a não se submeter a essa pesquisa genética. O mesmo ocorre com os contratos de trabalho, onde o trabalhador poderia ser forçado a se submeter a um teste genético antes da assinatura do contrato de trabalho, ou em contrapartida, o trabalhador sonegar informações a respeito de qualquer doença preditiva que possa ter, criando, com isso, uma burla ao sistema e obtendo benefícios indevidos.

Permitindo-se a adoção dessas medidas, “o indivíduo cidadão passa a ser desconsiderado e criam-se categorias de indivíduos, os pacientes coletivos da nova medicina. Mesmo na ausência de sintomas, o risco genético é endeusado como a própria doença”.¹¹

BARBAS, a respeito dessas questões exemplificadas acima, nos lembra que:

A Resolução sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética, adoptada pelo Parlamento Europeu em 16 de Março de 1989, reclama a proibição de modo juridicamente compulsivo da selecção de trabalhadores com base em critérios genéticos, (n.º 14) e, solicita que os exames genéticos de trabalhadores... não sejam permitidos antes da sua contratação e que só devem ser efectuados com carácter voluntário...; apenas os interessados terão acesso aos resultados destes exames...; e que as violações sejam punidas penalmente...(n.º 16)¹²

¹⁰ PETERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 27-28.

¹¹ GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel – **A bioética no século XXI**. *Bioética*. Brasília, v.7, n. 2, 1999, p. 211.

¹² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit.* p. 204

A mesma Resolução, acima mencionada, trata das questões dos contratos de seguro.

Vemos, diante dos exemplos acima colacionados, que o direito à intimidade genética está em rota de colisão com os avanços das pesquisas científicas do campo da genética, e em razão dos dados genéticos serem integrantes da esfera íntima do homem, devem ser protegidos.

Conforme a classificação apresentada por FRANÇA, o direito à intimidade é espécie do gênero direito à privacidade, o qual diz respeito a todos aqueles costumes pessoais que cabe somente ao indivíduo a escolha de sua divulgação ou não, representando a disposição do cidadão sobre todas as informações a seu respeito.¹³

O núcleo do direito à privacidade, como leciona CARVALHO:

É a faculdade concedida ao indivíduo, a todos oponível, de subtrair à intromissão alheia e ao conhecimento de terceiros certos aspectos da sua vida que não deseja participar a estranhos, ou seja, de decidir o que vai desnudar aos outros, de que forma e em que circunstâncias.¹⁴

HAMMERSCHMIDT, fazendo um levantamento sobre a normatização do direito à intimidade genética nos textos internacionais, diz que:

O direito à intimidade encontra seu fundamento em diversos textos internacionais, tais como: a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e dos Direitos Humanos da Unesco (art. 7.º); o Convênio relativo aos Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, realizado em Oviedo, em 4 de abril de 1997 (art. 10.º); e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada na Conferência Geral da Unesco, em 16 de outubro de 2003 (art. 14.º, "a").¹⁵

¹³ FRANÇA, Rubens Limongi – **Direitos Privados da Personalidade**. *Revista dos Tribunais*. Vol. 370. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966. p. 10-11.

¹⁴ CARVALHO, Ana Paula Gambogi – **O consumidor e o direito à autodeterminação informacional**. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 46. São Paulo: 2003. p. 83-84.

¹⁵ HAMMERSCHMIDT, Denise – **Alguns Aspectos da informação, intimidade e discriminação genética no âmbito jurídico internacional**. [Em linha]. Brasil: [sd]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <http://www.enm.org.br/docs/biblioteca/Alguns%20aspectos%20da%20informa%C3%A7%C3%A3o,%20intimidade%20e%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20no%20%C3%A2mbito%20jur%C3%ADdico%20internacional%20-%20UEM.doc>. Art. 7.º da DUGH: "Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad". Art. 10.º da CDHB: "Vida privada y derecho a la información - 1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud (...); Art. 14.º, "a", da DIDGH: "Los Estados deberían esforzarse por proteger la privacidad de las personas y la confidencialidad de los datos genéticos humanos asociados con una persona, una familia o, en su caso, un grupo inidentificables, de conformidad con el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos". Tradução livre do Autor: Art. 7.º da DUGH: "A confidencialidade dos dados genéticos associados a uma pessoa identificável, conservada ou tratada para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade deve ser protegida nas condições estipuladas por lei." Art. 10.º da CDHB: "A vida privada e o direito à informação - 1. Toda pessoa tem o direito de ter a sua vida privada respeitada no caso das informações relativas à sua saúde (...); Art. 14.º, "a", DIDGH: "Os Estados devem procurar proteger a privacidade das pessoas e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, família ou, se for caso disso, um grupo não identificável, em conformidade com o direito interno compatível com o direito internacional em matéria de direitos humanos".

Para RUIZ MIGUEL, o conceito de intimidade genética pode-se definir como:

O direito a determinar as condições de acesso à informação genética, a qual se configura sobre dois elementos: um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo do direito à identidade genética se refere ao genoma humano em última instância e, por derivação, a qualquer tecido ou parte do corpo humano em que se encontre a informação genética; e o elemento subjetivo, que se constitui pela vontade do sujeito de determinar quem e em que condições se podem acessar a informação sobre o seu genoma, refere-se, por isso, à autodeterminação informativa.¹⁶

Do ponto de vista do direito fundamental, RUIZ MIGUEL defende uma natureza tridimensional do direito à intimidade genética: subjetiva, objetiva e axiológica.¹⁷

1.2. Os testes genéticos em humanos e a terapias gênicas a fim de conhecer o genoma humano

O ser humano sempre foi fascinado pelo aperfeiçoamento de sua espécie. Desde os tempos mais remotos, ficções e lendas (em especial na Mitologia Grega), traziam no imaginário humano a ideia de padronização do homem, retirando-se as fragilidades humanas e acrescentado a figura de deuses, o que culminou nos *Hércules*.¹⁸

O homem, ao longo dos anos, sempre tentou produzir bens de consumo mais modernos e eficientes, e a cada dia, novos produtos são lançados, e as propagandas de incentivo dessas mercadorias faz-nos parecer que os mesmos são indispensáveis, onde a ausência pode colocar

¹⁶ RUIZ MIGUEL, Carlos – *La nueva frontera del derecho a la intimidad*. *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.º 14. p 150. ene./jun.,2001. p. 147-167. Explicando esses conceitos, o autor afirma que “Do ponto de vista subjetivo, a intimidade genética constitui um poder exercitável pelo titular, tanto negativamente como positivamente. Assim, o tipo negativo ou de defesa supõe o poder do titular para excluir dos demais o acesso ou tratamento de sua informação genética. E em sua vertente positiva ou prestacional, implica a faculdade de exigir a intervenção dos poderes públicos para proporcionar uma efetiva proteção genética. A dimensão objetiva do direito à intimidade genética significa que se concede relevância à proteção desse direito, sendo de interesse geral a sua defesa, que se traduz no estabelecimento de órgãos e de procedimentos que operam na defesa do direito independentemente da atuação do titular. E, na dimensão axiológica, o direito à intimidade genética afirma que o genoma humano pode contemplar-se desde duas perspectivas: por um lado, o genoma é o que diferencia todos os seres humanos entre si; por outro lado, é o que diferencia a espécie humana sob todas as demais.

¹⁷ *Ibid.* p. 152.

¹⁸ Nisso, encontra-se a relação da mitologia grega com a genética, onde, na visão de GUERRA: “Inicialmente, a relação entre História mitológica grega e a Genética, ainda que sem plena consciência de seus criadores, dá-se através dos antigos que procediam às primeiras experiências de manipulação genética, utilizando-se exclusivamente de animais. Deram origem, portanto, a cães com três cabeças e a cauda de dragão (*Cérbero*), cavalos alados (*Pégaso*). Mas, uma das mais temidas criaturas, fruto de recombinações genéticas múltiplas, o mais eclético desses seres é a *Quimera*. Habitualmente, era descrita com cabeça de leão, torso de cabra e parte posterior escamada de um réptil, tal como dragão ou serpente. Há, no entanto, outras representações plásticas, como a de um leão com uma cabeça de cabra em sua espádua. Muitos outros são os casos mitológicos que se pode mencionar, haja vista o Centauro, o Minotauro; além de, remetendo-se ao Egito, as Esfinges, Contérfias etc”. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva – **Direitos fundamentais e manipulação da vida intra-uterina: suporte bioético à interpretação constitucional**. [Em linha]. Brasil: [sd]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2c2fb9efd4b8a1f8>.

em risco a sobrevivência da raça humana. É o que acontece com os aparelhos de telefonia celular, com os televisores, comutadores, tablets, eletrodomésticos, dentre outros.

O ser humano possui uma capacidade de desenvolvimento surpreendente e inimaginável. E o mesmo pensamento de evolução está presente no campo médico, onde as pesquisas, em especial envolvendo os genes humanos, obtiveram um aprimoramento nunca pensado. E a grande preocupação que gira em torno deste tema, é saber se a intervenção no genoma humano poderá adquirir uma conotação financeira, passando a se tornar mais um objeto de consumo indispensável e que enriqueça alguns poucos investidores. LIEDKE, diz que essa visão econômica vem confrontando os limites do paradigma socioambiental que pretende a utilização da biodiversidade de forma consciente e moderada, no sentido de suprir as necessidades vitais do ser humano”¹⁹. A ciência, de um modo em geral, deve priorizar a qualidade de vida do ser humano, dando prioridade a valores já conquistados, como a igualdade, a não discriminação e a Justiça.

A criação científica é um direito garantido na Constituição de Portugal. As pesquisas são legítimas e fomentam novos estudos e investimentos no setor, que cresce a cada dia. Porém, ainda não existem estudos que demonstrem os riscos da manipulação do genoma humano para o homem ou para o meio ambiente. E, se houver, o instituto da *responsabilidade*, possibilita que penalidades sejam aplicadas aos infratores.

Muito embora a manipulação genética seja um procedimento adotado pelo ser humano há muitos séculos (como na antiguidade, onde a seleção de plantas e grãos, bem como os enxertos para a melhoria de qualidade dos alimentos), foi no século XX que ocorreu o que se pode denominar de *Revolução Genética*.²⁰

¹⁹ LIEDKE, Mônica Souza – **Proteção do genoma humano e socioambientalismo: aspectos bioéticos e jurídicos**. [Em linha]. Brasil: [sd]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <https://repositorio.ucs.br/xmlui/handle/11338/445>. p. 63.

²⁰ Gregor Mendel, em 1865, foi o precursor na descoberta das leis fundamentais da hereditariedade, e das pesquisas realizadas com ervilhas, Mendel revelou que ali haviam unidades hereditárias, ou *elementos*, como denominou. Referidos elementos, no processo de reprodução, não se misturavam, mas erma transmitidas de geração em geração. Os elementos de Mendel, são os genes, designados pela ciência moderna. No ano de 1910, Thomas Morgan, estudando moscas nas frutas, demonstrou que os cromossomos contêm os genes, que são transmitidos através da hereditariedade, e cuja descoberta pode ser considerada como o início da Genética, e no mesmo ano Phoebus Levene descobriu o ácido nucleico (RNA). In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de - **Bioética e início da vida: alguns desafios**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004. p. 145. Avery Macleod e McCarty, em 1944 descobriram o DNA como a fonte do material genético. No ano de 1953, o americano James Watson e o inglês Francis Crick demonstraram que a estrutura do DNA era uma escada espiralada, ou sejam foi descoberta a estrutura helicoidal do DNA, e que concedeu aos mesmos o Prêmio Nobel de maior descoberta científica isolada do século XX. In: WILKIE, Tom - **Projeto Genoma Humano: um conhecimento perigoso**. Rio de Janeiro: J.Zahar, 1994. p. 15. E, BARCHIFONTAINE, explica que referida descoberta faz parte da Terceira Revolução da Biologia, sendo as duas anteriores foram, a primeira, que ocorreu com a elaboração da Teoria Celular por Mattias-Hakob Schleiden e Theodore Schwann, em 1838 e1839, quando afirmaram que todos os seres vivos são constituídos por células; e a segunda, é marcada pela Teoria da Evolução de Darwin e Wallace, em 1858. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de – *op. cit.* p. 143-144. O mesmo autor, segue em sua análise histórica da evolução das pesquisas genéticas, apontando que: “1961: Descobriu-se que o funcionamento do código genético é idêntico em todos os seres vivos, do vírus ao homem, passando por bactérias, plantas e animais. Em todos eles, DNA usa o mesmo mecanismo para instruir as células a produzir proteínas. 1977: Pesquisadores decodificaram o código genético do primeiro ser vivo, um vírus. 1978: Alterações genéticas em bactérias as transformaram nas primeiras fábricas biológicas de insulina. 1984: Surgiu a técnica que permite identificar pessoas pelo DNA. 1989: Foi lançado o Projeto Genoma

E as pesquisas não param, e neste momento, podemos ter a certeza que cientistas e pesquisadores estão voltando os seus esforços para realizar novos avanços científicos nessa área. ASCENSÃO, comentando sobre este tema, alega que a biotecnologia é, atualmente, um dos grandes riscos que a sociedade moderna experimenta. Para ele:

Vivemos hoje no que é qualificado como uma sociedade de risco. A organização tecnológica avançada e meticulosa da vida social coexiste com riscos espantosos que de todo o lado a ameaçam. A sociedade é ávida de segurança, mas está por muitas formas vulnerável. Disso temos por todos os lados manifestações: duas torres que desmoronam, o caos provocado pela interrupção no fornecimento de electricidade, o pânico provocado por um simples acidente rodoviário num túnel, o descontrolo nuclear.²¹

E, como todo avanço tecnológico veloz, como é o caso da biotecnologia, em contrapartida existe a grande preocupação de prevenir abusos que possam trazer prejuízos de grande monta, citando, ainda, o mencionado autor, a existência de dois movimentos paralelos e não contraditórios:

Por um lado, a corrida à inovação tecnológica, motor de autênticas revoluções que levam sempre mais longe a capacidade de domínio da natureza e de resolução de problemas sociais; por outro, o receio ou a inquietação perante os resultados anómalos que se configuram (ou pressentem, porque muitas vezes ocultos ainda). Como saldo, podemos dizer que os riscos aumentam sempre, mais celeremente que as soluções dos problemas. Ao contrário do slogan, a resposta aos problemas levantados pela técnica só com defeito tem sido dada pela técnica. Isto levou a desenvolver um princípio da precaução, dirigido a controlar a evolução para evitar que se desemboque em consequências que sejam já irreparáveis. Ele é proclamado em todos os sectores de risco. E tem sido referido expressamente à biotecnologia, sempre que o ecossistema ou a saúde ou integridade humanas estejam em risco.²²

Humano, o ambicioso projeto de mapear a sequência genética do DNA humano. 1997: Nasceu a ovelha Dolly, o primeiro mamífero clonado produzido a partir de uma célula comum de um animal adulto. 1998: James Thomson e John Gearhart notaram que as células-tronco, retiradas de embriões com poucos dias de vida, transformam-se em vários tipos de células do corpo. 26/6/2000: Apresentação do primeiro esboço do Genoma Humano. Uma junta científica mundial e a empresa privada americana Celera concluíram o rascunho do genoma humano, uma coleção de material genético humano, estimado em 30 mil genes. 2002: Em 26 de dezembro, a bioquímica francesa, Brigitte Boisselier, da seita dos realianos, anunciou o nascimento do primeiro bebê clonado. 2003: Em 14 de fevereiro, Dolly morreu de envelhecimento precoce. Empalhada, a ovelha está exposta no museu real de Edimburgo“. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de – *op. cit.* p. 143-144

²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira - **Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica.** In: Revista Ordem dos Advogados. Ano 63. Vol. I e II. [Em linha]. [s.l.]: [Abril 2003]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2003/ano-63-vol-i-ii-abr-2003/artigos-doutriniais/jose-de-oliveira-ascensao-intervencoes-no-genoma-humano-validade-etico-juridica/>.

²² *Ibid.*

O futuro ainda é incerto nesse campo. Os testes genéticos em pessoas clinicamente normais possui aspectos positivos, podendo citar como exemplos, a possibilidade de se identificar casais de risco que apresentem mutações patogênicas assintomáticas. Mas, de outro lado, existe o direito ao não conhecimento ou o direito a ter um futuro aberto, principalmente quando se trata de doenças sem cura ou tratamento. Nesse sentido, *não saber e não querer saber*, são lados opostos na mesma moeda.²³

1.3. O que é informação genética?

Após termos analisado as inovações que ocorreram e vem ocorrendo no campo da ciência biotecnológica, é chegado o momento de entender o que é a informação genética contida em cada DNA do ser humano e quais as suas funções.

ROSSETTI revela que:

A evolução em organismos ocorre por meio de mudanças nos traços hereditários, características particulares de um organismo vivo. Nos seres humanos, por exemplo, a cor dos olhos é uma característica herdada e um indivíduo pode herdar os olhos castanhos de seus pais. Esses caracteres hereditários são controlados por genes. O conjunto completo de genes dentro do genoma de um organismo é chamado de genótipo.²⁴

É no genoma que se encontra toda a informação para se constituir um novo ser vivo. Se o ser vivo for por exemplo uma vaca, o genoma contém elementos para constituir uma vaca e não outro animal. A constituição de uma vaca, portanto, depende das informações que estão contidas no genoma, o que gera uma diferenciação celular capaz de criar tecidos como a pele, os pulmões, o coração, os ossos e os demais órgãos.

Shannon foi o precursor sobre este assunto, criando a *Teoria da Informação*, no ano de 1948. O conceito do que se entende por informação genética é muito extenso e complexo, mas

²³ Esclarecedoras, nesse sentido, são as palavras de PETERLE, para a qual: A terapia gênica de células germinais provoca grandes controvérsias, havendo dois focos de discussão, o primeiro centralizado nos efeitos dessas modificações nas gerações futuras, ainda desconhecidos e, o segundo, pelos estreitos vínculos deste técnica com a eugenia. A polêmica se estabelece porque a manipulação de células germinativas (gametas sexuais e células totipotentes dos embriões) interfere na constituição genética individual. A problemática que a terapia gênica em células germinativas suscita é bastante complexa porque, por vezes, não são muito claros os limites que separam a terapia gênica do melhoramento genético. In: PETERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 35.

²⁴ ROSSETTI, Victor – O que é informação genética? **Biopoesse e Bioquímica**. [Em linha]. Brasil: [03 Jun. 2016]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <https://netnature.wordpress.com/2015/06/03/o-que-e-informacao-genetica/>. 1.º Parágrafo.

resumidamente, pode-se dizer que a informação é a redução na incerteza, onde a entropia é a medida de qualquer dependência estocástica que existe em uma situação particular. Na biologia molecular, informação remete para a funcionalidade inerente dos produtos dos genes, ou seja, como eles interagem como ambiente bioquímico em que operam. Através desses processos estocásticos a complexidade biológica pode aumentar.²⁵

Toda a informação genética que possuímos está acondicionada em sequências de nucleotídeos, ligados para formar uma molécula de DNA. Nesse ponto, os processos naturais podem sofrer modificações em suas bases e os genes passar a sofrer alterações. Nessa fase formação do ser vivo, o RNA nem sempre terá o papel de carregar a informação genética do DNA para ser decodificada em proteínas no citosol. Segundo ROSSETTI, “um punhado de genes que são fielmente copiados de DNA em RNA dobram-se e, um complexo de formas tridimensionais que agem como se fossem proteínas”.²⁶ E muitos dos aspectos da biologia de milhões e milhões de anos de evolução ainda se encontram presentes em nossas células.

Portanto, o código genético é “um conjunto de regras pelas quais as informações codificadas estão dentro do material genético”²⁷. Esse código se assemelha em todos os organismos vivos, definindo sequências triplas de nucleotídeos (códon), que quimicamente determinam quais aminoácidos serão inseridos durante a síntese de proteínas.

Fazendo um comparativo com um computador, poderia se dizer que o hardware seriam as partes químicas, e as informações genéticas seriam os softwares. Temos, portanto, regras e informações. O código genético é um conjunto de regras, formado por componentes químicos naturais (códon), e que sofrem reações entre as sequências de enzimas (de RNA, copiadas para o DNA), e cujo produto final é uma proteína. Já as informações geradas, baseadas a Teoria da Informação de Shannon, está baseada nas *incertezas*, pois a interação do ser vivo com o meio ambiente, faz com que a complexidade biológica aumente ou diminua, sofrendo alterações.²⁸ A vida passa por processos de seleções naturais. A cada dia enfrentamos situações diversas que interferem em nosso biotipo, e que são carregadas hereditariamente para as futuras gerações. É o processo de evolução da vida.

O STJ, citando a Professora Maria de Fátima Pinheiro, descreve a importância do exame de ADN nos tempos atuais:

²⁵ SHANNON CE – **A mathematical theory of communication**. Bell Syst. Tech. 1948. J. 27. p. 379-423.

²⁶ ROSSETTI, Victor – *op. cit.*. 21.º Parágrafo.

²⁷ ROSSETTI, Victor – Origem da informação genética e o Código da Vida. **Biopoesia e Bioquímica**. Categoria Geral. Ciências Biológicas. [Em linha]. Brasil: [19 Set. 2016]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <https://netnature.wordpress.com/2016/09/19/origem-de-informacao-genetica-e-o-codigo-da-vida/>. 1º Parágrafo.

²⁸ ORGEL, Leslie – A simpler Nucleic Acid. **Science** **290** (5495). November 2000. p. 1.306-1.307.

A Medicina Legal dispõe, actualmente, de uma nova tecnologia que se baseia na variabilidade dos ácidos nucleicos das células, polimorfismos do DNA, cuja importância fundamental reside no facto de se estudar a individualidade biológica directamente do código genético, ao contrário das proteínas, cuja caracterização depende da sua expressão em tecidos e fluidos biológicos. É para notar que o DNA está presente em todas as células nucleadas do organismo humano (DNA nuclear) e que esse DNA é, basicamente, idêntico em todas as células do mesmo indivíduo. Têm sido desenvolvidos métodos de extracção do DNA que permitem, por exemplo, separar DNA de células espermáticas (suspeito) das células vaginais (vítima), em casos de agressão sexual, em que o perito dispõe do exsudato vaginal da vítima ou de manchas existentes em peças de vestuário. O estudo do DNA constitui hoje uma tecnologia que é admitida internacionalmente como prova pericial em tribunal, permitindo a resolução de casos de filiação complexos, como, por exemplo, casos de investigação de paternidade em que a mãe ou o pretense pai faleceram, quando existe a possibilidade do estudo de familiares próximos; o estudo de restos cadavéricos e a comparação das suas características genéticas com as do sangue, também, de familiares próximos; e ainda casos de filiação em que se dispõe de restos fetais resultantes de aborto ou infanticídio, em que se pretende identificar o autor do crime.²⁹

O mesmo entendimento é expressado no Tribunal Constitucional, onde, no Acórdão n.º 401/2011, assim a Corte decidiu:

Da evolução da jurisprudência constitucional nesta temática constata-se que perante o fim do receio do envelhecimento e aleatoriedade da prova, face aos avanços científicos que permitiram o emprego de testes de ADN com uma fiabilidade próxima da certeza – probabilidades bioestatísticas superiores a 99,5% – conjugado com as rápidas alterações registadas no domínio dos valores dominantes no âmbito da filiação, os interesses da segurança jurídica do pretense progenitor, da prevenção da “caça às fortunas”, da paz da família conjugal do investigado e da reserva da vida privada deste perderam importância e começaram a ser olhados como interesses menores face ao superior interesse do investigado conhecer e ver reconhecida juridicamente as origens da sua existência. Foi um novo olhar que perscrutou o peso real dos argumentos que sobram após a saída de cena do envelhecimento e aleatoriedade das provas da paternidade, e que não deixou de acompanhar as novas realidades familiares, a valorização da realização individual e a preocupação da verdade e da transparência.³⁰

²⁹ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo n.º 912-B/2002.C1.S1. Rel. Álvaro Rodrigues. [Em linha]. [Lisboa]. [15 Dez. 2012]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f34b574f092e26d80257968005219d3?OpenDocument>.

³⁰ ACÓRDÃO N.º 401/2011. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, n.º 211/2011, Série II de 2011-11-03.

ROSSETTI, estudando as modificações químicas em razão de alterações no meio ambiente em que a pessoa vive, explica que:

Eventuais alterações nas regras químicas configuram alterações de informação. Conforme ligeiras modificações gradualmente ocorreram a partir de mutações (alterando configurações moleculares, enzimáticas ou mesmo estruturas anatômicas, morfologia ou comportamentos), as que corrompem a informação punem o indivíduo com a morte, as neutras ou benéficas vão sendo mantidas ao longo das gerações, informações de genes, ou, produtos de informações corrompidas em que incerteza informacional aumenta não configuram mais produtos (e fenótipos) vantajosos.³¹

Quanto aos testes genéticos para se extrair os códigos genéticos, URRUTIA³² revela que podem ser extraídos de três âmbitos: a) no âmbito do tratamento sanitário (para diagnosticar e classificar enfermidades genéticas; identificar portadores não afetados de um gene defeituoso para que se possa aconselhá-lo dos riscos de gerar filhos afetados; detectar uma doença grave, antes mesmo de sua manifestação clínica, visando a melhorar a qualidade de vida do indivíduo; identificar pessoas com riscos de contrair uma doença quando o gene defeituoso e um determinado estilo de vida sejam importantes como causa de enfermidade); b) em estudos populacionais (para estipular políticas públicas de prevenção de doenças em uma determinada parcela da população) e; c) em provas de identificação (aplicada tanto na investigação básica, de estudos populacionais, como na investigação aplicada, quando se pretende realizar diagnósticos de paternidade biológica e outros tipos de parentesco, além de, auxiliar na identificação de possíveis suspeitos de crimes, ou identificação *post mortem*).

A informação genética tem o poder de revelar todas as características biológicas relacionadas à saúde atual e futura da pessoa, de seus familiares, pois através do DNA, pode-se apurar toda a herança genética. Mas, para que esse estudo não seja utilizado de forma indevida, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa dos Estados Membros sobre a proteção de Dados Médicos, editou a Recomendação n.º R 5, de 13 de fevereiro de 1997, de onde se extrai o alcance que se pode dar às informações genéticas obtidas através das pesquisas.³³

³¹ ROSSETTI, Victor – Origem da informação genética e o Código da Vida. *op. cit.* 9.º Parágrafo.

³² URRUTIA, Ana Victoria Sánchez - Información genética, intimidad y discriminación. *Acta Bioethica*, año VIII, n. 2. 2002. p. 255-262.

³³ ECHTERHOFF, Gisele – O direito à privacidade dos dados genéticos. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2007. 213 f. Dissertação de Mestrado em Direito. [Em linha]. Brasil: [s.d]. [Consult. 10 Mai. 2019]; Disponível em www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024967.pdf. p. 70.

³⁶ CASABONA, Carlos María Romeo – *op. cit.* p. 99.

Dessa regulamentação, extrai-se que todos os dados, qualquer que seja sua classe, relativos às características hereditárias de um indivíduo ou ao padrão hereditário de tais características dentro de um grupo indivíduos aparentados. Também se refere a todos os dados sobre qualquer informação genética que o indivíduo porte (genes) e aos dados da linha genética relativos a qualquer aspecto da saúde ou enfermidade, já presente com características identificáveis ou não.³⁴

1.4. A proteção jurídica do genoma humano

1.4.1. As Declarações Internacionais

Quatro são os documentos internacionais que versam sobre a proteção do genoma humano, a saber: a) A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos; b) A Declaração Internacional sobre os dados Genéticos Humanos; c) A Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos; d) A Declaração das Nações Unidas sobre a Clonagem Humana.

Antes destas Declarações, conforme notícia ECHTERHOFF³⁵, no ano de 1992 foi celebrado o Convênio das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica, o qual tratou da diversidade genética da humanidade.

A Declaração de Bilbao, editada no ano de 1993, pode ser considerada como um dos resultados da Reunião Internacional sobre o Direito ante o Projeto Genoma Humano, que na ocasião, teve como uma das fomentadoras a Fundación Banco Bilbao Vizcaya, juntamente com a participação da Diputación Foral de Bikaia e da Universidade de Deust.³⁶

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e Gerações Futuras, é do ano de 1994, e o Projeto de Convênio de Bioética do Conselho da Europa é datado de 1995 (que teve como fundamento a investigação não terapêutica do embrião *in vitro*). E por fim, e não menos importante, no campo da genética, em 1996, a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética.

Muito embora referidos documentos tenham tido a sua importância, foi somente com o advento da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos, é que a proteção da vida, e mais especificamente da genética, obteve a real eficácia de proteção internacional.

³⁴ CASABONA, Carlos María Romeo – *op. cit.* p. 99.

³⁵ ECHTERHOFF, Gisele – *op. cit.* p. 175.

³⁶ CASABONA, Carlos María Romeo – *op. cit.* p. 44

Aprovada pela XXIX Conferência da Unesco em 11 de novembro de 1997, e com a presença de 186 Estados, a *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e dos Direitos Humanos* pode ser considerada como o norte a ser seguido por toda a humanidade quando se trata de pesquisas que envolvam os genes. A sua redação foi elaborada após a constatação de que as normas que existiam nas nações eram insuficientes para resguardar a humanidade dos avanços das investigações genéticas e dos seus impactos frente aos direitos humanos.

BARRETO afirma que a Declaração “materializou o trânsito da Bioética para o Biodireito, com a consagração dos princípios da Bioética”.³⁷ Além do que, verifica-se o surgimento de uma categoria de direitos humanos, qual seja, o direito ao patrimônio genético.

São 25 (vinte e cinco) artigos que compõem a Declaração divididos em 07 (sete) grupos, assim distribuídos: a) Dignidade humana e genoma humano (arts. 1.º ao 4.º); b) Direitos das pessoas envolvidas (arts. 5.º ao 9.º); c) Pesquisas sobre o genoma humano (arts. 10.º ao 12.º); d) Condições para o exercício de atividades científicas (arts. 13.º ao 16.º); e) Solidariedade e cooperação internacionais (arts. 17.º ao 19.º); f) Promoção dos princípios estabelecidos na Declaração (arts. 20.º e 21.º); g) Implementação da Declaração (arts. 22.º ao 25.º).

Logo no artigo 1.º, a DUGHDH declara que “o genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade, e que, num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade”. Acrescenta que a todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade, independentemente de suas características genéticas, que esta dignidade torna imperativa a não redução do indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade.³⁸

Percebe-se, que a DUGHDH se valeu de três princípios basilares: a dignidade da pessoa humana, a liberdade de pesquisa e a solidariedade humana. Assim, os países signatários da Declaração estão obrigados a seguir essas diretrizes quando forem realizar pesquisas genéticas. Além do que, o princípio da dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral da personalidade, e como tal, estando inserida da Declaração, a matéria atinente ao genoma humano deve ser interpretada de acordo com as suas balizas, impossibilitando a utilização do genoma com fins lucrativos, pois caso contrário, estaríamos coisificando o ser humano, tornando-o instrumento para a obtenção de lucros.

As características genéticas de cada ser humano devem ser preservadas. A proteção da confidencialidade dos dados genéticos vem prescrita no art. 7.º. Bem como, há a necessidade

³⁷ BARRETO, Vicente de Paulo - Bioética, biodireito e direitos humanos. *Revista Ethica*, v. 5, n.1.1998. [Em linha]. Brasil: [s.d]. [Consult. 11 Mai. 2019]; Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/v_barreto.html.

³⁸ Art. 2.º, a e b, da DUGHDH.

de consentimento prévio, livre e esclarecido, seja para fins de investigação, bem como para a realização de tratamentos e diagnósticos.³⁹

Para que todas essas diretrizes não ficassem apenas no campo intelectual das ideias, tamanha a sua abrangência, a UNESCO criou um sistema para acompanhar a implementação da Declaração junto aos Estados. Nesse sentido, o Comitê Internacional de Bioética, deverá contribuir para a disseminação dos princípios e para auxiliar na análise das questões decorrentes se sua aplicação e evolução das tecnologias.

A *Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos*, lançada na 32.^a sessão da Conferência Geral da Unesco aos 16 de outubro de 2004, teve como papel reafirmar os princípios consagrados na DUGHDH⁴⁰. Ela é fruto da decisão do 165.º Conselho Executivo da Unesco, datada de 2002, da qual resultou na constituição de um grupo de redação no âmbito do CIB.

Logo em seu artigo 4.º, a importância dos dados genéticos e a sua especificidade, são reconhecidas na Declaração, tanto para o indivíduo como para seus familiares, e que o avanço das pesquisas com o Genoma Humano demonstrará ainda mais a importância destes dados. E Mais uma vez, na letra *b*, do mesmo artigo 4.º, traz a referência aos dados genéticos como sendo princípios sensíveis, devendo ser protegidos de qualquer tipos e ameaça.

No art. 5.º, encontramos disposições a respeito o recolhimento, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos e dados proteômicos, com a advertência de que o manuseio somente poderá ocorrer dentro dos padrões éticos e jurídicos. O art. 6.º traz critérios para o s procedimentos de recolha de matéria, utilização e conservação.

Os esforços para impedir que os dados genéticos e os dados proteômicos humanos sejam utilizados de maneira discriminatória, infringindo os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, estão prescritos no art. 7.º.

Na letra *d*, do art. 6.º, conjugado com o art. 8.º, temos a preocupação com as informações, sendo que elas devem ser claras, objetivas, adequadas e apropriadas à pessoa a

³⁹ Art. 5.º, *b*, da DUGHDH.

⁴⁰ Já o preâmbulo da Declaração, ela faz menção ao DUGHDH: “Reafirmando os princípios consagrados pela Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e bem assim os princípios de igualdade, justiça, solidariedade e responsabilidade, de respeito da igualdade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, em particular da liberdade de pensamento e de expressão, incluindo a liberdade de investigação, assim como a proteção da vida privada e da segurança da pessoa, em que devem basear-se a recolha, o tratamento, a utilização e a conservação dos dados genéticos humanos“. Quanto aos objetivos da Declaração, temos: “Garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na recolha, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos, dos dados proteômicos humanos e das amostras biológicas a partir das quais eles são obtidos, daqui em diante denominadas “amostras biológicas”, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade e tendo em devida conta a liberdade de pensamento e de expressão, incluindo a liberdade de investigação; definir os princípios que deverão orientar os Estados na formulação da sua legislação e das suas políticas sobre estas questões; e servir de base para a recomendação de boas práticas nestes domínios, para uso das instituições e indivíduos interessados”. In: Preâmbulo da DIDGH.

quem é solicitado, bem como, há a necessidade de o consentimento ser prévio, livre, informado e expresso. Sem esquecer -nos que, as finalidades para os quais os dados obtidos serão utilizados, deverão ser muito bem esclarecidos.

A liberdade de escolha e decisão do uso dos dados coletados e analisados, vem muito bem detalhados nos arts. 9.º e 10.º. Do art. 9.º, extraem-se os critérios para que a retirada do consentimento prévio dado possa ser realizado, quando se tratar de utilização dos mesmos para fins de investigação científica ou médica. E, o art. 10.º, traz o direito da pessoa ser informada ou não dos resultados de qualquer tipo de investigação realizada com os seus dados genéticos.

Do artigo 13.º em diante, a Declaração traz uma série de regras a respeito do uso dos dados genéticos. Dentre esses artigos, destaca-se a norma contida no artigo 14.º, o qual prevê o respeito à confidencialidade e à vida privada do ser humano. E que, mesmo que haja motivos de interesse público na utilização de informações obtidas através das investigações, em nenhum momento a utilização dos mesmos poderá ofender os princípios e valores dos direitos humanos.

De grande importância são os comandos prescritos nos artigos 18.º e 19.º, visto que a circulação, a cooperação internacional e a partilha de benefícios advindos da utilização dos dados genéticos deve ser um objetivo mundial das nações.

E, quando os dados coletados servirem para auxiliar uma investigação policial ou judicial, após o seu uso os mesmos devem ser destruídos, quando se verificarem que não são mais necessários

Proclamada e adotada na 33.ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, de 24 de junho de 2006, em Paris, a *Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos* trouxe como uma das propostas principais abordar as questões éticas voltadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias aplicadas aos seres humanos, considerando várias dimensões, como as sociais, legais, ambientais, dentre outras.⁴¹

⁴¹ O texto foi dirigido não apenas à todos os países, mas também às pessoas, para as famílias, empresas (públicas ou privadas), e tem como principais objetivos: “a) proporcionar um enquadramento universal de princípios e procedimentos que orientem os Estados na formulação da sua legislação, das suas políticas ou de outros instrumentos em matéria de bioética; b) orientar as ações de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas, públicas e privadas; c) contribuir para o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, garantindo o respeito pela vida dos seres humanos e as liberdades fundamentais, de modo compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos; d) reconhecer a importância da liberdade de investigação científica e dos benefícios decorrentes dos progressos da ciência e da tecnologia, salientando ao mesmo tempo a necessidade de que essa investigação e os consequentes progressos se insiram no quadro dos princípios éticos enunciados na presente Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais; e) fomentar um diálogo multidisciplinar e pluralista sobre as questões da bioética entre todas as partes interessadas e no seio da sociedade em geral; f) promover um acesso equitativo aos progressos da medicina, da ciência e da tecnologia, bem como a mais ampla circulação possível e uma partilha rápida dos conhecimentos relativos a tais progressos e o acesso partilhado aos benefícios deles decorrentes, prestando uma atenção particular às necessidades dos países em desenvolvimento; g) salvaguardar e defender os interesses das gerações presentes e futuras; h) sublinhar a importância da biodiversidade e da sua preservação enquanto preocupação comum à humanidade”. In: Art. 3.º, da DUBDH.

A Declaração, traz em seu texto, muitos princípios, muitos deles já consagrados em outras Declarações, como o do respeito à dignidade humana, os direitos humanos e os direitos fundamentais;⁴² maximizar os benefícios diretos e indiretos e minimizar os possíveis danos aos pacientes envolvidos em pesquisas;⁴³ respeitar a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, precedida de esclarecimento prévio, livre e esclarecido⁴⁴, com especial proteção às pessoas sem capacidade de consentir⁴⁵; respeitar a vulnerabilidade humana, protegendo a integridade pessoal;⁴⁶ dentre outros.

Por fim, a *Declaração das Nações Unidas sobre a Clonagem Humana*, de 08 de março de 2005, contou com a aprovação de 71 (setenta e um) votos favoráveis e 35 (trinta e cinco) votos contra. Portugal, nesta ocasião, participando da sessão, foi a favor da Declaração; já o Brasil, através de seu representante Vergniaud Elyseu Filho, se declarou contra, entendendo que deveria haver maiores informações científicas e debates antes da decisão final sobre os méritos da clonagem terapêutica.⁴⁷

Para que a Declaração fosse aprovada, apesar dos votos contrários, foi lembrado o disposto no art. 11.º, da DUGHDH, a qual vedou práticas contrárias à dignidade humana, tal como ocorre com a clonagem de seres humanos.

1.4.2. *A Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina*

A CDHB, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em novembro de 1996, com 32 (trinta e duas) assinaturas e 19 (dezenove) ratificações e assinada em abril de 1997, em Oviedo, passou a vigorar a partir de 1999.

Tendo como objetivo principal proteger a dignidade da pessoa humana, sem discriminação, e respeitando a sua integridade e outros direitos e liberdades fundamentais, face a aplicação da biologia e da medicina, o CDHB reafirmou o primado do ser humano sobre os interesses exclusivos da ciência e da sociedade, traçando diretrizes para o cuidado da saúde.

Quanto ao genoma humano, proibiu qualquer tipo de discriminação contra a pessoa, em razão do seu patrimônio genético.

⁴² Art. 3.º, *a e b*, da DUBDH.

⁴³ Art.4.º, da DUBDH.

⁴⁴ Art. 5.º, art. 6.º, *a, b e c*, da DUBDH.

⁴⁵ Art. 7.º, da DUBDH.

⁴⁶ Art. 8.º, da DUBDH.

⁴⁷ **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**. [Em linha]. Brasil: [s.d]. [Consult. 11 Mai. 2019]; Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=1889.

Em seu art. 12.º, determinou que os testes preditivos de doenças genéticas, ou os que sirvam para identificar pessoa portadora de gene responsável por uma doença, possam ser utilizados apenas para fins médicos e sob aconselhamento adequado.⁴⁸

Prosseguindo na análise da Convenção, no art. 15.º temos a definição de que a investigação científica deve ser livre, sob o viés do que já foi estipulado nas demais Convenções anteriores, onde o ser humano é o objeto ad proteção integral, determinando uma série de proteções para as pessoas que se submetem a uma investigação científica, tais como a avaliação de riscos, informação, consentimento, aprovação prévia pela entidade competente.

No artigo 18.º, vem expressa a proibição de criação de embriões humanos para fins de investigação, e no caso de a investigação em embriões *in vitro* for admitida na lei, uma proteção especial ao embrião deve ser estipulada.

São através das palavras de LEBRETON⁴⁹, que podemos verificar quais foram os princípios que a Convenção de Oviedo apresentou: a) exigência de consentimento; b) direito à informação; c) não instrumentalidade do corpo humano.

A CDHB teve até o presente momento três Protocolos adicionais, sendo o primeiro, de 12 de janeiro de 1998, proibiu a clonagem de pessoas humanas ; o segundo, de 24 de janeiro de 2002, sobre o transplante de órgãos e tecidos de origem humana; e o último, datado de 25 de janeiro de 2005, em Estrasburgo, relativo à Investigação Biomédica.

1.4.3. A Carta Europeia de Direitos Fundamentais

A CEDF, foi proclamada na cidade de Nice, aos 07 de dezembro de 2000. Dos 25 (vinte e cinco) Estados-Membros da União Europeia, 13 (treze) já ratificaram a Constituição europeia, sendo dois por referendo (Luxemburgo e Espanha) e onze por vi parlamentar (Alemanha, Áustria, Chipre, Grécia, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Malta, Eslovênia, e Eslováquia). Rejeitaram a Constituição europeia, Holanda e França, e ainda sem definição, temos 10 (dez)

⁴⁸ Atualmente, é possível diagnosticar com precisão, alguns genes responsáveis por doenças graves ou, ainda, o diagnóstico de uma predisposição a doença, mas, o simples fato de se detectar um gene específico para uma doença não significa que se possa determinar as consequências futuras sobre a pessoa testada, isso porque há a influência de vários fatores externos (alimentação, tabagismo, modo de vida) em jogo. Os testes preditivos podem ser críticos no que tange ao diagnóstico de doenças de desenvolvimento tardio para as quais ainda não existe tratamento na atualidade, podendo criar, inclusive, uma nova categoria de indivíduos que não estão presentemente doentes, mas que tem razão para esperar desenvolver determinada doença, o que poderá acobertar novas formas de discriminação. In: SILVA, Paula Martinho da – **Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (Anotada)**. Lisboa: Cosmos, 1997. p. 52-53.

⁴⁹ LEBRETON, GILLES – **Libertes Publiques & Droits de L'Homme**. 5.ª ed. Paris: Dalloz, 2001.p. 64.

Estados-Membros: Bélgica, Suécia, Finlândia, Dinamarca, Polônia, Portugal, República Tcheca, Irlanda, Reino Unido, Estônia.⁵⁰

Muito embora referido diploma não possua caráter jurídico vinculante, traz uma tendência na união europeia, de garantir os direitos às liberdades já consagrados nas Convenções Internacionais. Isto porque, nos 54 (cinquenta e quatro) artigos, remete aos ditames Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, acrescentando novos direitos, como o direito à integridade física e mental em face da biologia e da medicina, proibindo a clonagem humana reprodutiva e as práticas de eugenia.

1.4.4. A proteção jurídica atribuída nas Constituições no Direito Comparado

Neste ponto da pesquisa, iremos abordar como as Constituições do Brasil e da Suíça vêm abordando a questão das pesquisas sobre a identidade genética. Em referidas constituições, existe uma estruturação no que diz respeito aos direitos humanos e fundamentais.

A Suíça, desde o ano de 1992 já tinha estipulando limites para os avanços da genética.⁵¹ O art. 119.º, da Constituição, aplaina a proteção genética ao prescrever que o ser humano deve ser protegido contra os abusos em matéria de procriação medicamente assistida e de engenharia genética⁵², bem como determina que a Confederação legisle quanto à utilização do patrimônio germinal e genético humano, assegurando a proteção da dignidade humana, da personalidade e da família⁵³, orientada particularmente pelos seguintes princípios: proibição de qualquer forma de clonagem e de intervenção no patrimônio genético dos gametas e dos embriões humanos⁵⁴, inadmissibilidade de fusão entre o patrimônio genético humano e não-humano⁵⁵;

⁵⁰ **European Parliament** - [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 11 Mai. 2019]; Disponível em http://www.europarl.eu.int/news/public/focus/_page/008-975-255-9-37-901-20050819FCS00974-12-09-2005-2005/default_pt.htm.

⁵¹ Em seu artigo 24.º, temos uma primeira menção sobre a genética: “1. O Homem e o seu ambiente estão protegidos contra os abusos da tecnologia genética e da reprodução. 2. A Federação adotará normas sobre a utilização do patrimônio germinal e genético humanos. Ela assegurará normas sobre a utilização do patrimônio germinal e genético humanos. Ela assegurará a proteção da dignidade humana, da personalidade e da família e guiar-se-á em especial pelos seguintes princípios: a) as intervenções no patrimônio genético dos gametas e dos embriões humanos são inadmissíveis; b) O patrimônio germinal e genético não humano não deve ser transferido para o patrimônio genético humano ou fundido com ele; c) As técnicas de reprodução assistida só podem ser empregadas, quando a infertilidade ou o perigo de transmissão de uma doença grave não puderem ser afastados de outro modo, mas não para produzir na criança determinadas características ou fazer investigação. A fecundação de óvulos humanos fora do corpo da mulher só é permitida nas condições a estabelecer por lei. Só podem ser desenvolvidos fora do corpo da mulher tantos óvulos quantos os que lhe podem ser imediatamente implantados; d) A dádiva de embriões e todas as formas de maternidade de substituição são inadmissíveis; e) Não deve ser feito qualquer comércio com o patrimônio germinal humano e com produtos de embriões; f) O patrimônio genético de uma pessoa só deve ser investigado, registrado ou revelado com o seu acordo ou com fundamento numa disposição legal; g) O acesso da pessoa aos dados sobre a sua ascendência deve ser garantido”.

⁵² Art. 119.º, parte 1.

⁵³ Art. 119.º, parte 2.

⁵⁴ Art. 119.º, parte 2, *a*.

⁵⁵ Art. 119.º, parte 2, *b*.

admissibilidade do recurso às técnicas de reprodução assistida somente nos casos em que a infertilidade não possa ser excluída ou no caso de perigo de transmissão de doenças graves, e não para a escolha de determinadas características ou para fins de investigação; somente admite a fecundação de óvulos humanos fora do corpo da mulher nos casos e condições previstas em lei; determina a implantação de todos os óvulos fecundados fora do corpo da mulher⁵⁶; proíbe a doação de embriões e todas as formas de maternidade de substituição⁵⁷; não permite o comércio de material germinal humano e nem mesmo dos produtos do embrião⁵⁸; admite a investigação do patrimônio genético de uma pessoa somente com o consentimento desta ou em virtude de lei⁵⁹; declarando que toda pessoa terá acesso aos dados relativos aos seus descendentes⁶⁰.

Nota-se, portanto que a Constituição da Confederação Helvética, desde o início da década de 1990, do século passado, se preocupava com as questões do patrimônio genético mínimo do ser humano, e muito antes das Declarações Internacionais serem assinadas pelos países, ela já protegia a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana vem prescrito logo no começo da Constituição, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.⁶¹ A previsão de preservação do patrimônio genético vem descrito no art. 225.º, onde no parágrafo 1.º, inciso II, está assegurado o direito ao meio ambiente equilibrado, através da preservação da diversidade e patrimônio genético do país. No mesmo artigo supra mencionado, encontramos a liberdade de expressão das atividades científicas, direito este já consagrado anteriormente no art. 5.º inciso IX. Assim como em outros países, o Brasil segue tendência de proteger a pesquisa genética dentro dos valores consagrados constitucionalmente, tendo como base principal para isso, o princípio da dignidade da pessoa humana.⁶²

⁵⁶ Art. 119.º, parte 2, *c*.

⁵⁷ Art. 119.º, parte 2, *d*.

⁵⁸ Art. 119.º, parte 2, *e*.

⁵⁹ Art. 119.º, parte 2, *f*.

⁶⁰ Art. 119.º, parte 2, *g*.

⁶¹ Art. 1.º, inciso III.

⁶² O direito à intimidade, à privacidade, e o direito à informação⁶², são também garantias constitucionais que acabam limitando o avanço das pesquisas genéticas de forma desenfreada no país, garantindo o direito ao desenvolvimento da personalidade. Em sede infraconstitucional, a Lei n 11.105/2005 (Lei de Biossegurança Nacional), em seu art. 6.º, traz a proibição da engenharia genética de melhoria. E, regulamentando a questão, o Conselho Federal de Medicina Brasileiro, editou a Resolução n.º 2.168/2017, onde, dentre tantas prescrições, estipulou o descarte de embriões, gestação compartilhada e de substituição. Dentre as novidades, destaca-se a inclusão de questões sociais na avaliação médica para utilização de RA. Com a nova Resolução do CFM, passa a ser permitido que pessoas sem problemas reprodutivos diagnosticados possam recorrer a técnicas disponíveis de reprodução assistida, como o congelamento de gametas, embriões e tecidos germinativos. Dessa forma, os pacientes ganham a possibilidade de planejar o aumento da família, segundo um calendário pessoal, levando em conta projetos de trabalho ou de estudos, por exemplo. Também são beneficiados pacientes que, por conta de tratamentos ou desenvolvimento de doenças, poderão vir a ter um quadro de infertilidade.

1.5. A Genética e a sua relação com os direitos da personalidade

Íntima pode ser considerada a relação da genética com os direitos da personalidade. E para demonstrarmos esta relação, que é constitucionalizada, devemos partir da sua construção doutrinária, uma vez que, desde o final do século XIX, mais especificamente após o Código de Napoleão, uma nova roupagem se apresenta frente os direitos da personalidade. É que, nesta época, o ser humano era levado em consideração apenas sob a ótica formal, sendo uma sociedade completamente patrimonialista e individualista.⁶³

A construção dos direitos da personalidade se deve muito à doutrina alemã, onde o BGB, de 1900, já estipulava o direito ao nome, os bens pessoais, a vida, o corpo e a liberdade como manifestações do direito da personalidade, mas em contrapartida, não criou formas de se proteger esses direitos nos casos de violação ou ameaças. Isso, coube a Constituição de Weimar, datada de 1919.

Grandes avanços sobre este assunto apareceram na Constituição Italiana de 1947, onde se verifica, pela primeira vez, a tipificação dos direitos da personalidade. FRANÇA lembra que as Constituições da Áustria, de 1810 e também a de Portugal, de 1867, já abordavam o assunto, tipificando expressamente os direitos da personalidade.⁶⁴

FREGADOLLI, trazendo as noções de direito da personalidade na esfera alienígena, nos ensina que:

Várias são as denominações atribuídas a tal direito, sendo que o direito anglo-norte-americano o denomina *right of privacy*, *right to privacy*, *the right to be alone*, *private life*, e às vezes, *intimacy*; o francês, de *droit à la vie privée*; o italiano de *diritto alla riservatezza*, *alla segretezza*, *inlimitá ou riserbo*, enquanto o espanhol de *derecho a la esfera secreta de la propia personalidad persnal*, *vid privada*, *intimidad personal*, *esfera rervada de la vida ou privacidade*. Existem, ainda, na Alemanha, as expressões *provatsphäre* (esfera privada), *intimsphäre* (esfera íntima) e *geheimnisphäre* (esfera secreta) e outras similares. E em Portugal duas expressões para esse fim são utilizadas: proteção à intimidade da vida privada e direito à zona de intimidade da esfera privada. O Direito brasileiro, por sua vez, não alterando muito as denominações alienígenas, o denomina de direito a privacidade, direito ao resguardo, direito de estar só e direito ao recato.⁶⁵

⁶³ Com esta ruptura, conforme já demonstrado, o direito contemporâneo, enraizado por concepções e ideais existenciais, centraliza todo direito na pessoa humana, não mais como um dos elementos da relação jurídica, mas sim, como núcleo do ordenamento. Consequentemente, o direito contemporâneo reconhece a consciência, a individualidade, os sentimentos e os ideais da pessoa humana, ou seja, a sua dignidade. In: ECHTERHOFF, Gisele – *op. cit.* p. 105.

⁶⁴ FRANÇA, Rubens Limongi – *op. cit.* p. 9.

⁶⁵ FRAGADOLLI, Luciana – **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 37

A respeito da identidade pessoal - corolário dos direitos da personalidade - o STJ já decidiu que:

A identidade pessoal compreende o conjunto de elementos que permitem saber quem uma pessoa é, e abrange a consciência que uma pessoa tem de si mesma, sendo formada pelo conjunto do nome, de apelido, de parentesco, de profissão e até de sinais físicos (altura, cor dos olhos, etc.) que individualiza a pessoa; 12ª - “A identidade tem, portanto, duas vertentes distintas: a consciência ou ideia que uma pessoa tem de si própria e o conjunto de elementos que levam as outras pessoas a identificá-la ou a reconhecê-la. O direito à sua identidade pessoal está reconhecido no artigo 26.º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, consistindo no direito de qualquer pessoa a ter um nome e a não ser privado dele, de o defender e de impedir que outrem o utilize.”⁶⁶

Da análise constitucional, verifica-se uma ligação muito próxima entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, uma vez que o acesso às pesquisas genéticas traz impactos tanto na esfera pública, quanto na privada. O centro de toda a tutela constitucional é o ser humano, em suas necessidades existenciais e materiais, e por conta disto, direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade aparecem interligados na salvaguarda com os temas da genética da atualidade.

A dignidade da pessoa humana é o fio condutor de todo o tratamento dado aos direitos da personalidade, e está intrínseco em todo ser humano. E, muito embora seu conceito seja de difícil definição, está enraizado no acesso das informações genéticas. Isto porque, a genética traz sem eu bojo informações muito íntimas do ser humano, que se reveladas de maneira indiscriminada, pode trazer prejuízos de grande monta.

Independentemente da origem, da raça, da cor, do sexo, do status social, ou de quaisquer outros requisitos, o princípio da dignidade da pessoa humana é um freio a qualquer tipo de discriminações, e no campo das investigações genéticas, impede que sejam reveladas características físicas, psíquicas ou ainda, patologias.

Os atributos da personalidade da pessoa humana, como a vida, as integridades físicas e psíquicas, a honra, a imagem, a intimidade o nome, são protegidos no âmbito social em que a pessoa vive, e são o objeto das relações jurídicas contraídas todos os dias nos mais diversos

⁶⁶ **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA.** Processo n.º 2192/10.1TJLSB.L1-2. Rel. Jorge Vilaça. [Em linha]. [Lisboa]. [13 Set. 2012]. [Consult. 04 Set. 2019]; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/da53cbb87ac81b6d80257a92004b5f09?OpenDocument&H ighlight=0,identidade,genetica,insemina%C3%A7%C3%A3o,artificial>.

setores sociais. E, como referidos direitos da personalidade não são taxativos, se expandindo de acordo com a evolução da social, a informação genética passa, nos dias de hoje, a ser mais um atributo, ao lado de outros tão importantes, como já mencionados.⁶⁷

EMALDI CIRIÓN⁶⁸, elucidando como se dá a relação dos direitos da personalidade com as informações genéticas, apresenta alguns efeitos decorrentes desta relação. Dentre elas, podem ser apontadas um efeito de predição do futuro, pois o resultado das pesquisas genéticas pode trazer o resultado de patologias ignoradas até então; é uma informação secundária, bordando a relação existente entre a informação genética obtida e a resposta a algum medicamento; e por fim, a informação sobre a origem biológica, no sentido de determinar a ascendência genética.

Dessa maneira, a informação genética ganha destaque no cenário social atual, no que diz respeito aos direitos da personalidade, e o seu reconhecimento pelos países tem sido a cada dia maior, tamanha a preocupação que uma informação utilizada de forma equivocada, ou até mesmo maliciosa, pode trazer para a pessoa humana.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

2.1. Concepções do princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁹

2.1.1. *Concepções filosóficas;*

A pesquisa sobre as concepções filosóficas do princípio da dignidade da pessoa humana, será baseado na doutrina de quatro filósofos: Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel,

⁶⁷ Hammerschmidt traz algumas características presentes nas informações genéticas sendo reconhecida como uma manifestação do direito da personalidade, dentre eles, ser *único, preditivo, estrutural, probalístico e geracional*. É *único*, uma vez que revela as informações genéticas do ser humano enquanto espécie; é *estrutural*, na medida em que revela características específicas de uma pessoa, que a diferencia das outras, tornando-a singular; *probalístico*, no sentido da potencialidade de apontar as possibilidades de desenvolvimento de alguma doença; e por fim, *geracional*, uma vez trazem a carga genética hereditária do indivíduo, de acordo com a sua ascendência. In: HAMMERSCHMIDT, Denise – **Intimidade genética e direito da personalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p.17-20.

⁶⁸ EMALDI CIRIÓN, Aitziber – **El consejo genético e sus implicaciones jurídicas**. Bilbao-Granada: Comares, 2001. p. 201.

⁶⁹ Não é recente a construção dos valores que conhecemos atualmente sobre o do princípio da dignidade da pessoa humana. Na história, passando pelos pensadores da idade média, influenciados pelos ideais cristão, que eram muito presentes na sociedade, viu-se uma maior racionalidade do ser humano. Immanuel Kant, neste período, pode ser considerado um dos precursores do conceito de dignidade da pessoa humana, e para chegar a este padrão de secularização da dignidade, buscou o fundamento na autonomia da vontade do ser humano, como ser racional que é. Este pensamento construído por Kant, influenciou demasiadamente o pensamento ocidental, como no caso dos autores Haberle, na Alemanha; Canotilho, em Portugal; Sarlet e Kloepfer, no Brasil. O mesmo se diga sobre a concepção jurídica da dignidade da pessoa humana, que após o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a grande maioria dos ordenamentos jurídicos mundiais trazem esse conceito em suas constituições.

Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. A razão da escolha dos referidos nomes, deve-se à importância de suas obras no cenário mundial, e que acabou por influenciar outros pensadores e filósofos de grande nome e prestígio, como acabamos de revelar acima.

Para Kant, em razão do ser humano ser portador de racionalidade, e conseqüentemente, autonomia da vontade, este acaba sendo o fundamento a dignidade da pessoa humana em sua concepção. A autonomia da vontade, no seu entender, deve ser tida como a “faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis”.⁷⁰ Esta aptidão, somente seres que possuem racionalidade, conseguem agir.

O imperativo categórico da ética de Kant, pode ser observada na seguinte frase: Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”.⁷¹

Kant ensina que o homem é um fim em si mesmo e jamais um mero meio para esta ou aquela vontade. Com esse pensamento, o autor quer demonstrar que o agir humano, seja em relação à sua própria pessoa, ou a outras vontades quaisquer, tem como norte a ideia de humanidade como um fim e não como meio. Nas suas palavras:

O fim não deverá ser concebido como um fim a alcançar, mas sim como fim independente, portanto só de maneira negativa; quer dizer: nunca se deverá agir contra ele e não deve ser avaliado nunca como simples meio, mas sempre simultaneamente como fim em todo o querer.⁷²

WEBER, elucidando como o pensamento de Kant pode ser entendido na prática, nos traz um exemplo:

Tratar o outro como simples meio significa manipular o outro, ou seja, o outro não pode consentir, ou, dito de outra forma, significa impedir o consentimento do outro, já que não fica aberta uma porta para o reconhecimento do ato (é o caso da falsa promessa). O ponto distintivo é que se admite a possibilidade de usar o outro como meio, desde que ele possa dar o seu consentimento, a exemplo do carteiro que leva a carta ao seu destino: não nos valem dele simplesmente como meio (o carteiro não somente conhece a sua função como também consente com a nossa intenção). Conclui-se que tratar, portanto, alguém como fim significa colocar a humanidade no

⁷⁰ KANT, Immanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 79 e 67.

⁷¹ *Ibid.* p. 59-60.

⁷² KANT, Immanuel – *op. cit.* p. 69.

desenvolvimento da ação como fim. Há um conteúdo formal a priori que é a humanidade.⁷³

Muito embora a teoria de Kant seja precursora, não está a salvo de críticas, pois apenas conceder direitos a quem tenha racionalidade, acaba por deixar de lados pessoas merecedoras de maior proteção, como os deficientes mentais. Portanto, é preciso investigar outros caminhos filosóficos, que complementem esta ideia inicial.

O pensamento kantiano influenciou Hegel, que por sua vez, ampliou o conceito de dignidade da pessoa humana, estendendo-o à família, na sociedade civil e ao Estado.⁷⁴ PETERLE⁷⁵ explica como Hegel evoluiu frente ao pensamento de Kant, pois enxergou o processo histórico como de concretização ou realização de ideia da liberdade, e que a mediação de vontades livres, uma vez reconhecida, é a chave para concretização da liberdade.

Portanto, Hegel, de início, tratou do ser humano do ponto de vista abstrato, reconhecendo ou outro como pessoa, sem fazer diferenciações. Mais tarde, perseguindo a moralidade subjetiva, homem passa ser visto como um ser concreto, se diferenciando dos demais em razão de possuir certas peculiaridades. E, o homem, visto em sociedade, como sujeito no seio família, da sociedade e do Estado, demarca esfera da moralidade objetiva.⁷⁶

Das mediações das relações familiares é que o homem evolui a ponto de expressara a sua cultura. E, quando o homem entra na fase adulta, e passa a exercer uma profissão reconhecida pela sociedade, este processo de mediação das vontades se intensifica, fazendo que sujam habilidades e necessidades distintas que o diferencia dos demais. Longe da família, os

⁷³ WEBER, Tadeu – **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. p. 39.

⁷⁴ Seelman, neste sentido, relembra como se dava a visão de Hegel, nas seguintes linhas: “1) na primeira parte, do direito abstrato, ao imperativo jurídico de tratar os outros como pessoas (§ 36), à inalienabilidade da personalidade como fundamento para a ilegalidade da escravidão (§ 66), na pena do criminoso, que deve ser respeitado como ser racional (§ 100); 2) na segunda parte, a da moralidade (moralidade subjetiva), uma referência à vontade, que é, por si só, infinita (§ 105), bem como ao ratificar o direito à satisfação subjetiva do indivíduo em honra e reputação (§ 124); 3) na terceira parte, da eticidade (moralidade objetiva), há referências aos elementos kantianos de dignidade, seja concebendo a monogamia como respeito à personalidade (§ 167), seja ao tratar da ética profissional como reconhecimento da particularidade definida do homem (§ 207), seja reconhecendo que o homem é reconhecido como homem na jurisdição, não porque seja judeu, católico, protestante, alemão, italiano e assim por diante (§ 209). No que tange às corporações, são concebidas como a base do reconhecimento social nas quais o indivíduo possui a sua honra no seu lugar social (§ 253), e, quanto ao Estado, é caracterizado como instância na qual os indivíduos tem, para si, o pleno desenvolvimento e reconhecimento do seu direito”. In: SEELMAN, Kurt – *Pessoa e Dignidade da pessoa humana na filosofia de HEGEL*. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 48-49.

⁷⁵ PETERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 66.

⁷⁶ A respeito das relações humanas nas instituições familiares, WEBER demonstra que: “Ela (a família) é lugar em que se inicia, propriamente, o movimento do processo de mediação e concretização das vontades no contexto social. A pessoa passa a ser considerada como membro de uma instituição: uma pequena comunidade ética, que tem hábitos e tradições dentro de uma coletividade maior”. In: WEBER, Tadeu – *op. cit.* p. 119-120.

valores se perdem, havendo a necessidade de uma nova mediação das vontades. Nisso, conclui-se que os homens não podem viver isolados.

E é no Estado que essas vontades finalmente se concretizam. Sendo uma instituição social que viabiliza a realização das liberdades individuais, no plano concreto, há que haver uma mediação entre o Estado e os particulares.

Assim, a doutrina de Hegel ainda se encontra muito atualizada nos tempos atuais, pois o reconhecimento recíproco é o fundamento da dignidade e, ao mesmo tempo, a consequência da opção por um estado juridicamente ordenado.⁷⁷

Seguindo a linha de pensadores históricos que tratam da dignidade da pessoa humana, passa-se a analisar os ideais de Dworkin. Para este filósofo, a palavra dignidade possui diversos sentidos, mas o principal está descrito quando diz que “las personas tienen derecho a no sufrir la indignidad, a no ser tratadas de manera que em sus culturas o comunidades se entiende como una muestra de carencia de respeto”.⁷⁸

Partindo de dois casos concretos, o dos presos e dos dementes, ele aduz que “cualquier sociedad civilizada tiene estándares y convenciones que definen esta clase de indignidad, y eu difieren de lugar a lugar y de época em época”.⁷⁹ Em relação às pessoas que estão presas e recolhidas, existem padrões mínimos de custódia, onde há de se respeitar a dignidade do preso durante o tempo de custódia, que vão além de um ambiente limpo e saudável, como evitar abusos e torturas. E, para os dementes, a mesma dignidade deve ser respeitada, oferecendo privacidade, um ambiente limpo, e com os cuidados de saúde que o seu quadro clínico necessita.

Desses dois exemplos, extrai-se uma aproximação do pensamento de Dworkin com Kant, na medida em que o ser humano não pode ser tratado como um mero objeto, o que não significa que uma pessoa não possa ser colocada em desvantagem em relação a outra.

O autor, em suas análises tenta explicar o fenômeno do porquê as pessoas se preocupam tanto com a indignidade, e revela que a dignidade da pessoa humana possui uma voz ativa e uma voz passiva, e que as duas estão conectadas.⁸⁰

Quando Dworkin faz menção do viés da voz ativa da dignidade, ele quer dizer que a própria pessoa é quem deve se encarregar da sua dignidade, o que significa que quando alguém se torna indigno, porque infringiu a sua dignidade, como por exemplo, se torturando, se colocando em situações degradantes, está negando a importância da vida humana, em especial

⁷⁷ SEELMAN, Kurt – *op. cit.* p. 59.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald – **El Dominio de la Vida. Una Discusión Acerca del Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual.** Tradução de Ricardo Caracciolo e Vitor Ferreres. 1.^a reimp. Barcelona: Ariel, 1998, p. 305 e ss.

⁷⁹ *Ibid.* p. 310.

⁸⁰ *Ibidem.*

a sua.⁸¹ Já a voz passiva da dignidade, acontece quando o ser humano é alvo de uma ofensa à sua dignidade, por ato de terceiros.⁸²

Por se tratar de um liberal, Dworkin está preocupado com os abusos que o Direito Penal pode causar ao ser humano nas zonas limítrofes da vida, como acontece com a eutanásia e o aborto. A mesma postura liberal é encontrada, também, nas novas tecnologias de reprodução humana e nos demais campos médicos, em prol da saúde humana⁸³.

E por fim, como última manifestação do pensamento da dignidade da pessoa humana, HABERMAS⁸⁴, tanto no plano da moral, como no campo jurídico, espera que o ser humano possa estabelecer relações na sociedade, aguardando, dos demais integrantes, uma resposta conforme o Direito. Ou seja, há a necessidade de interesses recíprocos nas relações interpessoais. Essa relação deve ser simétrica.

Habermas traz expressões diferentes em seu discurso, sendo eu inviolabilidade não temo mesmo sentido de indisponibilidade; inviolabilidade da dignidade humana não se confunde com indisponibilidade da vida humana.⁸⁵

E através do processo social que Habermas aborda o processo de individualização do ser humano. Sendo assim, é através da vida social que a identidade pessoal é moldada, dos relacionamentos traçados ao longo de uma vida. E neste ponto, tece críticas à teoria de Kant:

Em su versión destranscendentalizada, la “voluntade libre” de Kant ya no es una propiedad de seres inteligibles caída del cielo. La autonomía es más bien una conquista precaria de las existencias finitas, existencias que sólo teniendo presente su fragilidad física y su dependencia social uede obtener algo así como “fuerzas”.⁸⁶

⁸¹ Como explicar o direito a ser tratado com dignidade em situações fáticas em que a própria pessoa sequer reconhece qualquer violação à sua dignidade? Um exemplo bem ilustrativo do problema é o das pessoas que comprometeram a sua própria dignidade, como é o caso de alguém que viva sob completa falta de limpeza, inclusive com relação à sua própria higiene pessoal. Segundo exemplo: o das pessoas que sacrificaram a sua independência na busca de vantagens imediatas. Um terceiro exemplo: a situação do escravo que sequer reconhece a extrema indignidade de viver sob escravidão. In: PETTERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 72.

⁸² Porém, ele conclui este pensamento fazendo o alerta que tanto a voz ativa, quanto a passiva, são dois lados da mesma moeda, aludindo que: “Que el derecho de una persona a que se la trate con dignidad es el derecho a que otros reconozcan sus intereses críticos genuinos: que reconozcan que es el tipo de criatura y que se encuentra en la position moral con respecto a la cual es intrínseca y objetivamente importante la forma como transcurre su vida. La dignidad es un aspecto central del valor que hemos estado examinando (...): la importancia intrínseca de la vida humana”. In: DWORKIN, Ronald – *op. cit.* p. 308-309.

⁸³ Para Dworkin, a inviolabilidade da vida é um valor que nos unifica como seres humanos, em que pese a magnitude do dissenso em torno dos seus distintos significados no que diz com o início e fim da vida, especialmente as controvérsias relativas ao aborto e à eutanásia, bem como as questões relativas ao uso de novas tecnologias da engenharia genética no âmbito da biomedicina. De qualquer forma, o núcleo de sua reflexão está focalizado em uma transição, qual seja, da vida enquanto valor universal à vida enquanto bem jurídico-constitucional. In: PETTERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 75.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen – **El futuro de la Naturaleza Humana. Hacia una Eugenesia Liberal?** Tradução de R.S. Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002. p. 50-51.

⁸⁵ PETTERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 76.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen – *op. cit.* p. 51 e 53. Tradução livre do Autor: “Em sua versão não transcendentalizada, o ‘livre-arbítrio’ de Kant não é mais uma propriedade de seres inteligíveis que caem do céu. A autonomia é antes uma conquista de existências finitas, existências que só levando em conta sua fragilidade física e dependência social podem obter algo como forças”.

Portanto, é a partir da inserção do indivíduo na sociedade, a contar do nascimento, que o mesmo passa a ser acolhido em um contexto público de interação de um mundo de vida compartilhada intersubjetivamente.⁸⁷ E, enquanto não nascido (estando no interior do ventre materno), não se pode dizer estarmos falando de um ser humano, mas sim de um organismo. Somente após o nascimento, e quando houver a comunicação com outras pessoas, como membro de uma sociedade cultural, que se interage, é que o poderemos falar no atributo da dignidade da pessoa humana.

O nascimento passa a ser considerado, nesse ponto, como o marco onde o qual a pessoa natural converte-se em pessoa dotada de razão. Em síntese, a tese é a de que os sujeitos dotados de capacidade de linguagem e de ação só se constituem como indivíduos, na medida em que enquanto elementos de determinada comunidade linguística, crescem num universo partilhado intersubjetivamente.⁸⁸ Sozinho neste mundo, ninguém consegue firmara sua individualidade, sendo eu somente com as relações interpessoais, construídas com uma base comunicativa, é que se alcança a dignidade.

Isto não significa, de outro lado, eu o nascituro não goze de proteção. Ao contrário, Habermas não concorda com a antecipação do processo de socialização, onde o nascituro, desprovido de manifestação, pois está sendo gerado, não alcança a mesma proteção que uma pessoa que interage em sociedade. Existem deveres legais e morais com relação à vida e que deem ser observados por todos. Há que distinguir, portanto, a dignidade da vida humana, com a dignidade humana. Esta última, considerada como a da pessoa.

Após todas as análises das dimensões da dignidade da pessoa humana, podemos concluir que todas elas se complementam. E disso, extrai-se que muito embora a construção da identidade pessoal aconteça ao longo da vida, através das relações que a pessoa passa a manter, ela se inicia no seio familiar. A partir do momento que essas relações se expandem, passando pelo ambiente escolar, depois no profissional, as referências dessa pessoa aumentam, e se constrói uma identidade.⁸⁹

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen – *op. cit.* p. 52.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. Comentários à Ética do Discurso. Lisboa: Piaget, 2001. p. 16-19. In: PETTERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 76.

⁸⁹ Os rumos destas reflexões apontam no sentido de que essa relação de complementariedade deve-se ao fato de que a autonomia da vontade não está desvinculada de uma visão de mundo, e, nessa perspectiva, dimensões ontológicas e não ontológicas, a exemplo das examinadas, indicam o caminho de uma construção histórico-cultural da dignidade no âmbito da teria dos direitos fundamentais, construção de deve (deveria) ter o diálogo intercultural pluralista como parâmetro norteador, teorias que evidentemente terão de enfrentar os novos riscos decorrentes das tecnologias genéticas, inclusive no que diz com a adequada proteção dos embriões humanos. Em se tratando da problemática posta pelas novas tecnologias, é essencial buscarmos um diálogo entre essas quatro concepções, evitando leituras reducionistas e unilaterais da dignidade e afastando radicalismos, na certeza de que a honestidade científica está em buscar compreender o significado e o conteúdo dessa dignidade no âmbito de uma comunidade inclusiva efetivamente preocupada com o reconhecimento, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa nos ordenamentos jurídico-constitucionais. In: PETTERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 81.

E como lembra CAMPOS, “o homem, enquanto pessoa dotada de individualidade, só veio a aparecer muito recentemente. Até então, o ser humano era visto como um mero ser integrante da natureza e da sociedade”.⁹⁰

2.1.2. *Concepção jurídica.*

A dignidade da pessoa, como norma jurídica, e premissa de validade e legitimidade do ordenamento, é uma ideia recente, podendo ser apontado como um marco histórico, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e que acabou se confirmando como uma tendência na quase totalidade das Constituições dos países.

Antes de o mundo conhecer os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, houve um período de grandes atrocidades, decorrentes, dentre outros fatores, da escravidão, das inquisições, do nazismo, do stalinismo, dos genocídios étnicos. CANOTILHO, explicando como vem descrito o princípio da dignidade da pessoa humana na República de Portugal (art. 2.º, da Constituição de Portugal), revela que se deve tomar em consideração:

O “princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do *principio* antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et factor*).⁹¹

O indivíduo, para Canotilho, é o limite e o fundamento do domínio político da República. E sendo a República uma organização política, que serve o homem, e não o contrário, a “compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (artigo 24.º) e a prisão perpétua (artigo 30.º/1)”.⁹² E conclui a sua definição aludindo que:

Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana

⁹⁰ CAMPOS, Diogo Leite de – A Génese do Direito das Pessoas. Nós: Estudos sobre o Direito das Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004. p. 13. In: BOUSQUET, Joana Bione – **Contratos de Direito de Personalidade: a pessoa humana como ser social perante o Direito e a possibilidade da sua tutela na Via Arbitral**. Dissertação em Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2009. p. 12. [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 11 Mai. 2019]; Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/ULFD113640_tese.

⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes – *op. cit.* p. 225.

⁹² *Ibid.* p. 225.

como núcleo essencial da República significará, assim, o contrário de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos. O republicanismo clássico exprime esta ideia através dos princípios da não identificação e da neutralidade, pois a República só poderia conceber-se como ordem livre na medida em que não se identificasse com qualquer “tese”, “dogma”, “religião” ou “verdade” de compreensão do mundo e da vida.⁹³

Já para MIRANDA⁹⁴, a dignidade da pessoa humana é que dá sentido às constituições, onde ela é considerada o fundamento e o fim da sociedade e do Estado. Não esta a se falar aqui, de unidade de sistema, mas sim de unidade de pessoas.

Através destas duas visões, podemos afirmar que as constituições modernas passaram a ter o ser humano como elemento essencial da proteção jurídica, valorizando a sua condição individual, política, social, e também, espiritual. E como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana é uma norma jurídica.⁹⁵

Importante frisar que muito embora o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana tenda a informar todo o sistema jurídico, ele não é o único, pois os direitos fundamentais não estão dentre os direitos taxativos. Não se trata, dessa maneira, de um direito taxativo. Ao contrário, a partir deste direito fundamentais podem ser extraídos outros.

A definição do conceito de dignidade de pessoa humana - muito embora as pessoas tenham a consciência do que é a dignidade, especialmente quando passam por situações de concretas violações do direito – é de difícil elucidação, mas muito importante para o Direito.

Inicialmente, colacionamos o conceito apresentado por SILVA, no qual a dignidade da pessoa humana é a “potencialidade de se determinar, por intermédio da razão, para a ação da liberdade”⁹⁶. Para isso, “devem as pessoas ser respeitadas igualmente, isso por pertencer à espécie humana e, ainda, que esse respeito independe do grau de desenvolvimento das potencialidades humanas”⁹⁷.

⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes – *op. cit.* p. 225.

⁹⁴ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. 3.^a ed. Coimbra: Editora Coimbra, tomo IV, 2000. p. 180 e 182.

⁹⁵ Inicialmente, é preciso esclarecer que se adotou a consagrada classificação estrutural das normas de direito fundamental, qual seja, a de princípios e regras jurídicas como espécies do gênero norma jurídica. Segundo Alexy, os princípios e as regras são espécies de normas dentro do ordenamento jurídico, cuja distinção é “uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales”. Princípios e regras são espécies do gênero norma porque dizem o que devem ser. A característica diferenciadora entre ambos é qualitativa e consiste em serem os princípios mandados ou ordens de otimização, ordenando que algo seja realizado na medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e ordenando que algo seja realizado na medida do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios, portanto, impõem a otimização de eficácia à luz das circunstâncias, sendo harmonizados, permitindo o balanceamento conforme o seu peso e ponderação com outros excluindo mutuamente quando houver antinomia ou conflito entre as mesmas. O sistema constitucional é tendencialmente principialista porque este é o suporte rigoroso para solucionar colisão de direitos fundamentais, além de permitir que o sistema respire por meio da textura aberta aos princípios. In: PETERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 83.

⁹⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e – *op. cit.* p. 192.

⁹⁷ *Ibid.* p. 192.

SARLET⁹⁸ traz uma importante conclusão a respeito do conceito da dignidade humana. Alega que, muito embora não existe uma conceituação pacificamente aceita, o fato é que, ao longo dos tempos, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, toaram para si a função de concretizar o conteúdo da dignidade da pessoa humana, a partir as situações que foram se apresentando.

Portanto, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca reconhecida a cada ser humano, e por gozar de *status* de norma jurídica constitucional, reclama a proteção de todos, seja do Estado, seja dos membros da sociedade. Nesse sentido, o direito ao conhecimento da identidade genética do ser humano é uma consequência da manifestação deste direito fundamental, notadamente se analisados o direito à vida.

2.2. Os direitos humanos frente as transformações biotecnológicas

Os direitos humanos podem ser considerados como uma moderna manifestação da racionalidade humana. Com os avanços da ciência e da tecnologia ao redor da biotecnologia, nos deparamos com uma relativização da dignidade da pessoa humana, vindo o homem a ser um mero objeto (coisificação do ser humano).

A liberdade e a igualdade são dois alicerces de um grande edifício jurídico construído ao longo dos tempos, internacionalmente. Os rumos que a humanidade vem seguindo frente as pesquisas científicas, em especial no campo da genética, preocupam, em especial, no que diz respeito à maneira de manter os direitos já reconhecidos.

As técnicas e os procedimentos que a biotecnologia vem trazendo ao meio jurídico e social contemporâneo, nos faz pensar se devemos avançar mais ou frear o conhecimento? Na filosofia, já tivemos a oportunidade de analisar o dilema existente entre os direitos humanos e as biotecnologias.

Temos, que o homem-indivíduo passa a ser confrontado com o homem -sociedade. MORIN⁹⁹retoma a visão tripartite do ser humano, sob os seguintes entendimentos: a) indivíduo como espécie (natureza); b) indivíduo como membro da sociedade e; c) indivíduo como *self*

⁹⁸ 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 eu 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. In: SARLET, Ingo Wolfgang – *op. cit.* p. 59.

⁹⁹ MORIN, Edgar -**Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 4.^a ed. São Paulo: Cortez/UNESCO, 2001.

(noosfera). Modernamente, o ser humano está compreendido como *self*, ou seja, ultrapassando os limites da individualidade, para chegar ao ideal do bem comum social.¹⁰⁰

Valendo-se do humanismo, MORIN constata que:

“Si el homo sapiens descende ciertamente de la naturaleza, por su inteligencia se seara de ella. El hombre es um superior, y por eso se debe respetar y honrarem cada hombre. De ahí la noción humanista universalista y emancipadora de los derechos del hombre”.¹⁰¹

E continua explicando como este racionalismo evoluiu a ponto de alimentar os ideais modernos, ponto de encobrir a condição biológica humana:

Puesto que todos los hombres son hombres, todos son, pues, por derecho libres e iguales. Este humanismo racionalista, en apariencia 'descarnado', recubre de hecho la unidad biológica de la especie homo. Pero, en lugar de extraer de ahí su fundamento en la naturaleza, lo postula por derecho y a título de ideal. La idea de la unidad de la especie humana postulada por el humanismo triunfante en el Occidente dominador no ha sido nunca, en realidad, más que una noción ideal.¹⁰²

Diante desta análise, pode-se dizer que o humanismo, diante dos avanços físicos e biológicos, acabou tendo seu conteúdo esvaziado. E as pesquisas genéticas, podem ser encaradas como uma evolução, e a sua prática como uma experiência de uma nova identidade humana. Questões ainda não muito bem resolvidas como a clonagem de seres humanos e a manipulação de genes, acabam por criar conflitos na ideia de ser humano como indivíduo. A Bioética, neste cenário, surge como mecanismo de contenção destes dilemas. Nos tempos atuais, conforme CARVALHO E VEIRA deixam muito bem frisado, a “bioética tornou-se o campo mais dinâmico da ética e um dos setores mais importantes da reflexão filosófica, pois

¹⁰⁰ VIEIRA e CARVALHO, a respeito desta classificação, tece o seguinte comentário: “Neste ponto é que o advento e avanço da biotecnologia vem tornar ainda mais complexa a questão, na medida em que reintroduz a dimensão de indivíduo como espécie, antes distante do discurso jurídico da modernidade (pautado primordialmente pela relação indivíduo - sociedade). Para Edgar Morin (e outros), a ideia de unidade do homem foi afirmada pelo humanismo, de forma a extrair do conceito de ser humano, a conotação carnal ou natural”. In: CARVALHO, Ester de; IEIRA, Ricardo Stanzola – **Direitos Humanos e Biotecnologia: aspectos dilemáticos contemporâneos**. Em linha]. [Brasil]. [s.d]. [Consult. 15 Mai. 2019]; Disponível em <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v11n1.p63-74>.

¹⁰¹ MORIN, Edgar – *op. cit.*

¹⁰² *Ibid.* Tradução livre do autor: “Como todos os homens são homens, todos são, por direito, livres e iguais. Este humanismo racionalista, aparentemente “sem carne”, cobre de fato a unidade biológica da espécie homo. Mas, em vez de extrair sua base na natureza, ela a postula de maneira correta e ideal. A ideia da unidade da espécie humana postulada pelo humanismo triunfante no Ocidente dominante nunca foi, na realidade, mais do que uma noção ideal”.

confere aos direitos humanos alguns de seus princípios basilares, como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana”.¹⁰³

O ser humano como espécie teve sua definição redescoberta com os avanços da ciência. Isto, unificado às alterações no genoma humano e seus reflexos a regulação da vida em sociedade, faz com que o direito moderno contemporâneo passe por momentos de incertezas e de indefinições.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS¹⁰⁴, faz um estudo sobre o significado das ciências e do Direito no mundo moderno em crise. Para este autor, a modernidade teve a sua força regulatória reduzida, à medida que as dimensões emancipatórias do pilar da emancipação convergiram como desenvolvimento capitalista, a dois grandes instrumentos de racionalização da vida coletiva, quais sejam: a ciência moderna e o direito estatal moderno. A crise de ambos coincide com a crise do paradigma dominante.¹⁰⁵ Através da metáfora dos espelhos sociais, o autor tenta demonstrar que as sociedades visualizam sua própria imagem através dos espelhos que constroem para reproduzir as identificações dominantes em um determinado momento histórico.

Esta metáfora tem uma enorme relação com o tema aqui enfrentado, pois fazendo a analogia com os avanços que a ciência vem obtendo frente à preservação dos direitos fundamentais, uma sociedade que não garanta os direitos do ser humano frente às evoluções médicas e tecnológicas, reflete a imagem de uma mesma sociedade corrompida em seus valores, e o resultado são devastadores.

A garantia dos direitos fundamentais, neste sentido, deve ser mantida e defendida não só pelas partes interessadas, mas por toda a sociedade, para que o reflexo de sua imagem seja de um ambiente seguro e proporcione aos cidadãos ter a certeza de que, mesmo a ciência e a tecnologia evoluindo a cada dia, os valores construídos e conquistados serão respeitados.

¹⁰³CARVALHO, Ester de; IEIRA, Ricardo Stanziola – *op. cit.* p. 65.

¹⁰⁴ São os espelhos que, ao criar sistemas e práticas de semelhança, correspondência e identidade, asseguram as rotinas que sustentam a vida em sociedade. Uma sociedade sem espelhos é uma sociedade aterrorizada pelo seu próprio terror. Há duas diferenças fundamentais entre o uso de espelhos pelos indivíduos e o uso dos espelhos pela sociedade. A primeira diferença é, obviamente, que os espelhos da sociedade não são físicos, de vidro. São conjuntos de instituições, normatividades, ideologias que estabelecem correspondências e hierarquias entre campos infinitamente vastos de práticas sociais. São essas correspondências e hierarquias que permitem reiterar identificações até o ponto de estas se transformarem em identidades; A ciência, o direito, a educação, a informação, a religião e a tradição estão entre os mais importantes espelhos das sociedades contemporâneas. O que eles refletem é o que as sociedades são. Por detrás ou ara além deles, não há nada. In: SANTOS, Boaventura de Sousa – **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2.^a ed. Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2000, p. 48.

¹⁰⁵ CARVALHO, Ester de; IEIRA, Ricardo Stanziola – *op. cit.* p. 65.

2.3. A dignidade da pessoa humana como norma jurídica fundamental na Constituição de Portugal

A dignidade da pessoa humana pertence ao ser humano concreto, ao qual o ordenamento jurídico o considera insubstituível, implicando o desenvolvimento da personalidade de cada um. Tem íntima relação com a dignidade da vida, pois afinal, toda vida humana tem a sua importância, e toda a vida humana possui o mesmo valor, não havendo a menor possibilidade de haver discriminações.

A CRP, em diversos artigos espalhados em seu texto¹⁰⁶, traz a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana como um valor supremo. E, mesmo não havendo um título ou capítulo específico sobre o tema, a análise conjuntural de alguns dispositivos, que pretendemos analisar ao decorrer deste subitem, demonstra a aplicação do princípio na sociedade portuguesa.

Podem ser considerados como objetos de alcance do referido princípio, tanto as pessoas vivas, como das que estão sendo geradas (nascituros).¹⁰⁷ A vida humana intra-uterina, também mereceu a proteção constitucional, no viés do planejamento familiar. O Tribunal Constitucional, em diversas oportunidades, entendeu que o nascituro goza de toda a proteção jurídica que o ser humano vivo possui, falando em dignidade da vida intra-uterina.¹⁰⁸

Quanto ao sistema de eficácia de proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, a regra do art. 64.º vem aliada ao disposto nos arts. 5.º e 6.º, da Convenção sobre os Direitos do Homem da Medicina, pois o Estado tem o domínio da proteção da saúde - e mesmo que a pessoa só possa sofrer qualquer tipo de intervenção com o seu consento, ou quando não tenha o consentimento livre e esclarecido, se for para atender ao seu melhor interesse – e para tanto, precisa aplicar as políticas públicas o interesse dos assistidos.

No que tange à bioética, como já tivemos a oportunidade de analisar, possui enorme ligação com a dignidade da pessoa humana, e para tanto, deve a lei garantir o acesso à identidade genética da pessoa, em especial, no que diz respeito na criação, no desenvolvimento e na utilização das tecnologias e na experimentação científica (art. 26.º, n.º 3, 2.º parte). E, como a

¹⁰⁶ Neste sentido, o art. 24.º, da CRP, diz que a vida humana é inviolável. Este artigo, em consonância com os dispostos no art. 33.º, n.º 6 (que veda a pena de morte, bem como a extradição por crime que o corresponda, e ainda a eutanásia e a distanásia), art. 32.º, n.º 6 (que garante a integridade pessoal contra a tortura e os maus tratos e as penas cruéis, desumanas e degradantes, incluindo, em processo criminal) e art. 19.º, n.º 6 (impossibilidade de estado de sítio).

¹⁰⁷ Esta afirmação pode ser extraída do disposto no art. 24.º, n.º 01, quando a Constituição de Portugal trata da inviolabilidade da vida humana. E, se atrelarmos este artigo, com as normas contidas no art. 26.º, n.º 1 (garantia das identidades pessoal e genética do ser humano), e art. 67.º, n.º 2, alínea e (a salvaguarda da dignidade na procriação medicamente assistida), vemos uma constitucionalização da pessoa, como portadora da garantia da dignidade da pessoa humana. Estas disposições, nada mais são do que uma réplica da norma contida no art. 6.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹⁰⁸ Acórdãos n.º 25/84, de 9 de março, in *Diário da República* 2.ª série, de 04 de abril de 1984; n.º 85/95, de 29 de maio, in *Diário da República*. 2.ª série, de 25 de junho de 1985; n.º 288/98, de 17 de abril, in *Diário da República*, 1ª série-A, de 18 de abril de 1998.

Constituição não faz qualquer tipo de distinção entre seres vivos ou não, falando em apenas ser humano, entende-se que a proteção abarca tantos os já nascidos como os que ainda não o foram, como os embriões, fetos, as células e quaisquer outros tipos de materiais genéticos utilizados em pesquisas ou em tratamentos.

Quando analisamos as diversas Declarações Internacionais e Tratados sobre o tema da bioética e a genética humana, tivemos a oportunidade de destacar o quão importante é a proteção da dignidade humana estampada nesses textos. E, como consequência desta determinação, Portugal, tendo assinado a maioria dessas Declarações e demais documentos, a Constituição acaba por refletir esses ideais sacramentados.

A dignidade da pessoa humana não faz distinção de gênero. Seja homem ou mulher, todos são abarcados pelo princípio. É uma realidade conhecida, que ainda existem discriminações na sociedade em geral quanto às mulheres, e muito embora a CRP declare a igualdade em geral no art. 13.º, como na família (arts. 36.º, n.ºs 3,5, 6 e 67.º, n.º2, alínea *c*), no trabalho (art. 58.º, n.º2, alínea *b*), e a proteção da mulher durante o parto (art. 59.º, n.º 2, alínea *c*), ainda existe discriminações em todas as relações cotidianas, pois a dignidade, conforme nos lembra MIRANDA, “implica o respeito da orientação sexual das pessoas, sem discriminação”.¹⁰⁹

No que se refere à intimidade, a CRP elenca, em diversos pontos do texto, os direitos que o relacionam.¹¹⁰ O respeito aos direitos de liberdade, é outra face do princípio da dignidade humana, e que vem ligado ao desenvolvimento da personalidade.¹¹¹ Mas um detalhe que chama a atenção nesta dimensão da dignidade da pessoa humana é que não se exige da pessoa, uma capacidade psicológica de autodeterminação, ou seja, sejam crianças, enfermos mentais ou qualquer outro ser humano, na condição em que se apresentar, fará jus à proteção que o princípio prevê.

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 233.

¹¹⁰ Podem ser tomados como exemplo a) direitos à imagem, à palavra e à reserva de intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º, n.º 1, 2.º parte); b) nas garantias contra a utilização abusiva de informações relativas às pessoas e famílias (art. 26.º, n.º 2); c) no direito dos cidadãos de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e no direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei (art. 35.º, n.º 1); d) na proteção desses dados, designadamente através de entidade administrativa independente (art. 35.º, n.º 2); e) em a informática não poder ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis (art. 35.º, n.º 3); f) na proibição de acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excecionais previstos na lei (art. 35.º, n.º 4); g) em ninguém poder ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou política religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder (art. 41.º, n.º 3).

¹¹¹ Como menciona o art. 26.º, n.º 1, bem como, ainda, na inviolabilidade da liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41.º, n.º 5), na liberdade de criação cultural (arts. 42.º e 78.º, n.º 2, alínea *b*), na liberdade de aprender e de ensinar (art. 43.º), na liberdade de expressão e de informação (art. 37.º), dentre outros.

Cada ser humano, em sua individualidade, deve ser compreendido em conjunto com os demais. Esta afirmação, segundo REALE, nos traz a ideia de que a dignidade de cada pessoa é incindível das demais.¹¹² E prossegue o mencionado autor, com a sua linha de raciocínio:

A pessoa do outro não é apenas um elemento circunstancial constitutivo do meu eu, pois ambos, o *eu* e o *outro eu* acham-se condicionados transcendentemente por algo que os torna histórica e realmente possíveis: esse algo que põe a subjetividade como intersubjetividade é o valor da pessoa humana, o qual, como tal, pode ser considerado o valor-fonte de todos os valores e, por conseguinte, dos direitos humanos fundamentais.¹¹³

Podem ser apontados como manifestações desta garantia da dignidade da pessoa humana, a liberdade, os valores da vinculação das entidades privadas aos direitos, garantias e liberdades, como prescreve o art. 18, n.º 1, da CRP, assim como o direito de resposta e de retificação na imprensa, nos casos de erros ou de violações de destes direitos, de acordo com o art. 37.º, n.º 4, podendo ser lembrado, ainda, a proibição da criação de organizações racistas (art. 46.º, n.º 4), os direitos dos trabalhadores no ambiente de trabalho, os direitos dos consumidores (arts. 59.º e 60.º).

Como manifestação desta proteção, o TC, no julgamento do Acórdão n.º 144/2004, de 10 de março, aplicou o princípio da dignidade na pessoa humana no caso de lenocínio. No seu entendimento:

Uma ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de ação, situações e atividades, cujo “princípio” seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como mero instrumento ou meio ao serviço de outra.¹¹⁴

Contudo, não basta apenas existir o respeito às outras pessoas, no sendo de responsabilidade comum, se de outro lado, o próprio ser humano não tem o respeito à sua própria pessoa. MIRANDA, cita, a esse respeito, a necessidade de recusa da escravidão e de qualquer tipo de discriminação, como formas de auto-respeito. Menciona, também, a recusa de

¹¹² REALE, Miguel – **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 3.ª ed. São Paulo: 2005. p. 105.

¹¹³ *Ibid.* p. 105.

¹¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Acórdão n.º 144/2004, de 10 de março. **Diário da República**, 2.ª série, de 19 de abril de 2004.

trabalhar em condições de insalubridade, de insegurança e com salários baixos que não supram as necessidades vitais básicas, a recusa da excisão genital ou de servir de correio de droga e da comercialização do próprio corpo.¹¹⁵

Para que consigamos evitar esses atos, o Estado tem o dever de intervir, mas não apenas impondo sanções penais aos infratores, as também, e principalmente, tomando o campo preventivo, de implantar políticas públicas, onde a solidariedade social seja a mola propulsora de todas as ações.

A dignidade da pessoa humana também possui um viés social: é a dignidade social, prevista no art. 13.º, n.º 1, da Constituição de Portugal. Esta imagem da dignidade da pessoa humana, muito tem a ver com a integração, com a inclusão, com a participação na vida comunitária em sociedade. Nesse ponto, busca-se a proteção legal a quaisquer formas de discriminação (art. 26.º, n.º 1), a necessidade de intervenção judicial em caso de internamento por anomalia psíquica [art. 27.º, n.º 3, alínea *h*); a proibição de penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade de carácter perpétua ou de duração ilimitada ou indefinida (art. 30.º n.º 1); os condenados a quem sejam aplicadas penas ou medidas de segurança privativas de liberdade mantêm titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e as exigências próprias da respetiva execução (art. 30.º, n.º 5), dentre muitos outros.

Somente através da solidariedade, é que uma nação consegue aplicar os princípios da dignidade da pessoa humana a cada um, em quaisquer condições de vida. E esta é a razão de ser da República, que sempre está determinada em construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preceitua, logo de início, o art. 1.º, *in fine*, da CRP.

A dignidade da pessoa humana exige que cada ser humano possa viver de forma condigna, assegurando a liberdade e o bem-estar, e para que isso seja possível, há necessidade de se garantir salários, em natureza, qualidade e quantidade capazes de subsidiar as necessidades do indivíduo. E não é só isso, é preciso que não hajam discriminações em razão de funções, de sexo ou ideologias. E para que isso possa ser concretizado, conforme preceitua os arts. 59.º, n.º 1, alínea *a* e n.º 2, alínea, *a*, cabe à seguridade social proteger os cidadãos (art. 15.º, n.º 1), desde quando a pessoa esteja apta ao exercício de suas funções, seja na velhice, quando se aposenta, em casos de enfermidades, invalidez, viuvez, orfandade, e demais fatores que impossibilitem a manutenção da pessoa através do seu trabalho.

¹¹⁵ MIRANDA, Jorge – *op. cit.* p. 235.

Disso tudo, decorre, também, o direitos e garantias decorrentes do pagamento de impostos, onde, através do princípio da igualdade, é preciso evitar que se onerem em demasia, e de maneira desproporcional, os cidadãos. MIRANDA¹¹⁶, sobre este característica do princípio da dignidade, traz a concepção de dimensão negativa e positiva: a negativa, significa a garantia de salário impenhorabilidade do salário mínimo ou de parte do salário sobre o rendimento pessoal eu afete a subsistência, não sujeição a imposto sobre o rendimento pessoal de quem tenha rendimento mínimo; e, na esfera positiva, significa a atribuição de prestações pecuniárias a quem esteja abaixo do mínimo de subsistência.

No que diz respeito à propriedade, ela também é uma garantia constitucional, e decorre do princípio da dignidade humana. Mas, como já tivemos a oportunidade de tecer comentários a respeito, a Constituição prioriza, o *ser* ao *ter*, ou seja, a proteção que a pessoa possui frente a suas liberdades individuais está acima do fator econômico. Em contrapartida, a CRP defende a difusão da propriedade, e como consequência trabalho, protege a habitação própria ou a terra cultivada.

Estas são, as principais regras constantes da Constituição de Portugal, que dizem respeito a dignidade da pessoa humana e suas dimensões variadas. Todas, podem ser consideradas como frutos das conquistas de longos anos de evolução social e intelectual do ser humano, inicialmente catalogadas nas Declarações, Tratados e Leis Internacionais de proteção da vida humana, e que acabaram por ser incorporadas na maioria dos textos constitucionais dos países do mundo moderno. E Portugal, seguindo esta tendência, se manteve alinhado aos preceitos internacionais, trazendo a seus cidadãos, uma garantia estanque de vícios e violações contra a dignidade da pessoa humana.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA BIOCONSTITUIÇÃO

3.1. Conceito de Bioconstituição

O Direito constitucional moderno vem se construindo através de uma nova concepção, onde alguns valores conquistados ao longo de muitos anos, vêm se incorporando nos ordenamentos jurídicos dos diversos países no mundo. Grande parte destas conquistas, como já mencionado em momento anterior desta pesquisa, se deve aos documentos internacionais que previram os direitos fundamentais como mola propulsora dos vários direitos dele decorrente.

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge – *op. cit.* p. 239-240.

É muito importante que as Constituições incorporem essas novas matérias representativas de sua época e da sociedade ao qual representam. Essa estabilidade constitucional somente é alcançada quando é promovida a defesa dos valores sociais. Assim, já não cabe falar em Constituições imutáveis, pois os novos direitos que surgem a cada dia, corolários dos direitos fundamentais, como é o caso da bioética, faz com que os textos constitucionais estejam adequados a esta realidade.¹¹⁷

Das mais diversas reflexões que este novo Direito Constitucional vem trazendo, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, a genética aparece como matéria de destaque. Isso se deve muito aos avanços que a Biomedicina, o Biodireito e a engenharia genética vem ocorrendo. O significado que a vida humana passa a ter, diante desses avanços, faz refletir no Direito como um todo, e em especial, quando falamos em direitos fundamentais, a ligação é muito próxima.

As Constituições, de um modo em geral, ao tratar da genética, das pesquisas e da manipulação do material genético, têm trazido capítulos protetivos contra as possíveis violações que a genética pode trazer ao ser humano. Como exemplo, pode-se citar o art. 24.º, da Constituição da Suíça, que deixa muito expresso em seu teor essa proteção.¹¹⁸

Em Portugal, além da proteção legal aos abusos dos avanços das pesquisas genéticas, existe uma preocupação muito grande com as informações hereditárias. Um exemplo disso, é a Lei de PMA, onde a proteção dos embriões, ou do resultado do tratamento, não podem ser divulgados de forma aleatória, exigindo-se, para a sua realização, algumas determinações.

Não se nega, portanto, que a genética é um bem jurídico fundamental, que merece total proteção constitucional. A cada dia são reveladas novas descobertas, e o segredo genético, que mexia com o imaginário da ciência, parece que está se esvaindo em uma realidade que a muitos

¹¹⁷ Lembra BARACHO que: “A concepção científica dos sistemas constitucionais geraram uma ampla estruturação acerca do direitos fundamentais, dos direitos humanos, da cidadania, dos direitos constitucionais e da dignidade humana. O reconhecimento da fragilidade da condição humana passou a ser um dado empírico e ontológico, que com decisiva influência no pensamento constitucional contemporâneo”. In: BARACHO, José Alfredo de Oliveira - **A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito**. [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 22 Mai. 2019]; Disponível em <http://www.gontijofamilia.adv.br/tex023.htm>. 2.º parágrafo.

¹¹⁸ Art. 24: “1. O Homem e o seu ambiente estão protegidos contra os abusos da tecnologia genética e da reprodução. 2. A Federação adoptará normas sobre a utilização do património germinal e genético humanos. Ela assegurará normas sobre a utilização do património germinal e genético humanos. Ela assegurará a proteção da dignidade humana, da personalidade e da família e guiar-se-á em especial pelos seguintes princípios: a) as intervenções no património genético dos gametas e dos embriões humanos são inadmissíveis; b) O património germinal e genético não humano não deve ser transferido para o património genético humano ou fundido com ele; c) As técnicas de reprodução assistida só podem ser empregados, quando a infertilidade ou o perigo de transmissão de uma doença grave não puderem ser afastados de outro modo, mas não para produzir na criança determinadas características ou fazer investigação. A fecundação de óvulos humanos fora do corpo da mulher só é permitida nas condições a estabelecer por lei. Só podem ser desenvolvidos fora do corpo da mulher tantos óvulos quantos os que lhe poderem ser imediatamente implantados. d) A dádiva de embriões e todas as formas de maternidade de substituição são inadmissíveis. e) Não deve ser feito qualquer comércio com o património germinal humano e com produtos de embriões. f) O património genético de uma pessoa só deve ser investigado, registado ou revelado com o seu acordo ou com fundamento numa disposição legal. g) O acesso da pessoa aos dados sobre a sua ascendência deve ser garantido

pode parecer assustadora. Isso, faz-nos pensar em como será o nosso futuro, e a responsabilidade jurídico constitucional que advém destes avanços, devem ser enfrentados.¹¹⁹

Como bem jurídico constitucional, a identidade genética traz uma série de garantias que possui relação muito próxima com a identidade individual do ser humano. Dentre os mais diversos documentos internacionais que tratam da identidade genética, como a Diretiva sobre a Proteção Jurídica das Invenções Biotecnológicas, ou da Declaração Universal sobre Genoma Humano e dos Direitos Humanos, da UNESCO, extraímos a ideia de que o genoma humano que cada indivíduo possui representa a sua identidade genética própria. Mas, ao mesmo tempo, essas características genéticas extraídas das pesquisas do genoma, não podem servir como base para qualquer tipo de discriminação. Cada gene é único e difere dos demais, e o genoma não se repete, salvo casos de gêmeos monozigóticos. Assim, a identidade genética se confunde com a identidade pessoal.

Toda pesquisa visa a obtenção de um resultado. No caso das pesquisas com o material genético, os resultados pretendidos visam ou pelo menos devem visar, a melhoria da qualidade de vida das pessoas, a prevenção de doenças e tratativas para as enfermidades que já estejam avançadas. Mas, os problemas bioéticos e jurídicos que o resultado dessas pesquisas causam, acabou trazendo para a nova concepção do Direito Constitucional, a palavra *Bioconstituição* ou *Biodireito Constitucional*.

Por Bioconstituição entende-se:

O conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual ou futuro, tendo em vista também as suas relações com a Biomedicina.¹²⁰

A Bioconstituição surge, portanto, no ordenamento jurídico constitucional com a intenção de resguardar os direitos do ser humano, dotada de dignidade, criando uma relação entre a identidade pessoal e a genética.¹²¹ É necessário que seja assim, pois conforme nos lembra DINIZ:

¹¹⁹ Mais uma vez, BARACHO nos traz a seguinte lição: A genética tem grande afinidade com os questionamentos sobre a dignidade humana e os direitos fundamentais, quando tratamos das transformações provenientes da técnico-ciência. A dignidade humana é um valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética, tendo como base uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num elenco de deveres e direitos correlatos. In: BARACHO, José Alfredo de Oliveira – *op. cit.* 15.º Parágrafo.

¹²⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira – *op. cit.* 24.º Parágrafo.

¹²¹ Embora sendo um campo legitimamente autônomo, a Bioética interpreta-se juntamente com o Direito, proporcionando o surgimento do Biodireito, o qual se materializa em torno dos direitos fundamentais e humanos com o objetivo de instrumentalizar os princípios bioéticos. O Biodireito estabelece um liame entre o Direito e a Bioética, marca a passagem do

A realidade demonstra que os avanços científicos do mundo contemporâneo têm enorme repercussão social, trazendo problemas de difícil solução, por envolverem muita polêmica, o que desafia a argúcia dos juristas e requer a elaboração de normas que tragam respostas e abram caminhos satisfatórios, atendendo às novas necessidades ora surgidas e defendendo a pessoa da terrível ameaça da reificação.¹²²

3.2. Conceito de Direitos Fundamentais e suas espécies

A razão pela qual existem os conflitos de interesses, deve-se ao desrespeito das normas jurídicas. Esta afirmação está relacionada com os direitos fundamentais, pois, se todos os homens respeitassem os seus direitos, ou seja, se o comportamento de cada um estivesse moldado de acordo com as regras do Direito, não haveria que falar em qualquer tipo de conflito. Mas, é da natureza humana, desafiar os seus valores. O problema surge, quando as pessoas violam os direitos alheios em seu detrimento ou de interesses escusos. Isto pode dar-se em todos os campos: social, econômico, espiritual, científico etc.

Conceitua-se os direitos fundamentais como sendo “direitos subjectivos de pessoas físicas ou jurídicas, garantidos por normas de nível constitucional que limitam o exercício do poder estatal”.¹²³

Tamanha é a importância atribuída aos direitos fundamentais, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos cinco primeiros artigos, traz o destaque aos direitos e deveres de todos os seres humanos, colocando o homem em papel de destaque, pois somente respeitando esses direitos fundamentais é que poder-se-á construir uma sociedade justa e igualitária.

Somente existem os direitos fundamentais, quando “o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem”¹²⁴. Porém, de outro

discurso ético e o introduz no ordenamento jurídico. Com os avanços da Biotecnologia, da Biomédica, da Bioética, do Biodireito e da ciência genética, o Direito Constitucional, Carta Magna do Estado Democrático de Direito, é diretamente afetado, principalmente, o conceito de direito fundamental. Em virtude disso, precisa reestruturar suas concepções, criar um novo discurso jurídico-constitucional, pois a identidade genética surge como um bem jurídico, portanto, objeto de proteção constitucional. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi – **O Direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da Bioconstituição**. [Em linha]. [Brasil]. [jan/jun 2010]. [Consult. 22 Mai. 2019]; Disponível em <http://repositorio.furg.br/handle/1/2479>. p. 36

¹²² DINIZ, Maria Helena – **O Estado Atual do Biodireito**. 2.ª ed. aumentada e ainda atualizada conforme o novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7-8.

¹²³ CASIMIRO, Josefa Chilulu – **Uma reflexão sobre direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Departamento de Direito, 2015. 141 f. Dissertação de Mestrado em Direito. [Em linha]. [Lisboa]. [2015]. [Consult. 25 Mai. 2019]; Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9c4a_eKiVLwJ:recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6285/DISSERTA%25C3%2587%25C3%2583O-JOSEFA-CASIMIRO.pdf%3Fsequence%3D1+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. p. 10.

¹²⁴ MIRANDA, Jorge – *op. cit.* p. 15

lado “não podem apreender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra”¹²⁵.

A figura do Estado como órgão político de uma nação, só tem razão de existir em razão de reger e proteger os direitos dos homens. Isso se reflete em todas as esferas de atuação do Estado, seja no poder de organização, de legislação, de execução, de limitação etc.

Jorge Miranda, traz um estudo, em sua obra intitulada “Direitos Fundamentais”¹²⁶, a respeito da evolução na história da humanidade dos direitos fundamentais, o que o faz em quatro períodos.

Clássica e muito importante, é a definição de direitos fundamentais apresentada por MIRANDA:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.¹²⁷

Os direitos fundamentais representam uma unidade no sistema jurídico constitucional¹²⁸. Esta afirmação de Jorge Miranda, não significa, porém, que direitos fundamentais sejam imutáveis, estanques, gerando o que se pode denominar como *categorias* ou *espécies* de direitos fundamentais.

E neste ponto, novamente nos valemos dos ensinamentos de Jorge Miranda. Quanto à estrutura e a conteúdo, o autor se vale da: a) divisão tripartida de Jellinek, o qual dividiu os

¹²⁵ MIRANDA, Jorge – *op. cit.* p. 15

¹²⁶ *Ibid.* p. 17-18.

¹²⁷ O primeiro marco dos direitos fundamentais, o autor aponta a distinção feita por Benjamin Constant, quando fazia a distinção entre as *liberdades dos antigos* e a *liberdade dos modernos*, referindo-se à maneira de encarar a pessoa na antiguidade (os quais viam a liberdade como o direito da pessoa participar na vida da Cidade) e a partir do Cristianismo (quando o foco passou a ser o ser humano considerado em si mesmo. A segunda fase, denominada *tutela dos direitos própria da Idade Média e do Estado estamental* (onde havia a preocupação em garantir os privilégios, as imunidades e regalias de determinados grupos em detrimento de outros) e a *tutela dos direitos própria do Estado Moderno* (onde começaram a surgir os direitos comuns e os universais do homem e do cidadão). A terceira, ocorre com a consagração dos *direitos, liberdades e garantias e direitos sociais*, que ocorreram entre os séculos XIX a XXI. E a quarta e última evolução na história, dos direitos fundamentais, revela uma preocupação com a *proteção interna* e a *proteção internacional dos direitos do homem*, na medida em que até o final da segunda grande Guerra Mundial, só o Estado ao qual pertencia o ser humano, poderia garantir os seus direitos fundamentais, quando então, passaram a ser definidos e defendidos por órgãos internacionais. In: MIRANDA, Jorge – Os direitos fundamentais na ordem constitucional Portuguesa. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6. Número 18. Septiembre-Diciembre 1986. p. 107. E, Josefa Chilulu Casimiro, dissecando a conceituação trazida por Jorge Miranda, explica o que se entende por direitos fundamentais em sentido formal e material: Os direitos fundamentais por definição são posições activas das pessoas individuais ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição (direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material). Por ora, os direitos fundamentais poderão ser definidos como posições jurídicas básicas reconhecidas pelo direito português, europeu e internacional, com vista à defesa dos valores e interesses mais relevantes que assistem às pessoas singulares e colectivas em Portugal, independentemente da nacionalidade que tenham. In: CASIMIRO, Josefa Chilulu – *op. cit.* p. 15.

¹²⁸ MIRANDA, Jorge – *op. cit.* p. 107.

direitos fundamentais em *status libertatis*, *estatus civitatis* e *status activae civitatis*; b) da existência dos direitos de agir e de exigir; c) o direito de existência; d) direitos de liberdade; e) direitos de participação; f) direito a prestações e; g) direito de defesa.¹²⁹¹³⁰

No que diz respeito aos sujeitos, Jorge Miranda distingue entre: a) direitos fundamentais individuais e institucionais; b) direitos comuns e direitos particulares; c) direitos do homem, do cidadão e do trabalhador.^{131 132}

¹²⁹ MIRANDA, Jorge – *op. Cit.* p. 107. Tomando por base a primeira classificação, *quanto à estrutura ou conteúdo*, Jorge Miranda, como dissemos, se valeu do pensamento de Georg Jellinek, que globalizou os direitos em detrimento das posições jurídicas diferenciadas perante o Estado, em sucessivos estatutos jurídico-político. Assim, por *direito de liberdade*, deve ser entendido a “expansão da personalidade sem interferência do Estado”¹²⁹; como *direitos cívicos* “têm por objeto prestações positivas do Estado, de outras entidades públicas e da sociedade no seu conjunto no interesse dos súbditos”¹²⁹; e por *direitos políticos*, “os quais têm por objeto a interferência das pessoas na própria atividade do Estado, na formação da sua vontade”

¹³⁰ Tomando por base a primeira classificação, *quanto à estrutura ou conteúdo*, Jorge Miranda, como dissemos, se valeu do pensamento de Georg Jellinek, que globalizou os direitos em detrimento das posições jurídicas diferenciadas perante o Estado, em sucessivos estatutos jurídico-político. Assim, por *direito de liberdade*, deve ser entendido a “expansão da personalidade sem interferência do Estado”; como *direitos cívicos* “têm por objeto prestações positivas do Estado, de outras entidades públicas e da sociedade no seu conjunto no interesse dos súbditos”; e por *direitos políticos*, “os quais têm por objeto a interferência das pessoas na própria atividade do Estado, na formação da sua vontade”. Seguindo na mesma classificação, temos a divisão entre direitos fundamentais de agir e de exigir. A Constituição Portuguesa de 1976, traz muitos exemplos em seu texto, podendo ser citados como direitos de agir, as liberdades e o direito de defesa (como por exemplo, o *habeas corpus*). As liberdades podem ser subdivididas em liberdades em geral e o direito de propriedade. Já os direitos de exigir, podem ser subdivididos entre direitos de exigir comportamentos positivos ou prestações positivas (prestações jurídicas e prestações materiais), de um lado; e de outro, no direito de exigir comportamentos negativos, como não haver censura à imprensa, não submeter ninguém à tortura etc. Ainda na mesma classificação quanto ao conteúdo, temos os direitos de *existência*, de *liberdade*, de *participação* e de *defesa*. A *existência*, está relacionada ao direito à vida (art. 24.º, da CRP), à integridade pessoal (art. 25.º, da CRP), à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva de intimidade da vida privada e familiar, e à identidade genética (art. 26.º, da CRP). A defesa de todos esses direitos, predispõe a própria existência do ser humano. Aqui, “o sujeito exige a tutela dos bens essenciais da sua existência contra qualquer comportamento ofensivo desses bens”. As *liberdades*, pode ser entendida como o livre arbítrio, que o ser humano possui, de por si só, agir de acordo com os seus interesses e bem-estar, dentro dos limites impostos por lei, e podem ser demonstradas, dentre outros, quando a Constituição fala no desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1), a liberdade física (art. 27.º), a liberdade de casamento (art. 36.º), a liberdade de expressão e de informação (arts. 37.º e 38.º), liberdade de religião, consciência e culto (art. 41.º). O direito de *participação*, está ínsito ao direito eu cada cidadão possui de participar da sociedade ao qual pertença, interagindo com as atividades do Estado e das demais entidades públicas. E neste contexto, podem ser citados como exemplos, o direito de participação da política (art. 48.º), o direito de sufrágio (art. 49.º), o direito de acesso a cargos públicos (art. 50.º), dentre outro. Pelo direito a *prestações*, é a possibilidade que a pessoa possui de exigir do Estado e das outras entidades públicas – incluindo aqui, as entidades da sociedade civil, o acesso a certos bens e serviços. Essas prestações por parte do Estado e dos demais órgãos públicos, definem os direitos sociais, económicos e culturais, e podem ser citados: o direito à administração da justiça (arts. 20.º, n.º 1, e 202.º), direitos dos trabalhadores (art. 59.º, n.º 1, alínea e), a proteção da saúde, da habitação e do ensino (arts. 63.º a 65.º e art. 74.º). E por fim, dentro desta primeira categoria de direitos fundamentais, temos o direito de *defesa*, voltado para a salvaguarda de direitos, podendo ser apontado como exemplos deste direito, o a tutela jurisdicional efetiva de direitos e interesses legalmente protegidos (art. 30.º e 268.º, n.ºs 4 e 5), direito de resistência (arts. 2.º, 103.º, n.º 3, e 271.º, n.º 3), direito de queixa ao Provedor da Justiça (art. 23.º), direito de requerer *habeas corpus* (art. 31.º). In: MIRANDA, Jorge – *op. cit.* p. 109 e ss.

¹³¹ MIRANDA, Jorge – *op. cit.* p. 107.

¹³² A segunda classificação dos direitos fundamentais, os *sujeitos*, leva em conta um pouco da evolução dos direitos fundamentais ao longo da história. Na época oitocentista, os direitos individuais era aqueles que pertenciam única e exclusivamente ao indivíduo, e muito tinha a ver com a posição social e econômica que a pessoa possuía na sociedade, o que lhe trazia maiores e menores benefícios, de acordo com a sua ascensão na sociedade. Já nas constituições liberais, tivemos um avanço, pois esses mesmos direitos passaram a ser relativizados no caso de haver conflito de interesses com outras pessoas, pouco importando a sua origem, as suas condições financeiras ou sociais. Os direitos fundamentais sempre dizem respeito à pessoa humana, mas, como alude o autor, “há bens jurídicos da pessoa que só podem ser salvaguardados no âmbito ou através de instituições (associações, grupos de qualquer natureza, instituições *strictu sensu*), dotadas de maior ou menos autonomia frente aos indivíduos”. E é neste ponto que os direitos fundamentais se distinguem em individuais e institucionais: Individuais, obviamente, o direito à vida, a liberdade pessoal, a objeção de consciência, o direito ao trabalho, o direito ao ensino ou, em geral, os demais direitos sociais; e direitos institucionais o direito de antena (art. 40.º, da Constituição), o de livre organização das confissões religiosas (art. 41.º, n.º 3), o direito de livre ação das associações (art. 46.º, n.º 2), os direitos das comissões de trabalhadores (art. 54.º, n.º 5) e das associações sindicais (art. 56.º) ou os direitos de participação no Conselho Económico e Social (art. 92.º, n.º 2). Na mesma classificação dos *sujeitos*, temos os *direitos comuns* e os *direitos particulares*, de se recordar, inicialmente, que o Estado moderno teve a sua constituição voltada na subordinação – na maioria das vezes através de imposições

Sobre o objeto, fá que se falar em: a) direitos pessoais, sociais e políticos; b) direitos fundamentais materiais e procedimentais.¹³³

Temos, portanto, que o Direito Constitucional de Portugal está muito bem alicerçado frente aos modernos avanços conquistados ao longo de muitos anos, no que diz respeito aos direitos fundamentais, pois não basta reconhecê-los, pois a Constituição não possui palavras inúteis. A mera menção, sem a aplicação concreta e efetiva, de nada serve ao ser humano, que deve ser entendido nas suas qualidades fundamentais, tais como a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Um último detalhe a ser observado neste tópico, é que não se deve confundir os direitos fundamentais com os direitos humanos, muito embora os fundamentais não deixem de ser uma manifestação dos direitos humanos. SARLET, neste contexto, diz que:

Os direitos fundamentais se aplicam para aqueles direitos do ser reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de Estado, ao passo que a expressão direitos humanos, guardaria a relação com os do direito internacional, por se referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada constitucional e que,

e da força física – dos cidadãos ao poder. E que, o absolutismo monárquico e o constitucionalismo, tentaram frear os impulsos feudais, garantindo maiores direitos ao povo. Os direitos fundamentais modernos são, portanto, uma manifestação dessas conquistas de todos os homens de acesso aos seus direitos. Como última subclassificação dos *sujeitos*, temos os direitos *do homem, do cidadão e do trabalhador*. Sob este ponto, acabamos de abordar em algumas linhas acima, que os direitos fundamentais nasceram para todos os homens e sem qualquer margem de discriminação. Mas, em todo homem abstrato há uma pessoa concreta, que se desenvolve ao interagir em sociedade, ganhando mais conhecimento em detrimento de outros, galgando posições sociais decorrentes do seu esforço e trabalho.

¹³³ E por última espécie de direitos fundamentais, quando ao *objeto*, primeiramente vamos falar dos direitos *pessoais, sociais e políticos*. Esta subclassificação pode ser levada em consideração sob dois enfoques, um individualista e outro coletivista. No viés individualista, os direitos fundamentais estariam ligados aos interesses individuais de cada homem, como ocorre com a liberdade, a segurança. Já na coletivista, o interesse não está mais centrado no indivíduo considerado em si mesmo, mas sim na integração coletiva. Diferente classificação dos direitos fundamentais quanto ao objeto ou ao conteúdo atende, pois, aos diversos círculos de desenvolvimento da pessoa que os direitos facultam e, para além disso, aos valores constitucionais eles, mais ou menos intensamente, refletem. Donde, a tricotomia direitos pessoais, direitos sociais e direitos políticos. Como exemplos de direitos *pessoais*, podemos citar o direito à vida (art. 24.º, da CRP), o direito à integridade moral e física (art. 25.º), o direito à liberdade e a segurança (art. 27.º), todos, tentando proteger a pessoa do ser humano, nos seus atributos pessoais. Quanto aos direitos *sociais*, ou seja, os direitos decorrentes da evolução social da pessoa em sociedade, que lhe garante alguns benefícios em particular, mas por mérito de uma conquista baseada em esforços múltiplos, podemos citar a liberdade de profissão (art. 47.º), o direito de propriedade (art. 62.º), os direitos culturais e educacionais (art. 73.º). E como direitos *políticos*, são os direitos que a pessoa possui frente ao Estado, tendo a possibilidade de participar da vida pública, concretiza-se, dentre outros, através do direito de acesso a cargos públicos (art. 50.º), o direito de associação política (art. 51.º), o direito de apresentação a candidatura à Presidência da República (art. 124.º, n.º 1). A segunda subclassificação quanto ao *objeto*, subdivide os direitos fundamentais em direitos fundamentais *materiais e procedimentais*. Esta classificação leva em consideração a maneira como os direitos fundamentais são realmente aplicados, afinal, não basta apenas existirem, mas também, criar procedimentos de sua efetivação. Quanto a estes procedimentos, MIRANDA elucida que para além disso, o próprio fenómeno procedimental implica posições jurídicas subjetivas, verdadeiros direitos fundamentais. Implica-as, ou porque de se assegurar a intervenção dos cidadãos ou de grupo de cidadãos decisões coletivas ou porque haja de ser garantida a defesa de outros direitos contra eventuais resultados desfavoráveis a que o procedimento possa conduzir. E, na CRP, podem ser lembrados dentre tantos exemplos, o direito de sufrágio (art. 49.º), o direito de formação de partidos políticos (art. 51.º), do direito de apresentação de candidaturas (arts. 124.º, 151.º e 239.º, n.º 4), do direito de participação de organizações representativas de atividades económicas (art. 92.º). In: MIRANDA, Jorge – *op. cit.* p. 107; 144-147.

portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹³⁴

Portanto, quando a Constituição afirma que “a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”, nada mais está a fazer do que afirmar os compromissos com os direitos fundamentais.

3.3. As dimensões dos direitos fundamentais na Bioconstituição

Quando da análise do conceito de direitos fundamentais, bem como de suas espécies, vimos que a relação descrita na Constituição Portuguesa não é exaustiva, podendo ser encontrados em outros dispositivos legais expressos, ou decorrentes dos princípios adotados pela Constituição, ou ainda, decorrentes dos Tratados e Convenções Internacionais, da qual Portugal figure como parte.

MIRANDA, nesse ponto, traz a ideia de cláusulas abertas ou não tipicidade dos direitos fundamentais:

A Constituição aponta para um sentido material de direitos fundamentais, o que significa não ser taxativo o rol elencado, e sim, ao contrário, ter uma enumeração aberta sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento.¹³⁵

No mesmo sentido, PETERLE, citando o pensamento de J.J. Gomes Canotilho, revela que:

Para além dos direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição, denominados de formalmente constitucionais (porque têm a forma constitucional), verifica que há direitos materialmente constitucionais, assim denominados porque não tomam a forma constitucional, significando que, para além das positivizações concretas, há

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.^a ed. Rev. Atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

¹³⁵ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.^a ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 162.

outras, o eu a doutrina tem denominado de princípio da cláusula aberta ou princípio da não identidade.¹³⁶

Os direitos fundamentais passaram por uma larga evolução ao longo dos anos. E em razão dessas mudanças históricas, a doutrina, de uma maneira em geral, costuma abordar as dimensões dos direitos fundamentais.

Iremos nos valer, aqui, da expressão *dimensões*, ao invés de *gerações*, esta última utilizada muitas vezes por alguns doutrinadores. A razão pela opção, se deve ao fato de que o conceito de geração não é muito preciso para espelhar a verdade sobre a evolução dos direitos fundamentais, visto que, os direitos fundamentais foram sendo reconhecidos ao longo dos anos de forma cumulativa, um complementando os outros e vice-versa, fazendo com que fosse criado um sistema harmônico de valores. Ao falar em *gerações*, poder-se-ia passar a impressão de uma ordem cronológica de acontecimentos.

Foi com o advento do Estado Liberal nos séculos XVIII e XIX, que a história aponta como sendo a primeira dimensão dos direitos fundamentais. O indivíduo, neste momento, é considerado como o alvo de toda a proteção jurídica. SPAREMBERGER e THIESEN, explicam que “tal dimensão surge e afirma-se para proteger os direitos individuais do cidadão frente ao poder estatal onipotente, enfim, por abranger direitos de resistência e oposição perante o Estado, compreende os chamados direitos negativos”¹³⁷. E BOBBIO, diz que os direitos individuais são “todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado”¹³⁸.

Antes desta época, como muito bem lembra CAMPOS, raramente o ser humano possuía a liberdade para poder criar as regras, sendo que, estas, eram impostas por modelos de comportamento que regulavam todo e quaisquer aspectos da vida das pessoas, e quase na totalidade das vezes, baseadas de acordo com o status social a qual pertencesse. Essas imposições são advindas do Direito Natural, onde o indivíduo era conduzido em nome de mecanismos sociais, e o coletivo sempre prevalecia sobre a vontade individual. Ou seja, a pessoa que está próxima a cada um, não pode ser enxergada como um empecilho ao exercício de direitos, mas sim, como um elementos que o auxilia no caminho da salvação.¹³⁹

¹³⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 404 *apud* PETTERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 90.

¹³⁷ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi – *op. cit.* p. 40.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto – **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32.

¹³⁹ CAMPOS, Diogo Leite de – *op. cit.*

A gama de direitos fundamentais que estão incorporados na primeira dimensão, abrangem os direitos civis e os políticos. Referidos direitos são tidos como de meios de defesa do cidadão contra a ação desmedida do Estado, podendo ser lembrados, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, o direito de votar e ser votado.

LENZA¹⁴⁰, apresenta um rol de documentos históricos que marcaram esta primeira geração: (1) Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; (2) Paz de Westfália (1648); (3) *Habeas Corpus Act* (1679); (4) *Bill of Rights* (1688); (5) Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789).

E para SARLET, os direitos proclamados nessas gerações alguns desmembrados, que geraram:

Um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria.¹⁴¹

No século XX, muito embora houvesse a consolidação dos direitos individuais do Homem frente ao Estado, é chegado o momento deste mesmo Estado garantir a eficácia dos direitos conquistados aos cidadãos. Isto porque, após a Revolução Industrial do século XIX, as condições de trabalho do ser humano se tornaram deploráveis em alguns setores, o que acabou por eclodir alguns movimentos, como o *cartista*, na Inglaterra, e a *Comuna de Paris* (1848)¹⁴². E como se não bastasse, no início do Século XX tem início a Primeira Grande Guerra Mundial, onde momento, estamos a falar da *segunda dimensão* dos direitos fundamentais, que tiveram como base os direitos sociais.¹⁴³

¹⁴⁰ LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquemático**. 13.^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 670.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang – *op. cit.* p. 48-49.

¹⁴² LENZA, Pedro – *op. cit.* p. 670.

¹⁴³ Sarlet, mais uma vez, denota que não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas¹⁴³. Não se tratam, portanto, de direitos estabelecidos contra o Estado para que a pessoa possa participar do Estado, mas sim de direitos garantidos através do Estado, que exigem uma ação positiva por parte deste, capaz de garantir melhores condições de vida à pessoa humana e diminuir as diferenças sociais, como o direito a saúde, à educação, ao trabalho, à salários condignos com as necessidades básicas vitais do ser humano, a assistência social. E sobre o alcance e conteúdo desta dimensão, o autor esclarece que são Direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos de liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. In: SARLET, Ingo Wolfgang – *op. cit.* p. 49.

A *terceira dimensão* dos direitos fundamentais, surgem no cenário mundial no final do século XX, com o ideal de universalidade dos direitos humanos, rompendo com a individualidade que até então existia, passando à proteção da coletividade, de cunho totalmente difuso. Nesse sentido, pontuais são as palavras de GALINDO, para o qual:

Os direitos de terceira dimensão, tidos como direitos de solidariedade ou fraternidade, surgiram da compreensão de que os direitos fundamentais não seriam apenas os direitos dos indivíduos ou dos grupos e sociedades específicas, mas haveria uma categoria de direitos fundamentais que se estenderiam ao próprio gênero humano.¹⁴⁴

Esses direitos decorreram das profundas transformações das sociedades internacionais, que com o surgimento das sociedades de massa, atrelado a um veloz crescimento tecnológico e econômico, fizessem com que as relações econômico-sociais se alterassem. Assim, preocupações com o meio ambiente e a defesa dos consumidores, começam a ganhar relevo. E, além do meio ambiente e das relações de consumo, podem ser apontadas como inovações do período, a autodeterminação dos povos, compreendendo, neste campo, a proteção dos homens no âmbito do direito internacional. Tratam-se, de direitos despersonalizados, onde todos os seres humanos são titulares sem distinção, ao mesmo tempo e em qualquer lugar.¹⁴⁵

Muito embora não seja pacífico na doutrina, existe um pensamento muito forte de que nos dias atuais, estariam vivendo uma *quarta dimensão* dos direitos fundamentais. E, segundo a orientação de Norberto Bobbio, estes avanços no direito decorriam com os avanços das pesquisas na engenharia genética, donde a manipulação do patrimônio genético estaria a colocar em risco a existência da humanidade¹⁴⁶

Como possui relação íntima com o foco desta pesquisa, o direito à historicidade do indivíduo, através do conhecimento de sua identidade genética, está inserido na quarta dimensão dos direitos fundamentais, ainda em desenvolvimento, sendo que FABRIZ tece as seguintes considerações, a respeito dos avanços da biotecnologia, em especial envolvendo o patrimônio genético humano, como direitos humanos fundamentais:

¹⁴⁴ GALINDO, Bruno – **Direitos fundamentais: Análise de sua concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 66.

¹⁴⁵ Não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário, o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. In: BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 13.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569.

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto – *op. cit.* p. 6. SPAREMBERGER e THIESEN, apontam, também, como manifestações dos direitos fundamentais de quarta dimensão, “o direito à democracia, à informação e ao pluralismo”. E que, “dependendo desses direitos, a concretização de uma sociedade aberta no futuro, em uma dimensão de máxima universalidade, para a qual as relações de convivência começam inclinar-se”. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi – *Op. cit.* p. 43.

O Biodireito encontra-se em sua gênese, no que se refere a uma construção teórica. São direitos que se espraiam pelo âmbito dos direitos fundamentais e direitos humanos, apesar de apresentarem objeto e métodos próprios. Inserem-se no quadro do paradigma do Estado democrático de direito e visam à proteção da vida e da dignidade da pessoa humana e, acima de tudo, prevalecem como direitos que procuram resguardar o homem como espécie.¹⁴⁷

A descoberta de novos direitos é um processo de constante evolução, e no que toca às pesquisas genéticas e seus vieses, muito embora tenhamos evoluído em proporções inimagináveis, as descobertas tem trazido discussões sobre a preocupação de como se dará o uso dessas informações descobertas e das novas tratativas, tudo tendendo a proteger o ser humano em seus direitos fundamentais.

3.4. A técnica da ponderação de interesses como mecanismo de pacificação entre a colisão de direitos fundamentais envolvendo a identidade genética

Antes de adentrar na análise do conflito de interesses existente entre a o direito de conhecimento da identidade genética do ser humano e o direito à intimidade da identidade individual, é preciso fazer menção aos direitos existenciais, sendo entendido como aqueles inerentes a cada ser humano, a qualquer tempo e em qualquer lugar, de caráter irrenunciável.

Na lição de CABRAL:

Direitos dessa natureza são absolutamente essenciais ao desenvolvimento da pessoa, sendo sua preservação de altíssima importância na atual perspectiva dos direitos da personalidade. Esses direitos, formam o núcleo protegido e resguardado de direitos da personalidade, ao qual se denomina cláusula geral de tutela da personalidade. Direitos esses que derivam, como já comentado, da dignidade da pessoa humana.¹⁴⁸

Dentre os direitos existenciais, está o direito da dignidade da pessoa humana, valor este essencial, reconhecido a cada ser humano, e cuja a base é o respeito à pessoa. E, com o advento da CRP de 1976 - como já tivemos a oportunidade de dissertar - a dignidade da pessoa humana tomo o *status* de cláusula geral de todo o ordenamento jurídico português. E, como corolário deste direito, temos os direitos da personalidade em todas as suas manifestações, em particular,

¹⁴⁷ FABRIZ, Daury Cesar – **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 133.

¹⁴⁸ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat – **A Efetividade da Tutela Constitucional dos Direitos Existenciais e os Novos Danos**. Revista Conexão Acadêmica. 1.ª ed. [Em linha]. [s.l.]. [2010]. [Consult. 27 Mai. 2019]; Disponível em www.conexaoacademica.com.

e que interessa ao objeto de nossa pesquisa, o direito ao conhecimento de sua identidade genética.

Os direitos da personalidade são aqueles considerados essenciais à pessoa humana, no que diz respeito à garantir a sua qualidade de cidadão. Como mencionam FARIAS e SIMÕES, “os direitos da personalidade visam à proteção dos modos de ser da pessoa, das projeções físicas e não físicas das pessoas, ou seja, de seus atributos personalíssimos, os quais são essenciais”.¹⁴⁹

Latente se apresenta, portanto, um conflito de interesses entre dois valores garantidos constitucionalmente, e que, na maioria das vezes, não apresenta uma solução pacífica. E, na tentativa de dar uma luz a essas questões, é que muitos Tribunais têm se valido da técnica da *ponderação de conflitos de interesses fundamentais*, para dar uma solução a esses entraves jurídicos.¹⁵⁰

O Tribunal Constitucional Alemão, na década de 1960, foi quem desenvolveu o conceito de proporcionalidade, julgando o caso “Luth”, onde se discutia o direito à imagem e a liberdade de expressão. Para DIMOULIS e MARTINS: “A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão desenvolveu-se, pois, no sentido de apenas admitir intervenções em direitos humanos na medida em que estas estejam em consonância com o princípio da proporcionalidade”.¹⁵¹

Assim, quando houver colisão de direitos, o método da proporcionalidade entra em cena para extrair da norma constitucional a adequada e proporcional interpretação para solucionar o caso em apreço.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil, órgão máximo da Justiça e guardião da Constituição, já teve a oportunidade de aplicar o método ponderação de princípios do direito alemão em seus julgamentos.¹⁵² Mas no Brasil, a proporcionalidade é aplicada de forma diversa

¹⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas – **Reconhecimento de filhos e a Ação de Investigação de Paternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 163.

¹⁵⁰ Dizer que a personalidade é um direito, a nosso sentir, é um ponto de vista equivocado, pois a personalidade deve ser considerada o objeto do qual resultam vários direitos inerentes ao ser humano. Ela é adquirida quando a pessoa nasce (há discussão sobre a concessão ou não dos direitos da personalidade do embrião ou ao nascituro), e a acompanha para além da sua morte. E neste cenário de manifestações da personalidade humana, surge o direito ao conhecimento da identidade genética em contraposição do direito da intimidade e privacidade. Como exemplo, deste conflito, podemos citar o disposto no artigo 15.º, da Lei de PMA, que previu, como regra, o anonimato do doador de material genético nas reproduções heterólogas e a não atribuição da paternidade ao doador de material genético sem o seu consentimento.

¹⁵¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2011. pág. 169. Na mesma linha de pensamento, lembram os mencionados autores que: “Na Alemanha, a proporcionalidade segue o método de Robert Alexy, de onde o autor previu um sistema axiológico, ou seja, uma escala de valores constitucionais, que serviria de medida para a ponderação. Como bem asseveram os autores acima citados: Nessa esteira, Robert Alexy (2008) buscou racionalizar a ponderação, elaborando uma teoria principiológica dos direitos fundamentais. O autor concebe, como tarefa da proporcionalidade em sentido estrito, a otimização jurídica dos direitos, em contraposição a otimização fática, realizada por meio dos exames da adequação e da necessidade. A proposta de Alexy (2005; 2008) insere, portanto, na ponderação, além do sopesamento axiológico, elementos fáticos ligados ao caso concreto”. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.* pág. 211.

¹⁵² O primeiro a que se teve notícia, foi o caso Ellwanger (HC n.º 82.424-2-RS).¹⁵² No caso, fora impetrado um *Habeas Corpus* perante o Supremo Tribunal Federal em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado em instância recursal

de como é na Alemanha, pois aqui, a metáfora da balança é utilizada para sopesar os valores, a fim de que se prevaleça o valor que, no caso concreto, apresente mais importância, segundo os padrões de decisão de cada Ministro. No sistema alemão, ao contrário, existe uma escala de valores constitucionais, para que sirva de medida para a ponderação e a racionalização.¹⁵³

Baseado neste cenário proposto, baseado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, os direitos à intimidade e ao conhecimento da origem genética e contrapõem, pois o sigilo, tem o condão de evitar a incidência de responsabilidade paterna e civil perante a pessoa que busca o reconhecimento de sua identidade genética, e de outro lado, quem solicita o acesso às suas informações, tem o direito constitucional de conhecer a sua verdade histórica.

Ou seja, dois direitos (conhecimento da origem e anonimato), advindos de uma mesma base (personalidade), que nada mais é do que a manifestação da dignidade da pessoa humana.

Transportando a realidade desses fatos para o sistema da ponderação de interesses, temos que no estágio atual de nosso direito, o direito à intimidade cede lugar ao direito ao conhecimento da origem genética da pessoa. Não se trata de abnegar um direito em favor de outro. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devem ser utilizados nesses conflitos de interesses, de maneira a suavizar os impactos da preponderância de um direito frente a outro.

pelo crime de antissemitismo e por publicar, vender e distribuir material antissemita. O art. 5º, inciso XLII, da Constituição Brasileira, estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”. Os impetrantes, baseados na premissa de que os judeus não são uma raça, alegaram que o delito de discriminação antissemita pelo qual o paciente fora condenado não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo art. 5º, XLII, da Constituição Federal, teria ficado restrita ao crime de racismo. O Plenário do Tribunal, partindo da premissa de que não há subdivisões biológicas na espécie humana, entendeu que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. No caso, a conduta do paciente, consistente em publicação de livros de conteúdo anti-semita, foi explícita, revelando manifesto dolo, vez que baseou-se na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávico e geneticamente menor e pernicioso. E, como qualquer direito individual, a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser afastada quando ultrapassar seus limites morais e jurídicos, como no caso de manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. Por isso, no caso concreto, a garantia da liberdade de expressão foi afastada em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. In: STF – Supremo Tribunal Federal- Habeas Corpus n.º 82.424-2-RS. Diário da Justiça de 19 de Mar. 2004. [Em linha]. [Consult. 27 Mai. 2019]. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms.

¹⁵³ A respeito da colisão de interesses nos direitos fundamentais, precisas são as palavras do Ministro BARROSO, do STF do Brasil. Para ele, a colisão de direitos fundamentais: “Se dá por força do princípio da unidade da Constituição, que informa inexistência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais. Consequência imediata é a impossibilidade de aplicação dos critérios tradicionais de solução de conflitos normativos, sejam o hierárquico, seguido do temporal e, após, o da especialidade, inviabilizando a criação de uma regra abstrata e permanente de preferência de um direito sobre o outro. Registre-se que aqueles critérios foram estabelecidos a partir da disposição do art. 2.º, §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que informa que “A lei posterior revoga a quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule a matéria de que tratava a lei anterior.” E BARROSO conclui seu pensamento alegando que a solução que se apresenta é a aplicação da técnica de ponderação, associada “às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas”. E para fazer isso, são preciso três etapas: a) identificar quais as normas aplicam-se ao caso concreto, identificando o conflito; b) examinar os fatos e as circunstâncias sobre as quais as normas conflitantes incidem e; c) examinar as diferentes normas de colisão em conjunto, de modo apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos de disputa. In: BARROSO, Luís Roberto – **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação, Interpretação constitucionalmente adequada ao Código Civil e da Lei de Imprensa.** [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 27 Mai. 2019]; Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm.

Essa questão referente ao anonimato do doador de material genético nas inseminações heterólogas, será melhor analisado no capítulo seguinte. Neste momento, essa abordagem inicial se fez necessária para melhor elucidar a questão. Mas muitos outros direitos, na seara das pesquisas genéticas podem ser apontadas e que são capazes de incidir conflitos de interesses. E, como visto, a técnica da ponderação, é um instrumento do qual os magistrados possuem em suas mãos, e que é capaz de garantir a Justiça aos casos que, inicialmente, se apresentam como inconciliáveis.

Como exemplo do acima mencionado, imaginemos que uma determinada empresa do ramo da engenharia genética, diante dos avanços experimentados pela Biotecnologia, resolva dar início ao desenvolvimento de embriões humanos, seja para a clonagem, seja para a apresentação de novos tratamentos de doenças, ou até mesmo de estética.

A legislação portuguesa, acompanhando os ditames das Declarações e Tratados Internacionais sobre o assunto, impedem a comercialização e a exploração de embriões humanos fora dos limites estabelecidos. Mas, em contrapartida, não é pelo fato de existir o impedimento da exploração do embrião, que a ciência irá se frear diante dos avanços conquistados. Afinal, os investimentos nesta seara do conhecimento, requer uma certa dosagem de bom senso por parte dos operadores do direito.

Não estamos aqui, a defender a liberação indiscriminada das pesquisas ao talante dos cientistas. Mas, diante da comprovação da necessidade da pesquisa, em aplicações práticas na saúde humana, por exemplo, a ponderação de interesses deve entrar em cena, sopesando os direitos e aplicando a regra que melhor alcance o interesse geral.¹⁵⁴

Quando o conflito de interesses diz respeito à questões que envolvem a genética humana, alguns valores devem ser observados, como o respeito à pessoas, relacionado ao conceito da dignidade da pessoa humana; a beneficência, ou seja, no agir médico, os profissionais da saúde devem otimizar, ao máximo, o bem estar do paciente; bem como, a justiça distributiva, aplicando a isonomia para todos os que dela necessitarem.

¹⁵⁴ GUERRA, questiona: “estão os Direitos Fundamentais sendo aplicados com densificação suficiente à satisfação dos objetivos do Estado Democrático de Direito?”. E em seguida, responde: “A resposta é negativa, principalmente ao se considerar que as questões e princípios bioéticos são novidade ainda pouco explorada, no que tange à sua mister interdisciplinaridade com o Direito Constitucional. Este assegura a dignidade da pessoa humana, em especial, com respeito ao direito à vida, saúde, à segurança, à intimidade, liberdade religiosa, dentre tantos. No entanto, o texto, desconectado do adequado contexto, refoge aos objetivos de um Estado Democrático, atento às normas jurídicas e sintonizado ao pluralismo social que distingue os diferentes com respeito e tolerância”. E conclui: “É óbvio que não se alcançarão soluções apriorísticas. Daí a importância de se analisar casos práticos decorrentes dos avanços da Engenharia Embrionária e seus reflexos no meio social-global. Realizar uma abordagem acerca de como vêm sendo encarados os casos concretos, envolventes de questões específicas dos avanços da Biotecnologia e da Engenharia genética, sobre embriões, não poderia deixar de ser objetivo dessas reflexões críticas. Reprodução assistida, desenvolvimento de embriões para retirada e reposição de órgãos, caprichos biotecnológicos precisam ser analisados e ter sua aceitação ou reprovação constatadas no meio social”. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva – *op. cit.*

HÄBERLE, quando propôs a teoria da interpretação material da constituição a ser aplicado em uma sociedade aberta, ou pluralista, defende que a Constituição deve ser interpretada dentro do contexto social atual, e não mais voltada a uma sociedade fechada, onde magistrados e instâncias institucionalizadas decidiam a bel prazer. Atualmente, os destinatários das normas vivenciam um esquema de proteção muito consolidada, amparado nos direitos fundamentais e sociais. E conclui, dizendo que

O processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.¹⁵⁵

Disso, deduz que:

A legitimidade dessa jurisdição provém do efetivo exercício de uma democracia pluralista na recriação de sua teoria constitucional, mediante a via processual participativa ampla. Nessa teoria de interpretação pluralista, o procedimental consiste em constitucionalizar formas e processos de participação (de conteúdo aberto) na tarefa de interpretação constitucional.¹⁵⁶

E, para finalizar, é importante destacar que a solução apontada na resolução dos conflitos de interesse, mediante a utilização da técnica de ponderação de direitos, uma vez adotada, não a torna imutável. Como vimos, os direitos evoluem de acordo com a evolução da sociedade. Nada impede, que em sede de revisão constitucional, as Cortes modifiquem o entendimento, aplicando para aquela mesma situação, uma solução mais adequada aos interesses humanos. E o ser humano, cidadão, não pode ser tolhido dessa análise, sendo que as informações devem ser claras, transparentes e desprovidas de interpretações ou julgamento das diversas mídias.

Enfim:

À Humanidade é posta uma ‘questão de ordem’, no caminhar de suas dimensões de direitos fundamentais, ao menos, no que tange, à interpretação de suas Constituições, Como o constitucionalismo moderno lida e para onde tendência, no que tange às

¹⁵⁵ HÄBERLE, Peter – **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 13.

¹⁵⁶ GUERRA, Arthur Magno e Silva – *op. cit.*

questões bioéticas, relacionada à manipulação de embriões e nascituros é de especial relevância, substancialmente, uma vez revelados alguns dos aspectos necessários à compreensão da temática. Importante se denotar de que modo o dogma do humanismo encontrara guarida nas decisões dos Tribunais constitucionais.¹⁵⁷

O que significa que em um Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana é o norte a ser seguido, mesmo havendo conflitos de interesses em dois ou mais direitos. E, aliado aos novos ditames da Bioética, e do Biodireito, as decisões vem se tornando cada mais humanizadas, pois as necessidades dos seres humanos, uma vez demonstradas, devem ser supridas pelo Direito, completando, assim, a construção da sua personalidade.

4. O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA COMO GARANTIA DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE HUMANA¹⁵⁸

4.1. O princípio do livre planejamento familiar e o da intervenção mínima do Estado nas formações familiares

O Direito de Família é um ramo do Direito Civil composto por normas cogentes, ou de ordem pública, relacionadas com o direito existencial das pessoas, e que tem como conteúdo as principais manifestações de relacionamento humano, como ocorre com o casamento, a união estável, as relações de parentesco, a filiação, os alimentos, o bem de família, dentre outros, todos, ligados, inicialmente, ao Direito Privado, mas que, com a evolução das técnicas biogenéticas de reprodução humana, elevaram o Direito de Família a um novo patamar, com um novo paradigma social.

Determinar um conceito moderno de família, é uma tarefa árdua, pois os avanços experimentados na pós-modernidade, em especial após a Segunda Grande Guerra Mundial, em

¹⁵⁷ GUERRA, Arthur Magno e Silva – *op. cit.*

¹⁵⁸ O moderno Direito Constitucional, como já tivemos a oportunidade de comentar, vem passando por uma sensível transformação, pois muitas reflexões sobre diversas novas situações do cotidiano social, acabam por exigir uma nova postura da Ciência do Direito Constitucional. É o que muito bem explica BARACHO, quando diz que: “A concepção científica dos sistemas constitucionais geraram uma ampla estruturação acerca dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, da cidadania, dos direitos constitucionais da dignidade humana. O reconhecimento da fragilidade da condição humana passou a ser um dado empírico e ontológico, que com decisiva influência no pensamento constitucional contemporâneo”. In: BARACHO, José Alfredo – *op. cit.* Em decorrências dessas novas reflexões, muitos novos direitos começaram a ser exigidos pelos seres humanos, o que acaba por gerar uma nova vocação dos direitos fundamentais, que influenciados pelas pesquisas genéticas, necessitam ser protegidos. Neste capítulo, a proposta é investigar como a identidade genética do ser humano vem sendo entendida e concedida ao longo da história, desde a clássica formação familiar advinda do casamento, até os dias atuais, enfrentando situações inusitadas que vem surgindo e que ainda não possuem uma posição pacífica tanto da ciência como do Direito.

especial nas últimas três décadas, fizeram com que a determinação seja imprecisa, diante da rápida mutação das relações familiares.¹⁵⁹

As transformações ocorridas na sociedade com a evolução científica, a globalização a ascensão da mulher como “chefe de família”, bem como o reconhecimento de casais homoafetivos e de famílias monoparentais, geraram uma grande modificação no cenário familiar e na sua constituição, visto que com as técnicas de reprodução assistida “não é necessário mais o sexo para a reprodução.”¹⁶⁰

Ocorreu, portanto, um desconfinamento da família, com características de multiplicidade de modos de comunhão de vida, onde as escolhas de cada sujeito da relação é baseada em suas auto experiências.¹⁶¹

Estes novos cenários familiares, mais flexíveis e fluidos, são ocasionados, dentre outros fatores, pela diminuição dos índices de casamentos; as dificuldades financeiras dos casais na manutenção da família, o que conseqüentemente aumenta o número de divórcios; a redução dos partos; a imigração e, principalmente, a globalização. Muitos, hão de alegar a crise na família, mas na verdade não se trata disso, e sim em crise de um modelo de família específico, deixando de ser o casamento a única opção a ser eleita para se formar uma família.

¹⁵⁹ O casamento entre o homem e a mulher, desde os primórdios, em especial no Direito Romano, era considerado como a única forma de se constituir a família legítima, sendo o débito conjugal uma imposição, e a prole um resultado esperado. Qualquer outro tipo ou espécie de família, era rechaçado e tido, muitas vezes, como um pecado. Esses ideais e práticas, advinham, na sua grande maioria, por imposição do catolicismo, muito presente não apenas no cotidiano das pessoas, que se balizavam pelas Leis da Igreja Católica e Apostólica Romana, e que tinha, também, muita influência nas decisões do reis e imperadores. Nesta formação familiar, cada cônjuge possuía uma função muito bem definida, onde a desigualdade entre o homem e a mulher era latente, pois o homem possuía o direito e o dever de satisfazer a sua lascívia e a mulher, a proporcionar o bem estar e o conforto que se marido necessitava. Mas, a partir do século XX, os ideais de democratização da família começaram a surgir, libertando a mulher do papel desigual na família, onde cada membro da relação passaria a ter iguais realizações pessoais dentro da comunhão de vida. Ou seja, através da igualdade, cada um busca a sua própria diferença. Passamos, assim, segundo BAUMAN¹⁵⁹, a ter um novo tipo familiar: a *família líquida*, cujas principais características são o dinamismo e a fluidez. Nesse sentido, sociedades líquidas são as que possuem *laços deslaçados*, que aplicando às relações familiares, podem ser entendidas como as famílias que estão prestes a se dissolver ao longo do tempo. In: BAUMAN, Zygmunt – Modernidade líquida (1999) e Amor líquido (2003). In: PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia – Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra: Instituto de Investigação Interdisciplinar da Universidade de Coimbra. N.º 82 (Setembro 2008). [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 08 Jun. 2019]; Disponível em [https://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/839_RCCS82-053-083-Pedroso-Branco%20\(4\).pdf](https://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/839_RCCS82-053-083-Pedroso-Branco%20(4).pdf) p. 54.

¹⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família do século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fatima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.235-236.

¹⁶¹ Ana Laura Zanatta, sob este ponto, nos traz um importante exemplo de como isso ocorre. Para a referida autora: “Um indivíduo singular pode ter uma vivência familiar que englobe várias formas familiares: por exemplo, pode iniciar a sua vida numa família tradicional; depois, e na sequência do divórcio dos pais, pode fazer parte de uma família de um só progenitor (em geral, a mãe) e, em seguida, de uma família recomposta, se a mãe voltar a casar-se, adquirindo, eventualmente, novos irmãos e irmãs e uma espécie de pai “social”, mesmo que não reconhecido, que se acrescenta, sem o substituir, ao pai biológico e legal. Atingindo a idade adulta, pode viver temporariamente sozinho, dando corpo a uma família unipessoal; pode, depois, formar uma família de facto (união de facto) e, sucessivamente, casar-se, não o fazendo necessariamente com a mesma pessoa com quem viveu em união de facto; não se pode excluir-se venha a divorciar-se, como fizeram os seus pais, e dê origem, por sua vez, a família recomposta, já não como filho, mas como cônjuge ou unido, talvez experimentando, antes ou depois, um novo período de solidão ou de união de facto. Finalmente - tratando-se de uma mulher, com maior probabilidade relativamente aos homens - acabará a sua vida novamente sozinho(a), como viúvo ou viúva”. In: ZANATTA, Anna Laura – **Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita**. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 9.

Essas novas formações familiares, diante deste cenário moderno de evolução social, necessitam de uma larga proteção do Estado, garantindo os direitos. E, será do Biodireito, a competência para garantir o equilíbrio entre os avanços da ciência, os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana.

Passamos, portanto, de um Estado que controlava a natalidade com regras impositivas, para um Estado planejador, que garante a manifestação da vontade da pessoa humana, desenvolvendo a cidadania, e permitindo que cada um desenvolva a sua personalidade de acordo com as suas vontades e interesses.

Como corolário do Estado planejador, está ínsito no Direito de Família, o princípio da não intervenção do Estado nas relações familiares, sendo o planejamento familiar livre e isento de qualquer intervenção, respeitados os direitos individuais, e tem por objetivo não apenas regulamentar a fecundidade, mas também, os direitos reprodutivos dos indivíduos. E, como bem explica VELASQUEZ:

Nesta toada, pode-se afirmar que tal direito versa sobre uma escolha do indivíduo ou pautada nos recursos e informações fornecidas pelo Estado, tendo como base uma autonomia que garante não só a dignidade da pessoa humana como também o exercício e desenvolvimento da personalidade. Importante salientar que por mais que se trate de uma liberdade, as ferramentas necessárias para que ela exista são promovidas pelo Estado, por de políticas públicas, logo, a intervenção estatal nesta seara, mesmo não sendo excessiva, é fundamental.¹⁶²

Portanto, cabe ao Estado garantir que esta manifestação social da vontade seja protegida de qualquer tipo de abuso, constrangimentos, ou violação de direitos na formação da família. A não intervenção do Estado, não significa, em nenhum momento, a ingerência; ao contrário, o Estado deve regulamentar os direitos e garantir a sua eficácia, deixando que cada um, dentro de suas individualidades, promova o bem estar familiar de acordo com as suas expectativas.

Na Europa, segundo levantamento de ZANATTA¹⁶³, coexistem vários tipos familiares, podendo ser citados o *modelo nórdico* (dos países escandinavos), onde os filhos costumam sair dos lares onde habitam precocemente, bem como, verifica-se um crescente número de uniões de fato e de crianças nascidas fora do casamento; o *modelo mediterrâneo* (países da Europa Meridional), com bases mais conservadoras, onde os filhos permanecem mais tempo residindo

¹⁶² VELASQUEZ, Tomlyta Luz – O conhecimento da ascendência genética como um direito da personalidade: uma proposta para a reconfiguração do contrato de doação de material germinativo. **Revista da Sorbi**. Porto Alegre: Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. ISSN 2318-9983. 2016; 4(2). p.5.

¹⁶³ ZANATTA, Anna Laura – *op. cit.* p. 9.

com os pais, e que possuem uma taxa bem menor de nascimento de filhos, mas que consequentemente, aumenta o número de uniões de fato e de divórcios; e o *modelo continental*, de países como a Áustria, Bélgica, França, Alemanha e Luxemburgo, onde se verifica um misto das demais.

Portugal também experimentou e continua a experimentar uma flexibilização nas relações familiares, e muito disso, se deve ao fenômeno da globalização, onde o acesso às informações se torna cada vez mais dinâmico e as transformações acabam se incorporando em uma determinada localidade de maneira muito rápida.

Pode-se apontar como o início dessa mudança, o movimento militar e social de 25 de abril de 1974, a *Revolução dos Cravos*, quando Salazar foi deposto após longos anos de ditadura, advindos de 1932. Até então, vigorava em Portugal um regime fascista, com restrição de liberdades e direitos. E a partir deste movimento, o país passou a verificar fortes tendências de universalização dos direitos, muito, devido aos Tratados e Declarações Internacionais sobre os Direitos Humanos e os Direitos das Crianças e Adolescentes, quando Portugal ratificou a maioria das normas internacionais.

A DUDH, em seu artigo 16.º, estabelece que “o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião”, sendo a família considerada como “elemento natural e fundamental da sociedade”. Referido dispositivo, passou a incorporar o ordenamento jurídico português através da Resolução 217A (III), de 10 de dezembro de 1948, da Assembleia Geral.

Já a CRP de 1976, incorporou muitas das disposições internacionais. Como exemplos, pode-se citar o art. 67.º, onde a família é considerada como um valor fundamental da vida em sociedade, ao qual a Constituição oferece proteção, promovendo a independência social e econômica dos agregados familiares; promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de educação; cooperar com os pais na educação dos filhos; garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planejamento familiar, dentre outros. No art. 36.º, n.ºs 1 e 3, a Constituição prevê o direito de constituir família e ao casamento em iguais condições entre o homem e a mulher. No n.º 4, do mesmo artigo, a igualdade entre os filhos, advindos ou não do casamento, é mais uma manifestação da evolução familiar, vedado, assim, qualquer tipo de discriminação.

Sobre este aspecto, já decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa que:

O direito à identidade pessoal, previsto no artigo 26.º, n.º 1 da CRP, associa-se ao direito de constituir família, consagrado no artigo 36.º, n.º 1 da CRP, abrangendo

ambos na sua esfera de protecção o direito ao conhecimento da paternidade e o direito à constituição e/ou destruição do respectivo vínculo jurídico e destina-se, fundamentalmente, a tutelar o direito do filho que pretende conhecer a sua identidade biológica, a sua ascendência e proveniência familiar.¹⁶⁴

No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional, de onde podemos extrair que:

O direito fundamental a constituir família consagrado no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, abrange a família natural, resultante do facto biológico da geração, o qual compreende um vector de sentido ascendente que reclama a predisposição e a disponibilização pelo ordenamento de meios jurídicos que permitam estabelecer o vínculo da filiação, com realce para o exercitável pelo filho, com o inerente conhecimento das origens genéticas. Na verdade, o direito a constituir família, se não pode garantir a inserção numa autêntica comunidade de afectos – coisa que nenhuma ordem jurídica pode assegurar – implica necessariamente a possibilidade de assunção plena de todos os direitos e deveres decorrentes de uma ligação familiar susceptível de ser juridicamente reconhecida. Pela natureza das coisas, a aquisição do estatuto jurídico inerente à relação de filiação, por parte dos filhos nascidos fora do matrimónio, processa-se de forma diferente da dos filhos de mãe casada, uma vez que só estes podem beneficiar da presunção de paternidade marital. Mas essa aquisição, deve ser garantida através da previsão de meios eficazes. Aliás a peremptória proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (artigo 36.º, n.º 4, da CRP) não actua só depois de constituída a relação, projecta-se também na fase anterior, exigindo que os filhos nascidos fora do casamento possam aceder a um estatuto idêntico aos filhos nascidos do matrimónio. A infundada disparidade de tratamento, em violação daquela proibição, tanto pode resultar da atribuição de posições inigualitárias, em detrimento dos filhos provenientes de uma relação não conjugal, como, antes disso, e mais radicalmente do que isso, do estabelecimento de impedimentos desrazoáveis a que alguém que biologicamente é filho possa aceder ao estatuto jurídico correspondente. É, pois, pacífica a previsão constitucional dos direitos ao conhecimento da paternidade biológica e do estabelecimento do respectivo vínculo jurídico, como direitos fundamentais. Isso não impede, contudo, que o legislador possa modelar o exercício de tais direitos em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados. Não estamos perante direitos absolutos que

¹⁶⁴ **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA**. Processo n.º 25735/15.0T8SNT.L1-2. Rel. Ondina Carmo Alves . [Em linha]. [Lisboa]. [24 Jul. 2017]. [Consult. 04 Set. 2019]; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4c2275e119e02e968025813a00384528?OpenDocument&Highlight=0,identidade,genetica,insemina%C3%A7%C3%A3o,artificial>.

não possam ser confrontados com valores conflitantes, podendo estes exigir uma tarefa de harmonização dos interesses em oposição, ou mesmo a sua restrição¹⁶⁵

O Código Civil Português, norma de rege as relações do Direito Privado, não deixa a desejar neste quesito, e o Direito de Família está previsto nos artigos 1.576.º a 2.020.º. Acompanhado de diversas leis esparsas no ordenamento, o Código Civil se mantém atualizado com as tendências mundiais, mas, não oferece nenhuma definição do que se entenda por família, escrevendo, apenas, que “são fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”. Verificamos, dessa maneira, que o conceito de família está aberto no ordenamento jurídico português, o que permite a recepção e a tutela de quaisquer arranjos familiares, como as famílias monoparentais, as anapaentais, homoafetivas etc.

Vemos, portanto, que Portugal garantiu a maioria dos direitos conquistados ao longo dos anos de evolução, mas, apenas estar escrito não garante a sua eficácia. E, diante disso, ações de efetividade dos direitos devem partir do Estado, na tentativa de conciliar os valores e interesses em colisão.

Assim, estando garantido o direito às formações familiares, em suas diversas modalidades – muito embora para um caso específico ou outro, não existam normativas que abordem o assunto – no que tange à identidade genético do indivíduo e das demais evoluções no campo da biogenética, da biomedicina, e das demais tratativas médicas, há que se garantir aos indivíduos que compõem qualquer uma das formas familiares o direito ao conhecimento da sua história, seja ela biológica, genética ou de qualquer outra natureza.

O Direito Moderno não comporta restrições de cunho discriminatório por falta de opção legislativa. Há que se levar em conta, os interesses de cada um dos que solicitam a atuação do Estado na defesa de seus direitos, pois somente assim, conseguir-se-á aplicar a real eficácia dos direitos fundamentais aos cidadãos.

4.2. Do direito ao conhecimento da identidade genética dos filhos gerados através da procriação medicamente assistida heteróloga

Após o estudo das formações familiares nos tempos modernos, um efeito que salta aos olhos em quase todos os países do mundo ocidental, é o fenômeno da infertilidade ou

¹⁶⁵ ACÓRDÃO N.º 401/2011. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, n.º 211/2011, Série II de 2011-11-03.

esterilidade e da opção pela produção individual de fecundação.¹⁶⁶ Em todos esses casos, a vontade individual do ser humano - como decorrência do princípio da dignidade – deve ser respeitada e protegida pelo Estado. E com os avanços da medicina reprodutiva, algumas novas técnicas passaram a ser aplicadas para os casos de infertilidade ou então quando o desejo de realizar uma procriação independente é a vontade dos interessados.

Quando uma pessoa ou um casal constata a esterilidade ou a infertilidade, duas possibilidades se abrem: a adoção ou o uso de técnicas de reprodução assistida. Em uma ou outra opção, as cargas emocionais advindas da escolha, são refletidas não somente entre os envolvidos, mas também na sociedade e no filho adotado ou gerado. Todas as técnicas de PMA seguem uma mesma regra, qual seja, a introdução de gametas masculinos no gameta feminino, diferindo-se na maneira em que este processo é realizado: se dentro do órgão reprodutor feminino, é chamada de *in vivo*; do contrário, se feita de forma artificial e externa ao órgão reprodutor feminino, é conhecida como *in vitro*.¹⁶⁷ Na fecundação artificial homóloga, a fecundação acontece com a utilização do sêmen do cônjuge ou companheiro da mulher. Quanto à esta técnica de inseminação, ela não gera problemas quanto à identificação da paternidade,

¹⁶⁶ No primeiro fenômeno, além dos casos de infertilidade congênita (*generandi*) ou instrumental (*coeundi*) ou de esterilidade (entendida como a incapacidade de gerar um filho ou de procriar), temos verificado um fato que tem causado a infertilidade na fase adulta, tanto de homens quanto mulheres, e muito, advindo dos hábitos e das opções de vida adotadas. É que, diferentemente do século passado - quando a pessoa chegava a uma certa idade, era obrigado a sair de casa, se casar, e construir a sua própria família, independentemente da dos pais - atualmente, homens e mulheres estão priorizando mais a vida profissional do que a pessoal, ou seja, primeiro, almejam se estabilizar profissionalmente e economicamente, para então depois, pensar em ter um filho. E, em muitos dos casos, após os trinta anos de idade, geralmente, homens e mulheres vão perdendo a fertilidade, como causa natural do ser humano, e o desejo de procriar, acaba, muitas vezes, sendo impossível. Fora esses fatores, os hábitos alimentares, a falta de exercícios físicos, a ingestão de bebidas alcoólicas em demasia e alguns entorpecentes, também tem contribuído para este desfecho. De outro lado, temos pessoas que desejam ter um filho independentemente da participação de outro parceiro, por motivos diversos, como ocorre com os casais homossexuais ou no caso de uma mãe solteira.

¹⁶⁷ SAUWEN e HRYNIEWICZ, definem a inseminação artificial como: “A técnica da Inseminação Assistida é relativamente simples e consiste na introdução esperma na vagina, por meio de uma cânula. É a técnica mais antiga, que teve um longo processo de desenvolvimento e não causou grandes polêmicas desde que foi desenvolvida”. In: SAUWEN, Regina Fiúza. HRYNIEWICZ, Saverio - **O direito in vitro: da bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 92. MACHADO, na mesma linha, entende que: “A inseminação artificial também denominada “concepção artificial”, “fertilização artificial”, além de outras denominações utilizadas, consiste no procedimento técnico-científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozoide, sem a ocorrência do coito. Constitui-se, portanto, na prática, do conjunto de técnicas, que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não a do relacionamento sexual”. In: MACHADO, Maria Helena - **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 32. E, dentre as maneiras como a inseminação artificial pode ocorrer, CABRAL e CAMARDA dizem que a inseminação artificial pode ocorrer através de quatro formas: Intravaginal; Inseminação Artificial Intrauterina; Inseminação Artificial Intraperitoneal ou Inseminação Artificial Intratubária. E explicam: “Ocorre a inseminação intravaginal quando o esperma fresco é depositado no fundo da através de uma seringa plástica, enquanto a inseminação intrauterina ocorre com a inserção dos espermatozoides, por meio de uma sonda, diretamente na cavidade uterina da mulher, que se dirigem às Trompas de Falópio em busca de um óvulo para fecundar. Já a inseminação intraperitoneal, é aquela em que os espermatozoides são introduzidos por meio uma micro agulha, diretamente no líquido intraperitoneal, através de uma injeção aplicada da cavidade abdominal da mulher para que as próprias trompas capturem os espermatozoides, a fim de fertilizar o óvulo. Por fim, tem-se a inseminação artificial Intratubária (GIFT) que é aquela em que os dois gametas, óvulo e espermatozoide, após uma estimulação química, são coletados assim como na primeira etapa da fertilização in vitro e são transferidos para as tubas uterinas onde ocorre a fecundação”. CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira – **INTIMIDADE VERSUS OTIGEM GENÉTICA: A PONDERAÇÃO DE INTERESSES APLICADA À REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA**. [Em linha]. Brasil: [sd]. [Consult. 08. Set. 2018]; Disponível em <http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/32427>. Parágrafo 34.

pois o material genético é fornecido pelo homem com o qual a mulher possui um relacionamento, independente do estado civil, e uma vez realizado o procedimento, o homem não possui condições de questionar a paternidade gerada, uma vez que foi ele quem doou os espermatozoides para a fecundação.

Já na inseminação artificial heteróloga:

O sêmen utilizado é de terceiro, e não é do cônjuge ou companheiro da mulher inseminada. Trata-se de técnica utilizada por vários motivos de esterilidade masculina, tais como: por ausência completa de espermatozoides (azoospermia), por obstruções nas vias excretoras dos testículos (azoospermia excretora), por hipofertilidade, por motivos de anomalias morfológicas, motivações genéticas, bem como por portar o vírus HIV.¹⁶⁸

FERNANDES complementa a definição acima exposta, aludindo que:

Fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga “a mãe”, quando o gameta doador for o feminino, e “a mãe”, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou “total”, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores.¹⁶⁹

Na fertilização *in vitro* ou “fivete” como também é conhecida, é uma das técnicas de reprodução assistida onde o óvulo e os espermatozoides, segundo CABRAL e CAMARDA, são fecundados fora do corpo da mulher, sendo posteriormente colocado no útero da mesma o embrião alcançado para que ali desenvolva. Para que este processo ocorra, se faz necessária a passagem pelas seguintes etapas: primeiro, necessita-se da indução da ovulação; em seguida, se realiza a punção folicular e cultura dos óvulos; depois, a coleta e preparação do esperma; por fim, completa-se a inseminação e cultura dos embriões¹⁷⁰.

A mesma inseminação *in vitro* pode ser de forma homóloga (com a utilização dos espermatozoides do marido ou companheiro), ou heteróloga (com a utilização de material genético de terceira pessoa). A diferença na utilização deste procedimento ocorre no que diz

¹⁶⁸ MACHADO, Maria Helena – *op. cit.* p. 32.

¹⁶⁹ FERNANDES, Tycho Brahe – **A reprodução assistida em face da bioética e do Biodireito**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 58.

¹⁷⁰ CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira – *op. cit.*

respeito à fecundação, pois ela é realizada em laboratório, fora do corpo da mulher, sendo posteriormente inseminada, quando a fecundação do óvulo já está realizada.

Na maternidade de gestação ou substituição, de acordo com SOUZA:

Esta técnica é indicada para as mulheres impossibilitadas de carregarem o embrião, isto de ter uma gestação normal. Consiste em uma terceira pessoa emprestar o seu útero, assegurando a gestação, quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe genética.¹⁷¹

Na quase totalidade dos países que a adota, como em Portugal, para que o casal possa estar utilizando este procedimento, faz-se necessária a constatação clínica da impossibilidade da mulher em gestar um filho. Os contratos de gestação de substituição são válidos, mas apenas com fins altruísticos, sendo vedado qualquer tipo de mercantilização.

Para que a prática seja realizada, tanto as técnicas de inseminação artificial homóloga, como a heteróloga podem ser utilizadas, a depender do estado clínico do casal e do grau de infertilidade ou esterilidade pelo qual estejam passando.¹⁷²

E por fim, na transferência de embriões, GAMA explica que:

O casal interessado receberá o embrião no corpo da mulher (cônjuge ou companheira) que, por sua vez, gestará o embrião pelo período normal de gravidez, propiciando o

¹⁷¹ SOUZA, Janice Bonfiglio Santos – **A reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessão**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006. 32f. Monografia de Bacharelado em Direito no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais. [Em linha]. Brasil: [08 Nov. 2006] [Consult. 07. Set. 2018]; Disponível em <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/780/474>. p. 15.

¹⁷² CAMPOS, com base no Parecer n.º 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (44/CNECV/04, de Julho de 2004, sobre a procriação medicamente assistida), faz menção aos seguintes pressupostos para a utilização da técnica: “As técnicas de PMA não constituem procedimentos alternativos à reprodução natural, mas métodos terapêuticos subsidiários; devem ser utilizadas como auxiliares da concretização de um projecto parental, o que implica a consideração, não só do desejo dos candidatos a pais, mas sobretudo dos interesses do futuro ser humano que vier a ser concebido através da PMA, na assunção do princípio da vulnerabilidade que obriga ao cuidado e protecção do outro, frágil e perecível; deverão utilizar exclusivamente os gametas do casal, respeitando-se assim a regra da não instrumentalização da vida humana, decorrente do princípio da dignidade humana; no caso de PMA com recurso a dador de gametas (o que me parece de rejeitar), deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica; a informação genética relevante para a saúde do filho biológico e não identificável do dador, deverá manter-se permanentemente disponível, podendo ser solicitada, antes da maioridade do filho biológico, pelos representantes legais deste; a implementação das técnicas de PMA deve impedir a produção do número de embriões superior ao destinado à transferência — embriões excedentários —, atendendo ao princípio do respeito pela vida humana, bem como reduzir a incidência de gravidezes múltiplas, na assunção do princípio da responsabilidade enquanto obrigatoriedade de prevenir as consequências negativas dos actos praticados; todo o embrião humano tem o direito à vida e ao desenvolvimento, no corroborar do princípio universal de que todo o existente requer existir, pelo que o embrião originado “in vitro” deverá sempre fazer parte de um projecto parental. In: CAMPOS, Diogo Leite de - **A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA E O SIGILO SOBRE O DADOR— OU A OMNIPOTÊNCIA DO SUJEITO**. [Em linha]. [s.l.]. [s.d.]. [Consult. 07. Set. 2018]; Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-omnipotencia-do-sujeito/>.

nascimento da criança concebida através da técnica conceptiva heteróloga “total”, ou seja, aquele em que nenhum dos cônjuges ou companheiros contribuiu com seu material fecundante para a concepção da criança, mas com a gravidez da mulher, o que exclui, portanto, a maternidade de substituição.¹⁷³

Muito embora trata-se de uma técnica realizada *in vitro*, e que ocorre fora do corpo da mulher, para o Direito, trata-se de uma forma diversa da maternidade de substituição, pois o vínculo de parentesco gerado com essa procriação não é o consanguíneo, mas sim o de afinidade, como ocorre com a adoção bilateral. A mulher necessita ficar grávida, para que não se confunda com a maternidade de substituição.¹⁷⁴

Uma vez analisadas as técnicas de reprodução humana largamente utilizadas, surge o momento de enfrentar o debate existente entre a manutenção do anonimato do doador de material genético nas inseminações artificiais heterólogas, frente ao direito do conhecimento da identidade genética das pessoas que foram geradas através desta técnica reprodutiva.

Dentre os principais motivos apontado para a abolição do anonimato do doador de material genético, estão os direitos das crianças concebidas. No ano de 1985, a Suécia foi o primeiro país a abolir o anonimato, medida esta que se espalhou por diversos países da Europa.

Para que o anonimato da concepção não fosse mais tida como um segredo, alguns eventos ocorreram. Dentre os principais fatores que podem ser mencionados, pode ser apontado a criação de comitês para a discussão da viabilidade de se manter o anonimato e os prejuízos que isso decorreria para a família. Outro aspecto importante, como lembra MACHIN¹⁷⁵, é a introdução, na legislação de diversos países, da proteção à figura do doador de qualquer responsabilidade financeira ou legal relativa às crianças resultantes de sua adoção, que na visão da autora, pode ser interpretada como um estímulo à realização da prática. Sem se mencionar, com a ampliação da rede mundial de computadores, de pessoas compartilhando as suas experiências e suas necessidades, o que fez chamar a atenção de mais e mais pessoas que desejavam ter acesso à sua identidade genética.

¹⁷³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *op. cit.* p. 23.

¹⁷⁴ Mais uma vez, GAMA esclarece que: “Tratando-se de casamento, se a técnica foi aplicada com êxito, durante a sociedade conjugal do casal, por solicitação de qualquer deles, a maternidade será definida em relação à mulher por força da gravidez do parto e, principalmente, por ter manifestado vontade em procriar. O marido, por sua vez, será o pai, independentemente de consentimento, por força da presunção legal de paternidade. A paternidade será fundada no risco e na existência da sociedade conjugal à época do início da gravidez da mulher ou na vontade vinculada à existência da sociedade conjugal à época da gravidez da esposa. Na primeira hipótese, a presunção da paternidade é relativa; na segunda, a presunção será absoluta”. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *op. cit.* p. 749.

¹⁷⁵ MACHIN, Rosana – **Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas.** [Em linha]. São Paulo [Mar. 2016]. Universidade de São Paulo. Faculdade de Medicina. Departamento de Medicina Preventiva. [Consult. 08. Set. 2018]; Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902016000100083&script=sci_abstract&tlng=pt.

Mesmo com essa evolução social no modo de pensar, os pais que fizeram uso das técnicas de PMA não têm o costume de revelar aos seus filhos que os mesmos foram gerados através da doação de material genético de terceira pessoa, ou seja, tendem a omitir a forma da concepção. E, se por ventura o filho vem a descobrir a verdade por meios alternativos, que não o declarado pelos pais, isso costuma gerar revolta, e sentimentos confusos dos mais diversos, chegando ao ponto, muitas vezes, de causar o desarranjo familiar.

Como muito bem analisa CAMPOS:

Não está em causa a necessidade, por vezes muito profunda e muito atendível, de um casal de se projectar, unindo-se ainda mais, através de filhos. Trata-se, diria, de uma necessidade fundamental de muitos seres humanos, de uma liberdade fundamental, a de procriar, que é, e deve ser, assegurada por constituições e leis ordinárias. O que não acho admissível é que essa necessidade seja satisfeita através de outra pessoa transformada em objecto (ou se quisermos, “remédio”) das necessidades de outrem; que outra pessoa seja instrumentalizada, fora da biologia, da ética, da antropologia, para satisfazer uma necessidade de outrem. Noutra perspectiva, não me parece admissível que se atribua à vontade do casal a onipotência de ultrapassar todos os limites, sobretudo quando este limite é um ser humano. Mesmo numa visão pouco solidarística da pessoa humana e das suas relações com os outros, em termos do eu estar constantemente em afrontamento com o tu, conhecendo só os limites impostos por este, o tu é sempre um limite ao eu. Não ultrapassável, em termos do outro não poder ser utilizado para satisfazer os interesses do sujeito desiderante. Aceitemos que há limites ao ser humano; que este, mesmo com o apoio da técnica, não os pode ultrapassar a todos; uns, em si mesmos, os outros pelo respeito que há por valores mais importantes.¹⁷⁶

São os pais solteiros, ou casais do mesmo sexo, os que mais possuem facilidade para falar a seus filhos a respeito da forma de sua concepção, muitas vezes, ajudando-os a conhecer a sua verdade biológica.

A questão da manutenção da regra do direito ao anonimato do doador de material genético, tendo em vista todas essas evoluções sociais e comportamentais acima mencionadas, chegou a Portugal. E o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 101/2009 - decidindo a respeito da demanda de trinta e um Deputados¹⁷⁷, que à Assembleia da República vieram

¹⁷⁶ CAMPOS, Diogo Leite de – *op. cit.*

¹⁷⁷ Os Deputados alegaram que: “O artigo 15.º, n.ºs 1 a 4, viola o disposto nos artigos 9.º, alínea d), 13.º n.º 2, 25.º, n.º 1, 26.º n.º I, e 36.º, n.º 4, da Constituição. Ao indivíduo nascido por recurso à procriação heteróloga está vedada a hipótese de conhecer os seus antecedentes médicos, ficando diminuído nos seus direitos e incapacitado de usar a medicina preventiva - o recurso a um processo judicial para obter essa informação não se compadece com a necessidade de tratamentos médicos urgentes. Tendo em conta que todos os intervenientes no processo de PMA têm dever de sigilo, a pessoa concebida através dessa técnica nem sequer tem forma de suspeitar que a sua identidade real não corresponde à declarada no assento de nascimento. Essa

requerer a inconstitucionalidade da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho – teve a oportunidade de inovar no ordenamento jurídico português, decidindo sobre a regra do anonimato nas técnicas de PMA.

Vê-se, do teor do julgamento, a pedido dos Deputados, que a manutenção da regra do anonimato do doador de material genético nas técnicas de PMA, afrontavam os seguintes princípios constitucionais: a) da violação do direito à identidade pessoal, donde decorre um direito ao conhecimento de sua ascendência genética; b) violação do princípio da igualdade e; c) violação do primado da dignidade da pessoa humana e do dever do estado de proteção da infância.

No que toca ao direito à identidade pessoal, de acordo com o artigo 15.º, da Lei n.º 32/2006 (confidencialidade), é assegurado o anonimato a todos os terceiros doadores de material genético com vista a possibilitar a fecundação da mulher. A regra é, pois, a da não revelação da identidade do doador à pessoa que nasce da técnica de reprodução assistida heteróloga, a menos que sobrevivam razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

Vemos, diante dessa regra já citada anteriormente, que existe um conflito de direitos fundamentais: por um lado está o direito da pessoa nascida através das técnicas de PMA à sua identidade pessoal, donde decorre um direito ao conhecimento da sua ascendência genética (arts. 26, n.ºs 1 e 3 da CRP). De outro, está direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar (previstos respectivamente nos arts. 36, n.º 1 e 26, n.º1, da CRP).

A respeito do que se entende por identidade pessoal, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS alegam que:

A identidade pessoal é aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto entidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. Num sentido muito amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projectada em determinadas opções de vida: o direito à identidade pessoal postula um princípio de verdade pessoal. Ninguém deve ser obrigado a viver em discordância com aquilo que é.¹⁷⁸

circunstância é ainda mais grave tendo em conta que doador pode proporcionar e, num país com dez milhões de habitantes. os riscos de consanguinidade são evidentes”. In: ACÓRDÃO N.º 101/2009. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, 2ª Série – N.º 64 – 1 de Abril de 2009.

¹⁷⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 609.

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o direito à identidade abrange a historicidade pessoal, que se traduz no direito ao conhecimento da identidade dos progenitores. Nas suas palavras:

O direito a historicidade pessoal, enquanto direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, que poderá fundamentar, por exemplo, um direito à investigação da paternidade ou da maternidade, por forma que todos os indivíduos tenham a possibilidade de estabelecer o seu próprio vínculo de filiação.¹⁷⁹

Diante dessa norma constitucional, a questão que se coloca não é a de saber se é constitucional um regime legal de total anonimato do doador, mas sim, se é constitucional estabelecer como regra o anonimato dos doadores e como exceção a possibilidade do conhecimento de sua identidade

A Lei da PMA não estabelece uma proibição absoluta da revelação da identidade dos doadores, mas apenas uma regra que *prima facie* admite exceções (Vide Art.º 15, n.º 4).

O Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 101/2009, decidiu no sentido na NÃO INCONSTITUCIONALIDADE dessa norma, considerando que foi uma opção do legislador ao estabelecer um regime mitigado de anonimato dos doadores, justificado pela necessidade de preservação de outros valores, como a constituição familiar e a sua preservação, da paz e intimidade.

Porém, o mesmo TC verifica a existência de uma diferença entre o conhecimento da paternidade biológica e o direito ao estabelecimento do vínculo jurídico da filiação, como sendo dimensões autônomas do direito à identidade pessoal. Conhecer os progenitores é um elemento importante para a auto definição do indivíduo, revelando as origens do seu ser, e interferindo, de sobremaneira na formação da personalidade.

O risco de afetação da paz familiar, foi levado em consideração quando o Tribunal Constitucional julgou a questão, pois o conhecimento do doador de material genético dentro do seio familiar, poderia interferir na intimidade, sendo que a função destes doadores era a de mero auxiliar da constituição familiar.

Quanto ao princípio da igualdade, o art.º 13, da CRP, é utilizado como paradigma para apontar a ofensa da regra do anonimato do doador frente ao direito ao conhecimento das origens genéticas. O fundamento utilizado é que só uma parte da população portuguesa – a que não

¹⁷⁹ CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. Ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 463.

nasça por recurso a técnica de PMA – teria direito ao conhecimento da sua identidade genética, dele ficando excluídos os que assim nasçam.

Tratar este artigo de forma diferente às diversas formas de constituição familiar, é ofender ao princípio da igualdade. Portanto, sejam pessoas nascidas de forma natural, através da cópula carnal, seja por inseminação artificial ou não, com o uso de material genético dos pais biológicos ou de terceiras pessoas, todos devem ser tratados como iguais perante a Lei, que não deve fazer distinção quanto à origem. Manter esta regra, nos seus exatos termos, portanto, seria uma ofensa direta ao princípio da igualdade.

A esse respeito, veja-se o que decidiu o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 39/88:

O princípio da igualdade é um corolário da igual dignidade de todas as pessoas, sobre a qual gira, como em seu gongo, o Estado de Direito democrático (cf. artigos 1º e 2º da Constituição). A igualdade não é, porém, igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais, se dê tratamento desigual, mas proporcionado: a justiça, como princípio objectivo, “reconduz-se na sua essência, a uma ideia de igualdade, no sentido de proporcionalidade” acentua Rui de Alarcão (Introdução ao Estudo do Direito, Coimbra, lições policopiadas de 1972, p. 29). O princípio da igualdade não proíbe e, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação; ou seja: as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas, como são as indicadas, exemplificativamente, no n.º 2 do artigo 13º. Respeitados estes limites, o legislador goza de inteira liberdade para estabelecer tratamentos diferenciados. O princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio e da discriminação, só é, assim, violado, quando as medidas legislativas contendo diferenciações de tratamento se apresentem como arbitrarias, por carecerem de fundamento material bastante.¹⁸⁰

No mesmo sentido, mas um pouco mais recente, o Acórdão n.º 362/2016, do Tribunal Constitucional, que na ocasião, remeteu ao Acórdão n.º 39/88:

¹⁸⁰ ACÓRDÃO N.º 39/1988. Tribunal Constitucional. Diário da República n.º 52/1988, Série I de 1988-03-03

Numa perspectiva de igualdade material ou substantiva – aquela que subjaz ao artigo 13.º, n.º 1, da Constituição e que se traduz na igualdade através da lei –, a igualdade jurídica corresponde a um conceito relativo e valorativo assente numa comparação de situações: estas, na medida em que sejam consideradas iguais, devem ser tratadas igualmente; e, na medida em que sejam desiguais, devem ser tratadas desigualmente, segundo a medida da desigualdade. Tal implica a determinação prévia da igualdade ou desigualdade das situações em causa, porquanto no plano da realidade factual não existem situações absolutamente iguais. Para tanto, é necessário comparar situações em função de um certo ponto de vista. Por isso, a comparação indispensável ao juízo de igualdade exige pelo menos três elementos: duas situações ou objetos que se comparam em função de um aspeto que se destaca do todo e que serve de termo de comparação (*tertium comparationis*). Este termo – o «terceiro (elemento) da comparação» – corresponde à qualidade ou característica que é comum às situações ou objetos a comparar; é o pressuposto da respetiva comparabilidade. Assim, o juízo de igualdade significa fazer sobressair ou destacar elementos comuns a dois ou mais objetos diferentes, de modo a permitir a sua integração num conjunto ou conceito comum (*genus proximum*).¹⁸¹

Dos Acórdãos supra mencionados, podemos extrair que a Constituição de Portugal não proíbe que hajam discriminações. O que está proibido são tratamentos que ofendam a dignidade da pessoa humana em todo o seu conjunto, e de maneira arbitrária.

E por fim, é preciso analisar a regra do anonimato frente à luz do princípio da dignidade humana. O fundamento de que, o direito à identidade pessoal, já consagrado na Constituição, abrande o direito ao conhecimento da verdade pessoal, onde ninguém deve ser obrigado a viver contrariamente àquilo que realmente é.

Assim, viver com dignidade é ter acesso a essa verdade genética para que a pessoa possa, diante dessas informações, decidir qual o melhor caminho a ser tomado.

Mas o TC entendeu de forma diversa, onde a não revelação da identidade do doador à pessoa gerada pela técnica de PMA heteróloga, não deixa de descaracterizar essa pessoa, e muito menos de desumanizá-la. E, muito embora, o conhecimento possa afetar a consciência de sua própria identidade, e com isso, gerando dúvidas existências e até mesmo crises, não anula a sua identidade formada até então.

Assim, segundo o TC:

¹⁸¹ ACÓRDÃO N.º 362/2016. Tribunal Constitucional. **Diário da República**. N.º 200/2016, Série II de 2016-10-18.

Num primeiro momento, prevalece o direito dos pais (e dos dadores) à reserva de intimidade da vida privada, e procura-se assegurar a unidade da família. Todavia, o direito fundamental da pessoa nascida com recurso a PMA a conhecer a sua identidade não deixa de ser tutelado pela lei. Aliás, após um juízo jurisprudencial, que pese todas as circunstâncias de cada caso concreto – não suscetíveis de considerações *a priori* pelas normas legais – o direito à historicidade pessoal do indivíduo fruto de PMA heteróloga poderá sempre prevalecer, totalmente, sobre quaisquer outros direitos, quer dos pais, quer dos dadores, estando aberta a possibilidade de conhecimento da identidade destes últimos. Caberá pois, a cada pessoa, interrogar-se sobre a sua própria identidade, aos competentes serviços de saúde ou ao CNPMA, juntos dos quais poderá clarificar as circunstâncias que conduziram ao seu nascimento. Caber-lhe-á também recorrer aos tribunais, quando entenda ter razões ponderosas que justifiquem o acesso à identidade dos seus progenitores biológicos.¹⁸²

Entendeu-se, portanto - muito embora assistam razões aos interessados em ter o direito ao conhecimento de suas origens genéticas – que não há que se falar em inconstitucionalidades da Lei de PMA frente à Constituição Portuguesa, pois o acesso não foi negado, mas sim, ponderado diante dos casos de comprovação de real necessidade, tudo isso, para evitar que a família até então formada os doadores de material genético, e até mesmo o próprio interessado, sofra ainda mais ao descobrir a sua historicidade sem um amparo e um suporte legal.

4.3. O sigilo da doação de gametas e o anonimato do doador

Analisados os fundamentos que justificam o acesso aos interessados à sua identidade genética, partiremos para o lado oposto, ou seja, verificar se justificam motivos para a preservação da regra do anonimato do doador de material.

Inicialmente, ao tratarmos da questão do anonimato do doador de sêmen para clínicas de fertilização, uma pergunta nos vem à mente: Quais os motivos que levam uma pessoa a doar sêmen em uma clínica de fertilização? Quando se doa sangue a um hemocentro, por exemplo, sabemos qual a intenção do doador: o sentimento de ajudar outras pessoas que necessitam da transfusão para sobreviver, ou seja, nítido caráter altruísta.

Prosseguindo nesta linha de raciocínio, a resposta a ser dada à pergunta podem ser diversas, tais como: tara; desejo de ajudar pessoas inférteis ou com problemas de fecundação ou intenção de propagar a espécie sem se responsabilizar pela paternidade, dentre outros.

¹⁸² ACÓRDÃO N.º 101/2009. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, 2ª Série – N.º 64 – 1 de Abril de 2009.

O artigo 21.º (Proibição da obtenção de lucros) da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo), aprovada em 1997, no âmbito do Conselho da Europa (cf. a Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro, e o Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, da mesma data), dispõe que: “O corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros.”

Este princípio encontra-se alinhado com o que prevê a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) na sua 29.ª sessão, a 11 de novembro de 1997 (cf. o respetivo artigo 4.º: “o genoma humano no seu estado natural não deverá dar origem a benefícios pecuniários”. No mesmo sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) estabelece no seu artigo 3.º, n.º 2, alínea c), que, no domínio da medicina e da biologia, deve ser respeitada “*a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro*”.

Está mais do que sedimentado tanto nas normas e convenções internacionais, como na legislação pátria, a impossibilidade do doador de sêmen obter lucro com a sua benesse, e quanto a este ponto, não há discussão.

Os avanços da ciência no campo da fertilização humana e das pesquisas com o uso do genoma humano, muito se devem às doações de material genético por terceiros que tinham como base o anonimato como regra. Mas, ao mesmo tempo que as pesquisas avançaram, aliado ao sucesso das fertilizações com o material de terceiros, aumentou o número de pessoas fecundadas por essas técnicas reprodutivas que passaram a querer descobrir a sua historicidade.

O anonimato do doador é, portanto, uma condição *sine qua non* para o sucesso das inseminações artificiais heterólogas. Quando um doador chega a uma clínica para doar o seu material genético, ele passa por um cadastro, onde, além do seu consentimento em fornecer o espermatozoide, descreve as suas características, todo o histórico de patologias conhecidas e o mais importante, o desejo e a vontade de que caso o seu material seja fecundado em terceiras pessoas, que este fato não lhe atribuirá a paternidade, bem como, mantendo-se o seu anonimato.

Isto é necessário para que as inseminações artificiais heterólogas possam prosseguir, pois caso contrário, se o anonimato fosse desconstituído de plano, o número de doações acabariam diminuindo consideravelmente, a ponto de prejudicar as pessoas que necessitam realizar esse procedimento, sendo este fato, portanto, a primeira causa apontada como sendo importante a manutenção do anonimato, como regra, no ordenamento jurídico português.

Apenas por força de lei, e diante de situações extremas, é que poder-se-ia cogitar, de plano, a quebra do anonimato do doador, citando-se como exemplos, a descoberta de uma doença terminal ou a necessidade de uma terapia com o uso de do material genético do doador.

Essa regra, advém do disposto no artigo 7.º, da Declaração do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, elaborada pela UNESCO - norma já mencionada anteriormente - a qual reconheceu o direito humano ao patrimônio genético: “Quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade, devem ser mantidos e sigilo, nas condições previstas em lei.”

E prosseguindo, o artigo 9.º, dispõe que:

Com o objetivo de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, as limitações aos princípios do consentimento e do sigilo só poderão ser prescritos por lei, por razões de força maior, dentro dos limites da legislação pública internacional e da lei nacional dos direitos humanos.

Portanto, o direito ao anonimato é uma consequência intrínseca ao direito de disposição do próprio corpo, garantido não apenas constitucionalmente, mas por normativas internacionais, garantidoras da esfera da intimidade do ser humano, que apenas poderá ser quebrada, por legislação específica sobre o assunto, levando-se em considerações outros princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana e o respeito das constituições familiares.

4.3.1. A garantia de preservação das relação familiares

Uma preocupação muito presente não apenas para os estudiosos do Direito, mas principalmente para os doadores de material genético, diz respeito à manutenção das formações familiares.

CAMPOS, nos traz um breve esboço de como o Direito vem enfrentando essas inovações nas relações familiares, nos seguintes termos:

As leis, ou as práticas jurídico-sociais, sobre o divórcio e sobre o aborto, a esterilização, a alteração das características sexuais, a procriação artificial, as manipulações genéticas, a convivência de facto, as relações familiares de homossexuais, o reconhecimento e legitimação da eutanásia, a fixação do momento da morte, etc., têm sofrido uma evolução no sentido da dissociação entre as bases

ético-jurídicas tradicionais assentes na biologia, na antropologia, na bioética, e o novo devir social. É preciso saber se os instrumentos jurídicos tradicionais continuam a reflectir esta evolução jurídica e legislativa, ou se ela cai fora do quadro dos tradicionais direitos da personalidade, para se inserir numa pessoa nova, nuns direitos novos. Há que apercebermo-nos o carácter de não modelo, de espaço aberto e eticamente neutral, que domina o Direito da Família e, de um modo geral, todo o Direito. Perante uma realidade natural e biológica, a concepção e a gestação do ser humano, faz-se depender a natural conclusão do processo, de relações de força. Tal como no passado a sobrevivência do filho dependia da aceitação do pai, hoje depende da mãe.¹⁸³

Quando uma pessoa se dispõe a doar sêmen em uma clínica - como já tivemos a oportunidade de abordar - as suas intenções podem ser diversas, mas nunca será a de ter a sua identidade revelada, pois o anonimato do doador, em Portugal, é a regra.

Tomemos como exemplo, uma pessoa jovem, de dezoito anos de idade, que se dispõe a ir em uma clínica de fertilização doar sêmen, e o faz com sucesso. Essa pessoa prossegue com a sua vida normal: conhece uma companheira, se casa, tem filhos, ou seja, constrói uma família estável que merece toda a proteção do Estado e do Direito.

Passados mais alguns anos, vem a notícia de que uma pessoa, fecundada com o seu material genético, daquela clínica ao qual doou espermatozoide, deseja conhecê-lo, para saber da sua historicidade, das suas origens, e até mesmo, por que não, tentar uma aproximação mais íntima com o então doador.

Tomando para o lado íntimo da constituição familiar daquele doador, algumas perguntas precisam ser respondidas, como por exemplo: a esposa e os filhos aceitarão essa notícia de bom grado?; a esposa entenderia o gesto do doador como um ato altruístico ou como uma forma de traição?; os filhos desse doador, compreenderiam que existe entre eles e a pessoa fecundada, um laço de irmandade, podendo querer questionar a validade do ato cometido pelo seu genitor, e impedindo qualquer tipo de disputa de efeitos sucessórios?

É sabido – como já tivemos a oportunidade de mencionar - que em Portugal, por norma prevista na Lei n.º 32/2006, que a doação de material genético é protegida, de início, pelo anonimato (art. 15.º), e que em nenhuma hipótese, a doação ou o futuro conhecimento da origem genética induzirá a paternidade ao doador.

Ainda, tomando por uma outra visão, não da família do doador, mas sim do casal que fez uso das técnicas de inseminação artificial heteróloga: para que pudessem fazer uso deste

¹⁸³ CAMPOS, Diogo Leite de – *op. cit.*

procedimento, ou o homem ou a mulher verificaram algum tipo de infertilidade ou esterilidade, ou resolveram - mais modernamente - fazer o uso dessa técnica por conveniência própria (sendo conhecido casos atualmente, de pessoas que não desejam passar por alguns dissabores que o estado gravídico causam, fazendo o uso da substituição de gestação ou até mesmo a fertilização por casais homossexuais). Assim, em uma ou outra situação, havia um projeto de vida naquele tratamento de infertilidade, qual seja, a geração de um filho, pouco importando, para eles, de quem veio o material genético.

Como então ficaria a relação familiar desses pais, vendo que um filho muitas vezes ignora a sua criação, na tentativa de buscar o seu pai biológico? Não haveria aí uma ingratidão – na visão dos pais – por tudo o que eles fizeram para conceber aquele ser, que agora vem a querer conhecer a sua história.

É o que acontece na maioria das vezes com os filhos adotivos, que ao chegar em uma certa idade, onde a maturidade está mais formada, tendem a buscar o contato com os seus pais biológicos, na tentativa de tentar entender o porquê do abandono.

Vejam, que em situações como a dos filhos adotados, o abandono é a principal causa que movem esses filhos a buscar as suas origens ancestrais, e muitas vezes, obtendo êxito em sua busca, acabam tendo decepções, pois os pais biológicos ou não tiveram condições de sustenta-los, abandonando-os ou entregando-os para a adoção ou, não tinham interesse mesmo na gestação, doando-os por pura liberalidade, o que causam transtornos e decepções ainda maiores, tanto para o filho, como para a família adotiva.

O importante nessas questões levantadas, é apontar o quão sofrido pode ser para ambos os lados, o conhecimento da verdade biológica, e nesse sentido, a família devidamente constituída pode sofrer abalos emocionais que jamais se resolverão.

E é justamente nesse sentido que o Tribunal Constitucional teve a oportunidade de se manifestar a respeito, dizendo que:

É certo que a verdade biológica, que estrutura todo o sistema legal da filiação, não é um princípio dotado de valor absoluto, que o leve a se sobrepor a outros interesses dignos de tutela. São interesses dignos de tutela susceptíveis de contrariar o princípio da verdade biológica, o interesse concreto do filho, o interesse de não perturbar a “paz das famílias” ou a estabilidade socioafetiva de uma relação jurídica que não tenha fundamento em vínculos biológicos. É o que acontece quando o Código estabelece a paternidade do marido por presunção legal (artigo 1826.º) ou sujeita as ações de investigação de paternidade e de impugnação de paternidade a prazos de caducidade

(artigos 1917.º e 1842.º), situações em que a “verdade jurídica” pode não ser coincidente com a “verdade biológica”.¹⁸⁴

Portanto, cabe ao Estado preservar essas formações familiares, afinal, a família é a base da sociedade, no qual se moldam todos os direitos e garantias fundamentais. E nesse sentido, a adoção plena do direito ao conhecimento genético, de maneira indiscriminada, pode trazer sérias consequências.

4.3.2. O entendimento do Direito Português quanto ao anonimato do doador de material genético

A legislação portuguesa, como já dissemos anteriormente, optou pelo anonimato do doador como regra, e isto pode ser observado conjugando-se o disposto nos números 1 e 4 do artigo 15.º, da Lei de PMA, com os seus artigos 10.º, n.ºs 1 e 2 (Doação de espermatozoides, ovócitos e embriões), e 19.º, n.º 1, (Inseminação com sémen de dador), não permitindo à pessoa fruto de técnicas de PMA heteróloga ou nascida através do recurso à gestação de substituição, o conhecimento da sua ascendência genética e/ou, da identidade da mulher que a deu à luz.

A intenção do legislador, como se pôde observar, foi proteger tanto o doador de material genético em sua esfera de intimidade como a manutenção da família, além, é claro, de preservar a quantidade de doadores de espermatozoides nas clínicas de fertilização.

Poucos são os doutrinadores, em Portugal, adeptos à manutenção do anonimato do doador de material genético.

ASCENSÃO¹⁸⁵, entende que, muito embora o anonimato seja a regra no direito comparado, ela deve ceder frente ao direito do conhecimento das origens genéticas do interessado, havendo ou não a filiação. Com fundamentos na Constituição, em especial, nos artigos 25.º, que trata do direito à integridade moral e física, bem como, no disposto no artigo 26.º, quando aborda o direito à identidade pessoal, sendo portanto, estes artigos, suficientes para que qualquer pessoa possa conhecer as suas origens biológicas, independentemente desse conhecimento estar atrelado a uma filiação.

Entendendo que “o direito à identidade pessoal envolve um direito à historicidade pessoal, expresso na relação de cada essa com aquelas que (mediata ou imediatamente) lhe

¹⁸⁴ ACÓRDÃO N.º 309/2016. Tribunal Constitucional. **Diário da República**. N.º 173/2016, Série II de 2016-09-08

¹⁸⁵ ASCENSÃO, Oliveira – **Direito e Bioética**. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, julho de 1991. p. 429 e ss.

deram origem”¹⁸⁶, OTERO defende o interesse da pessoa humana em ter acesso não apenas à forma como foi gerado, mas também, ao seu patrimônio genético. Nestes termos, sustenta a inconstitucionalidade de qualquer “sistema normativo de segredo que vede ao interessado a possibilidade de conhecer a forma foi gerado ou o respetivo património genético”¹⁸⁷. E quanto à historicidade, afirma que “o concreto direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus progenitores, facto que implica a inconstitucionalidade de qualquer regra de anonimato do dador de material genético”¹⁸⁸.

Aludindo que o legislador constitucional já previu a possibilidade de conhecimento faz origens genéticas a quem foi gerado por técnicas de PMA, DUARTE aborda que:

A Constituição deixou de permitir, se é que alguma vez o permitiu, é a obstrução que cada pessoa procure e conheça aqueles que transmitiram os genes e que, deste modo, lhes formam a identidade. A lei os considere pais ou meros dadores, por mais que a lei queira, e razoavelmente procure, apartar-lhes responsabilidades, essas pessoas fazem parte da história da identidade genética daquele a quem, um dia, deram origem.¹⁸⁹

O autor fundamenta as suas razões na introdução, no ano de 1997, no n.º 3, ao art. 26.º, da CRP, sendo, portanto, inconstitucional qualquer disposição em contrário, que impeça o conhecimento das origens genéticas ao interessado.

Na mesma linha do supra citado doutrinador, é a visão de CORTE-REAL, para quem :

A regra de subsidiariedade de aplicação das técnicas de PMA, circunscritas às situações de infertilidade, pode justificar uma interpretação ampla do direito à identidade pessoal de qualquer indivíduo artificialmente procriado, embora com a inerente negação de qualquer vínculo familiar decorrente da doação de gametas, apenas medicamente significativa.¹⁹⁰

OLIVEIRA, tomando uma postura conciliadora das duas posições existentes, ou seja, dos que defendem o anonimato e os de quem não concordam com essa regra, defende a paz familiar e também a paz do direito à verdade. No seu pensamento:

¹⁸⁶ OTERO, Paulo – **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Lisboa: Almedina, 1999. p. 71.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 71.

¹⁸⁸ *Ibidem.*

¹⁸⁹ DUARTE, Tiago – **Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁹⁰ CORTE-REAL, Pamplona – **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 5.

O anonimato do dador parece exprimir bem a irrelevância da sua identidade e do seu papel social no processo da fecundação; porém, a ocultação da verdade biológica parece contrariar a relevância dos conhecimentos das ciências biológicas, assim como o culto da verdade nas sociedades em que o problema da inseminação heteróloga se põe.¹⁹¹

Vislumbrado uma postura de análise dos direitos fundamentais contidas no comando constitucional, REIS entende que o direito ao conhecimento das origens genéticas deveria ser a regra, e não a exceção. Para ele:

A solução adotada pelo legislador deveria ter sido precisamente a inversa, em nome da tutela do direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas: a de optar, como ponto de partida, pela regra da admissibilidade do conhecimento da identidade do dador, limitando-a apenas nos casos, reconhecidos por decisão judicial, em que outros valores (como a proteção dos núcleos familiares estabelecidos ou a integridade psíquica do dador) devessem ser tidos como prevaletentes no caso concreto.¹⁹²

Em suma, a doutrina nacional vem se posicionando, em quase a sua totalidade por uma interpretação ao referido art. 15.º, da Lei n.º 32/2006, de acordo com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pilar da Constituição de Portugal, e que portanto, exigir a necessidade de provimento judicial para que a pessoa tenha acesso à sua identidade genética e à sua historicidade, fere esses ditames constitucionais.

O Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão recente, analisou essa questão e entendeu que:

Note-se que mesmo no nosso ordenamento jurídico se prevê, em alguns casos, a relativização do vínculo genético: artigo 1839.º, n.º 3 do CC, não é permitida a impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu, e, na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, o teor do artigo 10.º, n.º 2, os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer e o do artigo 21.º, o dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.¹⁹³

¹⁹¹ OLIVEIRA, Guilherme – **Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida** In: Temas de Direito da Medicina. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 05.

¹⁹² REIS, Rafael Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

¹⁹³ **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA**. Processo n.º 25735/15.0T8SNT.L1-2. Rel. Ondina Carmo Alves. *op. cit.*

Mas, mesmo o referido Tribunal entendendo que ao dador de material genético não se atribui a paternidade, em decorrência da inseminação gerada, não se pode deixar de lado o interesse do menor (o qual, no caso em tela, buscava o acesso à identidade genética), pois “actualmente, o direito da família em Portugal é, todo ele, enformado pelo conceito (ainda que juridicamente indeterminado) de superior interesse do menor”.¹⁹⁴

Como comitê de bioética a nível nacional, o CNECV foi criado no ano de 1990 e tem como atribuições funcionar junto da Assembleia da República desde 2009, é um órgão consultivo independente, que tem por missão analisar os problemas éticos suscitados pelos progressos científicos nos domínios da biologia, da medicina ou da saúde em geral e das ciências da vida.

Sabemos dos avanços que a biotecnologia teve nas últimas décadas e dos impactos que essas inovações trouxeram não só ao campo do direito, mas também para a esfera de intimidade dos indivíduos e também das famílias. Seu papel foi e é muito importante ao Poder Judiciário, pois auxilia nos julgamentos e a tomada das melhores decisões ao caso concreto.

E, sobre o direito ao conhecimento da origem genética, o CNECV já teve a oportunidade de se manifestar por diversas ocasiões.

No parecer 23/CNECV/98, em que se discutia a proposta de Lei da PMA, o Conselheiro Joaquim Pinto Machado¹⁹⁵, abordando a questão do anonimato doador de material genético, entendeu ser direito da pessoa gerada pelas técnicas de fertilização ter acesso à sua identidade genética.

E, um pouco antes do advento da Lei nº 32/2006, o mesmo Conselho, no Parecer n.º 44/CNECV/2004¹⁹⁶, reiterou o posicionamento anterior, no sentido de que o filho gerado a partir de técnicas de PMA tem o direito, a partir da maioria legal, de fazer o pedido de conhecimento de sua ascendência genética, entendendo esta como o conhecimento de sua identidade pessoal e biológica, sendo que as informações do doador do material genético devem

¹⁹⁴ **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA.** Processo n.º 25735/15.0T8SNT.L1-2. Rel. Ondina Carmo Alves. *op. cit.*

¹⁹⁵ Para o Douto Conselheiro: “Certo que se admite [no projeto então em análise] que as pessoas assim nascidas poderão obter o conhecimento da identidade do dador, mas só por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial” (n.º 3 do artigo 12.º). Mas esta disposição apenas abre uma possibilidade, que até parece excepcional, cuja satisfação depende de critérios indefinidos: o querer saber quem é o progenitor ‘genético não será, por si só, razão ponderosa? O conhecimento da identidade dos progenitores faz parte da historicidade pessoal e, portanto, da identidade própria e singular, peio que a ninguém deve ser negado o acesso a esse conhecimento; à instância judicial cabe assegurá-lo, nunca avaliar da sua legitimidade. Aliás, o primeiro dos direitos reconhecidos no n.º do artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa é precisamente o da ‘identidade pessoal’. Este direito de cada um conhecer quem são os seus progenitores é reconhecido na Alemanha, Áustria, Suécia e Suíça (pelo menos). E, no preâmbulo da resolução sobre fertilização in vitro e in vivo do Parlamento Europeu, de 1989, inclui-se, entre os direitos do filho a salvaguardar, o “direito a uma identidade genética”. **CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA** – Parecer n.º 23/CNECV/97. Conselheiro Joaquim Pinto Machado . [Em linha]. Lisboa: [29 Jul. 1997]. [Consult. 08. Jun. 2019]; Disponível em <http://www.cnecv.pt/pareceres.php?search=23&o=DESC>.

¹⁹⁶ **CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA** – Parecer n.º 44/CNECV/2004. Conselheira Paula Martinho da Silva . [Em linha]. Lisboa: [26 Jul. 2004]. [Consult. 08. Jun. 2019]; Disponível em <http://www.cnecv.pt/pareceres.php?search=44&o=DESC>.

esta disponíveis para que o interessado dela possa ter acesso, entendendo, de outro lado, que este conhecimento não geraria, em nenhuma hipótese, a relação de parentalidade.

4.3.3. A posição do Tribunal Constitucional

Todos estes debates sobre a possibilidade, ou da viabilidade ou não da pessoa ter acesso a sua identidade genética, em detrimento da regra do anonimato do doador de material genético, chegaram ao Tribunal Constitucional, que no ano de 2009, no Acórdão de número 101¹⁹⁷, analisou a constitucionalidade das normas do art.º 15, n.ºs 1 a 4, em conjunto com a do art. 10.º, n.ºs 1 e 2, todos da Lei n.º 32/2006. Questionava-se, na oportunidade, que a pessoa gerada através de técnicas de PMA, em decorrência do dever de sigilo imposto pela Lei, não poderia ter acesso à sua identidade, ferindo, como regra maior, o princípio da igualdade conferido a todos os cidadãos portugueses.

No ano de 2018, o TC proferiu o Acórdão n.º 225 onde, dentre os questionamentos suscitados pelos requerentes, encontravam-se alguns dispositivos da Lei de PMA, em especial, os n.º 1 e 4, do art. 15.º, em conjugação com os artigos 10.º, n.º 1 e 2 e 19, n.º 1, uma vez que, pessoas geradas através das técnicas de reprodução assistida heteróloga, ou mediante a gestação de substituição, não poderiam ter acesso à sua ascendência genética, ou então, conhecer a mulher que deu a luz.

Sob o enfoque constitucional, verifica-se um conflito de interesse entre dois direitos fundamentais, quais sejam: de um lado, o direito da pessoa nascida através das técnicas de PMA ter acesso à sua identidade genética (art. 26.º, n.º 1 e 3, da CRP); e de outro, o direito à manutenção da intimidade familiar e da vida privada (previstos nos artigos 36.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da CRP).

Segundo a perspectiva do Tribunal Constitucional:

¹⁹⁷ Como parte da fundamentação do julgado, temos que: “Do ponto de vista jurídico-constitucional estão aqui em tensão diferentes direitos fundamentais. Por um lado. O direito fundamental da pessoa nascida de PMA à identidade pessoal, do qual parece decorrer um direito ao conhecimento da sua ascendência genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), e, por outro. O direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar (previstos, respetivamente, nos artigos 36.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da Constituição). A questão deve ser colocada nestes termos, uma vez que a possibilidade de conhecimento da identidade dos dadores de gametas e/ou embriões não implica o reconhecimento de qualquer vínculo legal de ordem filial. Expressamente decorre do disposto no artigo 10.º 2, onde se refere: “(o)s dadores de gametas não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer. Este mesmo princípio [o de uma solução de equilíbrio em que se tenha em linha de conta outros interesses valores conflituantes com o direito ao conhecimento origens genéticas] foi afirmado pelo Tribunal Constitucional quando teve oportunidade de se pronunciar acerca do direito ao conhecimento da maternidade e paternidade biológicas, enquanto dimensão do direito à identidade pessoal, a propósito de questão da constitucionalidade do prazo máximo de dois anos após a maioridade para propor ação de investigação de paternidade. A esse respeito, o Acórdão n.º 23/06, sobre a historicidade pessoal, implica a existência de meios legais para demonstração dos vínculos biológicos, mas admitiu que ‘outros valores, para além da ilimitada resseção à averiguação da verdade biológica da filiação [...] possam intervir na ponderação dos interesses em causa, como que comprimindo a revelação da verdade biológica. ACÓRDÃO N.º 101/2009. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, 2ª Série – N.º 64 – 1 de Abril de 2009.

A questão que se coloca é então a de saber, não se é constitucional um regime legal de total anonimato do dador, mas se é constitucional estabelecer como regra o anonimato dos dadores e como exceção a possibilidade de conhecimento da sua identidade. Está em jogo o peso relativo que o direito à identidade pessoal merece e a importância que a lei lhe dá no regime que institui *vis a vis* o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar. Importa, pois, perceber se as restrições que se consagram respeitam, ou não, o princípio da proporcionalidade, de tal como decorre do artigo 18.º, n.º 2 e 3, da CRP.¹⁹⁸

E prossegue o Tribunal, aduzindo que:

Dito isto, não se ignore que a lei da PMA não estabelece uma proibição absoluta de revelação da identidade dos dadores, mas apenas uma regra que *rima facie* admite exceções – v. art. 15.º/4. Os signatários do pedido consideram que a mudança de paradigma trazida pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, bem como o alargamento do regime à gestação de substituição aprovado pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, trouxeram indubitavelmente uma nova atualidade e premência à questão do conhecimento da identidade genética das crianças geradas por via de PMA, nomeadamente, por via de inseminação heteróloga, não só pela universalidade – no limite, todos podem nascer por recurso a tais técnicas – mas também pela imperatividade e clareza do preceito constitucional, grosseiramente violado e genericamente afastado pela lei.¹⁹⁹

No que diz respeito à gestação de substituição, foi questionada a inconstitucionalidade por violação ao direito ao conhecimento da identidade genética, bem como do princípio da dignidade humana e da proteção da infância. Em contrapartida, defende-se que não se pode negar à criança gerada pela técnica da maternidade de substituição, o direito de conhecer quem o gerou durante os nove meses de gestação. E nesse sentido, manifestou-se o TC:

O direito ao conhecimento do património e identidade genéticos não configura um enfraquecimento na defesa do direito à intimidade e à reserva da vida privada. Estamos perante direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente, com igual dignidade e idêntico valor normativo, impondo-se, nesta linha de raciocínio, avaliar, à luz do disposto no artigo 18.º, a constitucionalidade das restrições. O direito ao conhecimento da origem genética faz parte da identidade da pessoa nascida destas técnicas, da sua personalidade, da sua historicidade pessoal, independentemente da ausência de relação de afetividade. Diz STELA BARBAS, o ser humano “... tem

¹⁹⁸ ACÓRDÃO N.º 225/2018. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, 1ª Série – N.º 87 – 7 de Maio de 2018. p. 1.888.

¹⁹⁹ *Ibid.* p. 1.888.

direito à identidade genómica. Não pode haver dois tipos de pessoas: as que podem conhecer e as que não podem conhecer as suas raízes genômicas?”.

Dessa maneira, após analisar todos os fundamentos e o conjunto de normas suscitadas, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 225/2018, apresentou um novo paradigma para os dispositivos, tanto da Lei de PMA, como da CRP, concluindo que o direito ao anonimato dos dadores de material genético, seja na procriação medicamente assistida heteróloga, como na maternidade de substituição, não são regras absolutas, devendo ser atenuadas em certas condições, a fim de que os interessados possam ter acesso às suas origens genéticas ou gestacionais, tudo em respeito ao princípio já consagrado da dignidade da pessoa humana, como corolário dos direitos fundamentais.

E que, afinal, ter acesso às suas origens, em nenhum momento fará com que haja uma diminuição ou uma discriminação no instituto da filiação, muito menos que quaisquer direitos que a ela sejam inerentes, pois o conhecimento não induz a paternidade ou a maternidade, mas apenas reequilibra os direitos fundamentais que estão em colisão.

4.4. Desbiologização da paternidade

Dentro deste novo cenário mundial - onde a busca da felicidade é a mola propulsora que move as novas formações familiares - o conceito tradicional de paternidade, moldado no casamento religioso ou civil, deixa de ganhar importância. E, para sustentar este pensamento, iremos nos valer, neste ponto da pesquisa dos estudos do Professor VILELLA²⁰⁰, o qual no dia 09 de maio de 1979, em uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, defendeu a desbiologização da paternidade.

Falar em desbiologização da paternidade no final da década de 1970, em um ambiente conservador, temos a certeza que deve ter provocado algumas reações contrárias a esta linha de raciocínio desenvolvido pelo Professor, porém, fazemos questão de reviver esta Conferência, pois apesar de sua antiguidade, é atual e fundamenta muito a ideologia do porquê permitir o acesso ao conhecimento da identidade genética a qualquer indivíduo que tenha interesse nesta busca.

²⁰⁰ VILELLA, João Baptista – Desbiologização da Paternidade. In: CURSO DE EXTENSÃO SOBRE O DIREITO DO MENOR, Belo Horizonte, 1979 – **Actas**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1979. [Em linha]. Belo Horizonte: [09 Mai. 1979]. [Consult. 09. Jun. 2019]; Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>.

De início, apresentamos um resumo do que o professor VILELLA entende sobre desbiologização da paternidade. Para ele:

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu conteúdo eletivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente na ideia de liberdade.²⁰¹

Veja-se que, para o Professor, a adoção, naquele momento, era a paternidade do futuro. Acreditamos, que jamais poderia imaginar um mundo onde as engenharia genética avançaria a um patamar de estar próximo de criar um ser humano perfeito, com técnicas de reprodução modernas e que independem da cópula carnal para a sua efetivação.

Para justificar a posição de que a paternidade é uma imposição cultural, e não da natureza, o Professor parte do mecanismo natural da fecundação, onde o homem, em sua visão, possui o poder de controlar os mecanismos de reprodução e que geram o nascimento de uma pessoa, e que ao fazê-lo, e ter como resultado o nascimento de uma pessoa, possui o livre arbítrio de acolher o produto da concepção ou rejeitá-lo.

Muito embora este raciocínio iguale o ser humano a um animal, pois quem procria de maneira natural, por puro instinto são os animais, o ser humano não deixa de ter, em certo ponto, este ímpeto de procriar, mas o faz, na maior parte das vezes, na tentativa de gerar uma prole. Assim, portanto, este posicionamento de imposição da paternidade contra a vontade do ser humano, que não desejava ser o pai, mesmo mantendo relações sexuais com uma determinada pessoa, concordamos que foi uma determinação social, do Estado, para evitar que houvesse um desenfreado número de pessoas sem um pai ou uma mãe para se responsabilizar por ela ou para prover a sua manutenção.

A maternidade, *semper certa est*, significando que do lado feminino, não há dúvidas de que a genitora é a mãe daquela criança que acabara de nascer, pois foi a mulher quem deu à luz. Mas do lado masculino, a liberdade garante que o homem negue esta vontade, a não ser no caso

²⁰¹ VILELLA, João Baptista – *op. cit.* p. 400.

de justas núpcias, quando a paternidade é atribuída independentemente de sua vontade, havendo de produzir provas para negar este fato (*exceptio plurium concubentium*).

Assim, para VILELLA, “uma coisa é a responsabilidade pelo ato da coabitação sexual, de que pode resultar gravidez. Outra, bem diversa, é a decorrente do estatuto da paternidade”.²⁰² E cita, como embasamento, a ação para fins de subsídios, do Direito Francês (art. 342.º, do Código Civil), o qual determina que a pessoa que manteve relações sexuais com mãe do reclamante, não estando a paternidade legalmente estabelecida, deverá subsidiar o sustento do mesmo. E questiona: “E se ao invés de um forem vários os que mantiveram relações sexuais com a mãe?”²⁰³. E responde:

Não há dúvida: todos ou alguns, desde que não excluam a paternidade biológica ou não provem a incontinência sexual da mãe, serão condenados à prestação dos alimentos previstos em lei, encargo, de resto, que se transmite aos herdeiros do devedor e pode ir além da maioria do requerente²⁰⁴

A solução francesa da época - muito embora leve em consideração a conotação sexual, da genitora que possui diversas relações sexuais, sem saber apontar a paternidade de imediato - não poderia ser o fundamento para a multiparentalidade, muito presente nos dias atuais? Sim, porque a multiparentalidade, nada mais é do que a paternidade ou a maternidade atribuída a pessoas diversas dos pais biológicos sem desconstituir a paternidade original.

Pode ser considerado, portanto, a vontade de amar e de servir, o fundamento para que a paternidade seja determinada, e não o fim sexual em si mesmo. E neste momento, não podemos deixar de lembrar a passagem bíblica de Salomão, que ao dirimir o conflito existente entre duas mulheres que alegavam ser a mãe de uma criança, não se valeu de nenhum critério de natureza biológica, mas sim determinou que partisse a criança ao meio, entregando um pedaço a cada uma delas. A verdadeira mãe, ao ver que seu filho corria perigo de vida, negou a maternidade e permitiu que a outra mulher ficasse com a criança.

Eis o triunfo do amor sobre a verdade biológica. De se recordar também, a lenda do círculo de giz, onde em nova disputa sobre a maternidade de uma criança, esta é colocada sob um círculo de giz, e o magistrado ordena que cada mulher pegue a criança por um dos braços, e que a puxem para fora do círculo. A que conseguir, será a mãe verdadeira. Mais uma vez, a

²⁰² VILELLA, João Baptista – *op. cit.* p. 403.

²⁰³ *Ibid.* p. 403.

²⁰⁴ *Ibidem.*

mãe biológica deixa que a outra, uma simples criada, pobre e inculta, passasse a cuidar da criança.

Eis aqui, o princípio do melhor interesse da criança, muito difundido nos dias atuais, sendo aplicado. Nem sempre quem gera a criança é também a que mais ama, podendo, em certas situações, ter um ódio mortal.

As transformações sociais pelas quais vem experimentando as novas formas de família, abandonando o caráter econômico, social e religioso, para tomar uma roupagem baseada na afetividade e na busca da felicidade, vem esvaziado o conceito de paternidade. E, a tecnologia biomédica e os avanços da engenharia genética estão tendo um papel de muita influência neste aspecto.

Desde o controle de natalidade, quando foi possível separar a atividade sexual do ato procriativo, passando pelo bebê de proveta, temos um novo cenário de atribuição de liberdades. Isso porque, se a intenção da pessoa for ter gratificação sexual sem o risco da gravidez, ou em outro viés, procriar sem ter relações sexuais, como ocorre na fertilização *in vitro*, a paternidade passa a ser considerada como um ato de opção. Eis que:

Chegados à plenitude desse novo estágio, os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como o salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, que lança suas raízes no mais poderoso dinamismo transformacional do homem, que é o dom de si mesmo.²⁰⁵

O futuro inimaginável no século passado, chegou, e o resultado dos avanços na área da biomedicina, em especial da engenharia genética aplicada à reprodução humana já estão entre nós. Mas, não podemos obrigar, quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Se o fizermos, isso seria considerado uma violência não somente contra a pessoa, mas também com o instituto da paternidade, que como vimos, necessita de autodoação, de gratuidade, engajamento íntimo, e não de imposição coativa.

Assim é que, quando a Justiça determina a atribuição da paternidade a quem não a deseja, está desrespeitando gravemente a criança. E, nas palavras de VILELLA, “um ser com todos os vícios e crimes, mas que aceite verdadeiramente a paternidade, é preferível àquele que a recuse, ornado embora de todos os méritos e virtudes”.²⁰⁶

²⁰⁵ VILELLA, João Baptista – *op. cit.* p. 413.

²⁰⁶ *Ibid.* p. 414.

Isto não significa que a criança não terá a sua pretensão satisfeita, afinal, o que jamais se deve negar, diante dos novos direitos conquistados, é o acesso às suas informações genéticas, seja para descobrir quem foi o doador de material genético em uma inseminação artificial heteróloga, seja na maternidade de substituição, na adoção, para buscar um tratamento menos invasivo ou outro motivo qualquer ligado às suas origens.

Desbiologizar a paternidade, portanto, é um grande avanço para chegarmos a um ideal de garantia dos direitos fundamentais, em especial no que se refere ao direito ao conhecimento de suas origens genéticas. Afinal, não devemos confundir o direito ao conhecimento das origens genéticas com o estado de filiação. Este, integra o direito de família, e serve como mecanismo de se aferir a paternidade ou a maternidade, ao passo que o acesso às informações genéticas é uma das várias formas de manifestação dos direitos da personalidade, e dispensa a ação de investigação de paternidade. Ou, nas palavras de ALCÂNTARA:

Ação de investigação de paternidade ou maternidade tem por fim constituir estado de filiação inexistente, de modo que sobre o pai ou mãe reconhecidos incidam os direitos e deveres dele decorrentes. Uma vez estabelecido o estado de filiação – pelo pressuposto fático da relação sexual ou da vontade, não há que se falar em ação de investigação de paternidade, mas somente em direito à origem genética.²⁰⁷

No mesmo sentido explica LÔBO:

Ao ser humano concebido fora da comunhão familiar dos pais socioafetivos, e que já desfruta do estado de filiação, deve ser assegurado o conhecimento de sua origem genética, ou da própria ascendência, como direito geral de personalidade, conforme decidiu o Tribunal Constitucional alemão em 1997, mas sem relação de parentesco ou efeitos do Direito de Família *tout court*.²⁰⁸

E mais uma vez questiona VILELLA:

²⁰⁷ ALCÂNTARA, Livia Medina Freira – **O conflito entre o direito à origem genética e o direito à intimidade nos casos de reprodução humana assistida heteróloga**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016. 44 f. Dissertação de Bacharelado em Direito. [Em linha]. Brasil [s.d]. [Consult. 09. Jun. 2019]; Disponível em <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2492/1/O%20conflito%20entre%20o%20direito%20%C3%A0%20origem%20gen%C3%A9tica%20e%20o%20direito%20%C3%A0%20intimidade%20nos%20casos%20de%20reprodu%C3%A7%C3%A3o%20humana%20assistida%20heter%C3%B3loga~1.pdf>. p. 35.

²⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto – **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. [Em linha]. Brasil [s.d]. [Consult. 09. Jun. 2019]; Disponível em <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/reccej/article/viewFile/633/813>. p. 53.

Quem de nós, por exemplo, consideraria pai das crianças nascidas por fecundação artificial o remunerado fornecedor de espermatozoides, longo tempo estocados em bancos de inseminação? E quem de nós negaria tal condição àquele ou àquela que, sem qualquer participação procriativa empenha sua vida só para fazer sorrir uma criança?²⁰⁹

Por isso, que o sigilo que preserva a identidade do doador de material genético nas inseminações artificiais heterólogas ou em qualquer outra tratativas reprodutiva, não tem por fim resguardá-lo de uma eventual ação de investigação de paternidade ou maternidade, pois contra ele cabe apenas o exercício do direito ao conhecimento das origens genéticas, que por si só, não faz nascer o direito de filiação.

Ao desbiologizar a paternidade e transportar a realidade dos fatos para o sistema de ponderação de interesses, verificamos a preponderância do direito ao conhecimento das origens genéticas sobre o direito à intimidade.

4.5. Reflexões da atualidade envolvendo o acesso à identidade genética²¹⁰

4.5.1 Conhecimento da origem biológica em decorrência de doenças genéticas por parte da pessoa fecundada com sêmen provenientes de bancos genéticos

Já tivemos a oportunidade de discorrer sobre a importância da reprodução humana assistida nos tempos atuais.²¹¹ A reprodução humana medicamente assistida, por envolver o direito à vida, deve se modular aos princípios de ordem pública. Assim, tendo em vista a função social do contrato, mesmo em se tratando de reprodução humana, referido contrato entre doador de material genético e bancos de fertilização necessitam respeitar algumas balizas, não se admitindo convenções particulares que determinem o sigilo absoluto de informações.

²⁰⁹ VILELLA, João Baptista – *op. cit.* p. 413.

²¹⁰ Diante do reconhecimento da possibilidade de acesso às informações genéticas do indivíduo, algumas reflexões surgem e necessitam ser enfrentadas, principalmente quando se tem em vista a quebra de algum sigilo. Assim, passaremos a analisar algumas questões que enfrentarão a quebra do sigilo frente questões de saúde pública, bem como os efeitos de natureza patrimonial e pessoal.

²¹¹ Por ser uma questão de ordem pública – uma vez que o direito à garantia da vida humana é um direito fundamental – SARTORI lembra que: “A manifestação jurídica sobre o Princípio da Dignidade Humana possibilita reflexões, tais como a de que a proteção da Vida Humana, para ser eficaz, deve obedecer e respeitar tal prescrição constitucional, pois se encontra sob a influência dos Direitos Fundamentais e personalíssimos. A Vida Humana, além de ser qualificada como o primeiro Direito Fundamental, possui relação importante na esfera privada com status e consequências na ordem pública e tem participação na sustentação do Direito à Saúde”. In: SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?**. 1.ª ed. Curitiba: Appris, 2015.

Uma vez permitida a quebra do sigilo baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, passa-se a discutir o direito constitucional de acesso à saúde, com a quebra do sigilo da identidade do doador de sêmen, nas inseminações artificiais heterólogas.

Conforme disposto no art. 26.º, da CRP:

A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, a reserva da intimidade da vida privada e familiar e a protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

Referida norma constitucional, garante vários direitos ínsitos à manifestação da personalidade humana, e o acesso das informações genéticas é um deles. E, a positivação do direito inviolável à vida, nos faz surgir a questão da possibilidade ou não da quebra do sigilo do doador de sêmen, quando a pessoa que foi gerada com esse material genético, estiver sofrendo alguma doença grave. Se for necessário a quebra do sigilo para a obtenção de dados clínicos, o ordenamento jurídico português permitiria tal ação?

Trata-se de uma questão nova frente aos avanços que engenharia genética vem experimentando, o que gera muitas polémicas no campo da moral e do Direito.

Em alguns países²¹², algumas pesquisas já foram realizadas com o fim de verificar como as populações enxergam a possibilidade de acesso ao conhecimento da identidade genética do

²¹² Na Finlândia, HIETALA apresenta um estudo onde foi perguntado à uma parcela da população qual o entendimento deles sobre serem realizados testes para se determinar a paternidade, e quais os motivos para que levariam à cada um querer obter esse resultado. 89% dos entrevistados, alegaram que os testes seriam importantes de serem feitos por uma questão de saúde. E, 84%, disseram que os testes seriam importantes para preservar a saúde dos descendentes. Mas, para 54% dos entrevistados, existe a preocupação de que os resultados, bem como a sua divulgação, possam causar alguma forma de discriminação aos portadores de algumas deficiência ou instabilidade genética, principalmente quando envolvem questões como o emprego ou cobertura de seguros. In: HIETALA, M., Hakonen, A., Aro, A. R., Niemela, P., Peltonen, L., Aula, P., 1995. Attitudes toward genetic testing among the general population and relatives of patients with a severe genetic disease: a survey from Finland. *American Journal of Human Genetics*, 56, 1493-1500. In: SOUZA, Guilherme Volpato de; VOLPATO, Luana Figueiró Silva – Reprodução assistida e o direito comparado: a constitucionalização do direito privado e o direito do filho ao conhecimento de sua origem genética motivado em doença genética. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 3, Santa Maria, 2015 - **Anais**. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2015. [Em linha]. Brasil [s.d]. [Consult. 09. Jun. 2019]; Disponível em <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-9.pdf>. p. 7. BERTH, na Alemanha, apresentou resultados parecidos com os da Finlândia, com a diferença que a preocupação do acesso às informações genéticas para realizar o tratamento de doenças, foi arguido de maneira separada das demais perguntas, e como resultado, esta foi a maior preocupação do povo alemão. A preocupação com a saúde está dentre as maiores preocupações dos alemães, sem se contar que, a pesquisa demonstrou que o acesso a estas informações, traria uma maior economia aos cofres públicos, o tratamento das doenças. E, como causa de recusa aos testes, estaria o fato da indefinição sobre o qual os resultados dos testes poderiam causar, o que ainda é muito indefinido. In: BERTH, H.; BALCK, F.; DINKEL, A. 2002. Attitudes Toward Genetic Testing in Patients At Risk for HNPCC/FAP and the German Population. *Genetic Testing*, volume 6, no. 4, 272-280. In: SOUZA, Guilherme Volpato de; VOLPATO, Luana Figueiró Silva – *op. cit.* p. 8. Na Dinamarca, as pesquisas de LAEGSGAARD e MORS fizeram questionamentos voltados para as doenças genéticas psiquiátricas, e os resultados foram muito próximos com as da Finlândia e Alemanha, onde 77,6% das pessoas entrevistadas são concordes em ter acesso às informações genéticas para tratar de doenças psiquiátricas. O estudo demonstrou, também, que 95,2% dos entrevistados entendem que possuem o direito a não conhecer do resultado dos testes, mesmo aprovando a sua realização como meios de prevenir e conhecer a saúde pública, e 85,5% defendem o direito de confidencialidade das informações obtidas. In: LAEGSGAARD, M. M.; MORS, O. 2008. *Psychiatric Genetic Testing: Attitudes and Intentions Among Future Users and*

doador de material genérico quando a pessoa gerada pelas técnicas de PMA são acometidas de alguma doença muito grave ou para ajudar nas tratativas médicas.

Verifica-se, na Europa de um modo em geral, uma preocupação crescente com o conhecimento das informações genéticas quando não se conhece previamente os pais biológicos, pois como as inseminações artificiais e as fecundações *in vitro* estão sendo muito procurados a cada ano, o risco de alguma doença genética ser transmitida também aumenta.

Existe uma outra preocupação, eu foi apontada em um estudo do canadense DEONANDAN²¹³, onde há o risco de que os bancos de materiais genéticos possam, com o tempo, virem a se tornar agentes de propagação de doenças genéticas, pois, um mesmo doador, a depender das suas qualidades e fenótipos, pode vir a gerar mais de uma fecundação, o que disseminaria uma possível doença. E acaba trazendo um exemplo, onde nos Estados Unidos, um banco de doadores notificou alguns pacientes que foram fecundados com o espermatozoide de um doador que possuía uma doença cardíaca denominada cardiomiopatia hipertrófica, e que teria transmitido a muitas pessoas fecundadas com o seu material genético. Por se tratar de uma questão de saúde pública, que atinge a esfera dos direitos individuais do ser humano, as pessoas foram notificadas a tomar as atitudes médicas condizentes com a doença, mas não revelou quem seria o doador, apenas noticiando a descoberta da doença genética transmissível.

Existe, atualmente, uma grande preocupação em fazer com que os bancos de materiais genéticos passem a gerar o conhecimento do doador de material genético para o controle das doenças. A Suécia, por exemplo, é um dos países que já adotou essa postura, e segundo LALOS, “uma criança nascida a partir de inseminação por um doador tem o direito de receber informação sobre a inseminação e também a identidade do doador”.²¹⁴

Vemos de maneira muito salutar a medida tomada pela Suécia ao determinar que assim que a criança nasça, sejam prestadas informações a respeito da identificação das origens genéticas do doador. Afinal, este conhecimento não gera, como já tivemos a oportunidade de ver, a paternidade. Há quem defenda que este conhecimento deveria ser concedido apenas quando a pessoa gerada através de inseminação artificial heteróloga atingisse a maioridade, o que a nosso sentir não se justifica, pois muitas doenças podem se desenvolver e se manifestar logo após o nascimento, e a maioridade, nesses casos, poderia ser um risco.

Providers. American Journal of Medical Genetics Part B 147B, 375-384. In: SOUZA, Guilherme Volpato de; VOLPATO, Luana Figueiró Silva – *op. cit.* p. 8.

²¹³ DEONANDAM, R. 2010. The public health implications of assisted reproductive Technologies. Chronic Diseases in Canada, Vol. 30, no. 4, 119-124. In: SOUZA, Guilherme Volpato de; VOLPATO, Luana Figueiró Silva – *op. cit.* p. 9.

²¹⁴ LALOS, A; GOTTLIEB, C; LALOS, O. 2007. Legislated right for donor-insemination children to know their genetic origin: a study of parental thinking. Human Reproduction, 22, 1759-1768. In: SOUZA, Guilherme Volpato de; VOLPATO, Luana Figueiró Silva – *op. cit.* p. 10.

Proposta muito interessante é descrita por SOUZA e VOLPATO, para os quais:

O governo manteria um cadastro de doadores e um registro nacional de nascidos a partir de reprodução heteróloga. Bancos de esperma e clínicas de fertilidade deveriam reportar todos os nascimentos ao cadastro nacional, juntamente com uma série de informações sobre o doador, incluindo aí seu nome, descrição física, histórico médico familiar detalhado, endereço, profissão, habilidades e interesses. Os doadores deveriam, ainda, explicar as razões pelas quais doaram seu esperma e teriam a possibilidade de deixar mensagens aos filhos que a buscassem no futuro.²¹⁵

Este reconhecimento jurídico do afeto, existente entre doadores de material genético e as pessoas fecundadas, em nossa opinião é uma medida humanitária sem precedentes, pois visa a garantir e preservar a saúde, um dos principais atributos da vida humana, e que por isso, deveria ser obrigatório. No entanto, cumpre salientar que todos os indivíduos possuem a prerrogativa de exigir do Estado a implementação deste direito à saúde quando o acesso às informações sofrer qualquer tipo de restrição, vindo, até mesmo, buscar a guarida da função jurisdicional, se for o caso.

4.5.2. Da viabilidade dos doadores de espermatozoides a bancos terem acesso às fecundações produzidas com o seu material genético

Persistindo um pouco mais na temática anterior, mas agora analisada de um outro ângulo, e se o oposto fosse solicitado, ou seja, uma pessoa que doou espermatozoides a um banco de reprodução assistida, desejar conhecer quem foi fecundado com os seus genes, isso seria possível?

Até agora, estudamos o conhecimento das origens genéticas sob o viés da pessoa fecundada, e que busca ter conhecimento de quem seria o doador do material que o produziu, ou para tratar de alguma doença específica. Mas o posto também pode ocorrer, e acreditamos que com maior incidência, pois uma pessoa que tenha doado espermatozoides na juventude ou já em fase adulta, tem maiores riscos de desenvolver doenças graves e que os tratamentos convencionais não dão cabo de curar. O acesso às informações genéticas de uma pessoa fecundada com o seu material genético, poderia, em muitos casos, auxiliar em transplantes de

²¹⁵ SOUZA, Guilherme Volpato de; VOLPATO, Luana Figueiró Silva – *op. cit.* p. 11.

medula, de órgãos, aumentando a porcentagem de compatibilidade, pois muito embora o produto da concepção não tenha o laço afetivo da paternidade, sua genética foi transmitida.

Nesta situação específica, acreditamos que os doadores de material genético esbarrariam em questões de ordem privada, pois quase a totalidade dos contratos celebrados entre os bancos de material reprodutivo e os doadores, são blindados quanto a divulgação das informações, protegendo o interesse de ambos.

Também há a preocupação de que os bancos venham a responder civilmente pela informação divulgada ao doador, frente aos filhos de casais que procuraram a técnica da inseminação artificial heteróloga. Quando um casal procura um banco de sêmen para dar início ao um tratamento de fertilização, os motivos podem ser inúmeros, mais os principais, como já mencionamos são ou a infertilidade ou a vontade de realizar uma produção independente, sem a necessidade de cópula sexual.

Pois bem, quando a técnica é concluída com sucesso e uma nova criança vem ao mundo, uma nova família é formada, e que, como vimos, possui completa e total proteção o Estado, que deve preservar a sua intimidade, seus valores e direitos. Permitir que o banco ao qual procuraram divulgue ao doador de espermatozoide a identidade civil de quem foi produto da concepção artificial, em muitas das vezes pode trazer transtornos familiares de grande monta, que não podemos estipular.

Não se sabe como um menor, ou até mesmo um adulto reagiria ao conhecer o seu doador biológico. Isso, complicaria ainda mais, se os pais não tiverem contado como foi que ele foi gerado. Muitas vezes, os pais não se preocupam ou não veem motivos para revelar essa informação, e com a descoberta, alguns problemas podem ser causados.

Discussões à parte, acreditamos que o mesmo motivo que move o interesse da pessoa que foi fecundada com o material de um doador, está presente no caso contrário. O princípio da dignidade da pessoa humana, mais uma vez, é a viga mestre que sustenta essa manifestação do direito da personalidade em ter acesso às suas origens genéricas e também, por que não, aos resultados do uso dos genes.

O Direito não pode jamais privilegiar determinada pessoa ou grupo de pessoas que estão em situações de semelhança, em detrimento de outra(s). Trata-se, a nosso ver de situações parelhas, mas com interesses distintos, e como tais, devem ser protegidas pelo Estado.

Novamente, não há que se alegar que o conhecimento ou a aproximação entre a pessoa fecundada com o material genético e o doador irá atribuir a paternidade, pois como já estudamos, isso é blindado pelas diversas leis, e em Portugal, há norma expressa na Lei de PMA. Mas, não cremos ser impossível, que atingida a fase adulta, a pessoa que foi gerada com

o espermatozoide doado mantenha um laço mais afetivo com o doador, ou vice-versa, e a partir disso, surja um laço fraternal e espiritual capaz de ensejar a paternidade socioafetiva. Os pais dessa pessoa fecundada, muito embora sejam os verdadeiros pais, pois criaram aquela pessoa, na fase adulta, não poderiam se opor a essa aproximação, pois o interesse individual da pessoa suplantaria este interesse por parte dos pais.

Não vemos prejuízo, diante disso, que a pessoa passe a ter dois pais e uma mãe no seu registro de nascimento, por exemplo. Já existem casos no Brasil dessa natureza, sem o viés da inseminação artificial, onde menores passaram a ser criados por uma pessoa diferente da dos pais biológicos e que, com o passar dos anos, foi construído um afeto muito forte, e quem o criou solicitou na própria Conservatória do Registro Civil das Pessoas Naturais, o reconhecimento socioafetivo. Tudo isso, se deve ao Provimento n.º 66, do CNJ, órgão administrativo do Poder Judiciário Brasileiro que regulamentou o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva.

Se recorde, por fim, como foi dito no subitem anterior, que o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana, em situações como essas, devem ser preservadas e defendidas, e no caso do doador de material genético quiser conhecer o produto da concepção com o uso do seu matéria genético, por questões de saúde, a intimidade deve ser quebrada para que o mesmo tenha acesso às suas informações genéticas, que mesmo estando no corpo de uma pessoa que ele até então desconhece, carrega o seu código genético, e que, nos dias atuais, o conhecimento desse código só traz benefícios para a saúde.

4.5.3 Inseminações artificiais heterólogas sem assistência médica

Os avanços e os benefícios da utilização das técnicas de inseminação artificial heterólogas entre casais de sexos diferentes ou não, já foram objeto de análise nesta pesquisa, sendo que muito se evoluiu nos últimos anos, na área da ciência reprodutiva humana.

Porém, o que muitos desconhecem, é que essas técnicas são muito caras para a maior parte da população. Mas o desejo de ser pai ou mãe persiste presente, fazendo com que métodos alternativos atinjam o mesmo efeito. No Brasil, na cidade de São Paulo, existem algumas clínicas de reprodução humana que atendem pelo sistema público de saúde, mas os critérios utilizados para a seleção dos interessados, bem como as filas de espera, que muitas vezes ultrapassam anos, faz com que as pessoas desistam da prática.²¹⁶

²¹⁶ O Conselho Federal de Medicina do Brasil, através da Resolução n.º 2.168 de 2017, de 21 de setembro, especificou como deve ocorrer a doação de gametas. No título IV do anexo, determina que: “1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou

Ainda no Brasil, a inseminação *caseira*, como é conhecida, em razão de ser feita no ambiente doméstico, sem o auxílio de médicos ou de uma clínica especializada na reprodução humana, vem ganhando espaço e muitos novos adeptos a cada dia, principalmente entre casais homoafetivos femininos, e de casais heterossexuais, quando o homem apresenta quadro de esterilidade ou infertilidade. Nas redes sociais, é possível encontrar também grupos de pessoas que se unem para trocar experiências e explicar melhor a técnica. Em uma rápida pesquisa, encontramos cerca de 40 (quarenta) páginas dedicadas ao assunto. Segundo informações da Revista Crescer²¹⁷, na cidade de São Paulo, o maior grupo de pessoas que desejam realizar a fertilização sem assistência médica já possui cerca de 9 mil integrantes.

A diferença existente entre a inseminação artificial heteróloga realizada com a assistência médica e a sem, está em que, na primeira, quando a pessoa chega a uma clínica de reprodução humana, o sêmen do homem é depositado diretamente no útero feminino, através de técnicas desenvolvidas e estudadas durante muitos anos pela ciência, além da segurança e da higiene no manuseio dos materiais, do ambiente clínico e laboratorial, dentre outros elementos. Já na inseminação doméstica, basta um pote de coleta (como os que são comumente usados em amostras de urina) e uma seringa plástica. O doador de sêmen deposita o material neste pote e entrega à receptora, que com o auxílio da seringa, injeta o sêmen em sua vagina. O procedimento é feito no período fértil da mulher, conforme métodos tradicionais como a “tabelinha”, e neste caso, o doador geralmente não é anônimo, pois houve aceitação por parte deste em ir até o local onde a mulher se encontra para doar o seu sêmen. Também, na maior parte das vezes, não há contato sexual entre doador e receptora.

comercial. 2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3. A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem. 4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a). 5. As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente. 6. Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora. 7. A escolha das doadoras de ovócitos é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que a doadora tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora. 8. Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços participar como doadores nos programas de RA. 9. É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de ovócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido. In: RESOLUÇÃO N.º 2.168, de 21 de setembro de 2017. Conselho Federal de Medicina. **Diário Oficial da União** (10-11-17).

²¹⁷ DINI, Aline – Inseminação artificial caseira: os riscos da ideia, que se espalha cada vez mais em grupos de internet. **Revista Crescer** [Em linha]. Brasil [31 Jul. 2018]. [Consult. 09. Jun. 2019]; Disponível em <https://revistacrescer.globo.com/Voce-precisa-saber/noticia/2018/07/inseminacao-artificial-caseira-os-riscos-da-ideia-que-se-espalha-cada-vez-mais-em-grupos-de-internet.html>.

O preço das técnicas, também é um fator muito significativo, como já salientamos em linhas anteriores. Uma inseminação artificial no Brasil, chega a um preço médio de 2 a 4 mil reais (aproximadamente 400 a 800 euros), e uma fertilização *in vitro*, por volta de 15 a 40 mil reais (3 mil a 8 mil euros), a depender da clínica escolhida e dos profissionais que atuam nesta área da genética humana. A fertilização doméstica, ao contrário, possui custo muito reduzido, pois um pote de coleta pode ser adquirido de graça em algumas clínicas de coleta de materiais, e uma seringa plástica tem preço de centavos de euro. Mas, na internet, existem kits de para a realização do procedimento custando em torno de 15 euros.

Há que se chamar a atenção para os riscos que essa prática pode causar à saúde da receptora, e se for frutífera a prática, para o nascituro, pois, por se tratar da introdução de um material biológico sem a avaliação adequada que comumente são feitas nas clínicas de fertilização, podem ocorrer a transmissão de muitas doenças, como a infecção genital, a AIDS, hepatites etc. Mas, em redes sociais como o Facebook, é possível encontrar Códigos de Ética para as pessoas que vão doar sêmen, com tópicos como estes:

1. Não cobrar nada dos receptores - por se tratar de doação não se deve cobrar valores de qualquer espécie;
2. A inseminação caseira deve ser feita sem contato sexual/íntimo com a receptora porque trata-se de algo sem envolvimento sentimental. Doadores mau caráter propõem a relação sexual como uma alternativa, mas isso é falta de ética e respeito;
3. Após a fertilização e a gravidez confirmada, afastar-se completamente da família receptora;
4. Se possível, não pergunte os nomes do casal ou mulher receptora; é uma doação anônima;
5. Fuja de jovens sem experiência que só querem sexo, sem saber o mínimo de valores éticos de biogenética e sem formação em saúde;
6. Fuja também daqueles que exigem fazer/observar o momento da inseminação.²¹⁸

A busca por doadores é o assunto mais comentado nesses grupos e páginas de internet. As ofertas crescem a cada dia. “Sou loiro grisalho, tenho olhos azuis, 1,80 metros de altura, peso de 80 quilos e o tipo sanguíneo é O negativo. Posuo ascendência portuguesa, inglesa, alemã e indígena”.²¹⁹ Esse anúncio é de João Carlos Holland, de 61 anos de idade, e que

²¹⁸ DINI, Aline – *op. cit.*

²¹⁹ LEMOS, Vinícius – Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras. **BBC News Brasil**. [Em linha]. Brasil: [29 Nov. 2017]. [Consult. 10. Jun. 2019]; Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>.

comumente vem oferecendo a doação de sêmen na internet. Iniciando a prática no ano de 2015, alega que já ajudou 24 mulheres a conseguir realizar o sonho de ser mãe.

João Carlos traz um relato de como realiza o procedimento, sendo que o púnico contato que possui com as mulheres que irão receber o seu sêmen, é no dia da doação, não havendo qualquer tipo de contato sexual. Que as doações de espermatozoide são realizadas na própria de casa de Holland, na cidade de São Paulo. As mulheres ficam em um quarto reservado para que ela possa se auto inseminar. Enquanto isso, Holland e sua esposa ficam em outro quarto, ao lado de onde a mulher espera o material, mantendo relações sexuais, e no momento da ejaculação, o mesmo recolhe o material em um pote de coleta, e entrega para ela possa fazer a inseminação através de uma seringa descartável. A que deve estar em período fértil, levanta as pernas em posição ginecológica por aproximadamente 30 minutos, e cerca de duas semanas depois, faz o primeiro teste de gravidez.

João Carlos Holland é casado, e sua esposa é a maior incentivadora das doações. Diz que possui 15 filhos com quatro mulheres aos quais já doou sêmen, e que sustenta 13 deles. Não há cobrança de valores pela doação, apenas uma taxa de R\$ 100,00 (cem reais), por dia, para custear as despesas com o recebimento da pessoa interessa em receber o material de Holland, em sua casa.

Não avalio questões financeiras, pois muitas delas têm baixo poder aquisitivo. Sei que elas querem muito se tornar mães, então, fico tranquilo, pois tenho certeza de que vão amar muito seus filhos. Tenho pena dos bebês que nascem por acaso, sem que as mães queiram, porque sei que são crianças que, mesmo com dinheiro, vão sofrer por falta de amor.²²⁰

Relata, ainda, que em algumas ocasiões, a mãe deseja confeccionar um documento, um tipo de contrato, onde firmam os direitos que ele terá sobre a criança. Na maioria dos casos, há o pedido de que ele, doador, abra mão do bebê, concedendo direitos plenos à mulher. Mas, referido contrato poderá ser questionado em juízo por uma das partes, no tocante aos direitos alimentícios e a estipulação de visitas. “Fico muito feliz em ajudar as mulheres a realizarem o sonho da maternidade. Acredito que estou exercendo a empatia e praticando a imortalidade, porque, quando eu morrer, meus genes vão ficar em todos os filhos”²²¹, explica Holland.

²²⁰ LEMOS, Vinícius – op. cit.

²²¹ *Ibid.*

Ingrid, de 27 anos, analista de sistemas, homossexual, em relato como conheceu Hollan, e como ocorreram os procedimentos, relata que:

Descobri esse método depois que pesquisei no Facebook. Conheci o João (Holland) e combinei uma data com a esposa dele. Eu sempre quis um doador conhecido. Não queria que fosse algo anônimo. Biologicamente falando, ele é pai do meu filho e eu acho importante saber a identidade. O meu maior medo, durante essas tentativas, era contrair uma doença. Mas como eu já havia visto os exames do João e vi também os do outro doador, fiquei um pouco mais tranquila.²²²

O filho de Ingrid possuía, na época da entrevista 10 meses. Hoje, por volta de 3 anos, e foi registrado no nome dela e também no de Holland, que a ele costuma ver a criança pelo menos uma vez ao mês. “Ele vai crescer sabendo que tem pai. Quando meu filho tiver idade para entender, explicarei que ele foi gerado por meio de um método de inseminação caseira. Quero que ele saiba que foi um sonho realizado, no qual o pai dele e a esposa me ajudaram muito”²²³, explica.

Muitos outros relatos poderiam ser contados, e que demonstram como essa prática está sendo disseminada, de maneira muito veloz nas redes sociais. Mas, trazendo esta temática para o objetivo de nossa pesquisa, como a prole gerada através da inseminações domésticas irão reagir ao descobrirem que foram produto deste tipo de concepção, e que seu pai biológico, foi um doador desconhecido?

Será que o acesso à suas origens seria aceita pelos Tribunais, mesmo havendo uma documentação expressa no sentido de eximir o doador do contato com a criança, das obrigações legais da paternidade?

Acreditamos que sim, em decorrência dos princípios e garantias constitucionais que já foram abordadas nesta pesquisa, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental que preserva o desenvolvimento da personalidade humana em todos os seus aspectos. E, conhecer as suas origens, é a mais pura manifestação desse direito.

Defendemos, por óbvio, que se a descoberta se der na infância, ou quando o adolescente ainda é menor de idade, que haja um acompanhamento psicossocial, para amenizar os efeitos de uma descoberta baseada no infortúnio. Mas, se maior de idade, não vemos razões para a negativa de acesso, o que, mais uma vez, não gerará a paternidade automática para o doador.

²²² LEMOS, Vinícius – op. cit.

²²³ *Ibid.*

4.5.4. A inseminação artificial post mortem

Com os avanços da biomedicina, já é possível realizar uma inseminação artificial após a morte de uma pessoa. Esta afirmação, muito embora seja uma realidade, ainda não está bem resolvida no Direito, e possui implicações muito sérias no que diz respeito ao conhecimento da identidade genética por parte de uma pessoa que foi fecundada sob essas condições.

A morte de uma pessoa, no Direito Português, seguindo a linha da ciência moderna, ocorre com a morte cerebral. Conforme muito bem explica BARBAS, “O Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida exarou o Parecer 10/CNECV?95 sobre a definição do momento da morte do homem, consagrando o critério seguido, hoje em geral, que é o da morte do tronco cerebral ou morte cerebral”.²²⁴

Mas, imaginemos que antes de morrer, uma pessoa deseje congelar o seu material genético através dos processos modernos de criogenia, conservando seus espermatozoides ou os óvulos para que seja utilizado pelo esposo/esposa, companheiro/companheira, em momento posterior à morte, e que estes venham a fazer uso do material genético para gerar uma criança. Como o Direito atenderia esta demanda?

Não só a mulher poderia fazer uso do espermatozoide criogenado para se fertilizar ou gerar uma FIV, com posterior implante do embrião em seu útero; mas também, um homem viúvo, cuja esposa ou companheira, prevendo uma situação de morte repentina ou por quaisquer outras condições adversas, tenha congelado seus óvulos, este viúvo, poderia fazer o uso daquele material genético congelado e implantar em uma outra mulher? A criança gerada seria considerada filho(a) de quem gerou ou de quem era proprietária do material genético?

Não há que se questionar sobre o tempo de preservação desses materiais. Revela BARBAS que:

Os embriões (tal como o esperma ou os óvulos), podem permanecer em estado de vida latente durante dias, semanas ou anos desde que estejam conservados a uma temperatura de -196°. Depois de descongelados e aquecidos podem utilizar-se normalmente. O velho sonho do homem – a conservação pelo frio - embora impraticável no ser já nascido, é perfeitamente realizável no embrião. Poderemos chegar a situações que contrariam toda a lógica e a princípios das leis naturais, como seria a hipótese de se criogenizar os embriões por mais de um século e só depois fazer a sua implantação.²²⁵

²²⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit.* p. 129.

²²⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano. Teses.** Coimbra: Almedina, 2016. p. 539-540.

São situações que, muito embora possam parecer fantasiosas em um primeiro instante, com as novas descobertas do campo da genética, passam a ser cada dia mais possíveis.

O fato é que, todas essas questões acabam por ultrapassar o limite dos laços biológicos, e como lembra muito bem BARBAS, “há desde logo, um ser potencial condenado à orfandade. Uma criança que já é órfã antes de ser concebida”.²²⁶ E, conclui essa linha de pensamento, aduzindo que: “O embrião formado posteriormente não beneficia da presunção de paternidade, assim como não pode ser herdeiro por não estar concebido à data da abertura da sucessão”.²²⁷

A criação de uma criança em uma família estruturada, e formada por um pai e uma mãe, é um corolário da Constituição de Portugal, em especial quando analisamos o disposto nos artigos 67.º a 69.º, que ao tratar da família, da paternidade e maternidade e da infância, acabam por priorizar esses conceitos. Sem deixar de lado, por óbvio, as novas formações familiares - que já tivemos a oportunidade de tecer algumas considerações, dentre elas as famílias monoparentais, formadas por apenas um genitor ou genitora e sua prole – ter um pai e uma mãe é um direito fundamental.

Nesse sentido, a formação de uma família monoparental póstuma, por expressa falta de regulamentação, não seria permitida, de início. É mais do que óbvio, que se uma pessoa for gerada após a morte de uma pessoa, fazendo uso do material genético do falecido, essa questão deverá ser enfrentada pelos Tribunais, e mesmo se tratando de uma família monoparental, os Tribunais, levando em conta diversos princípios, como o da busca da felicidade, da dignidade da pessoa humana e do primado dos direitos fundamentais, tenderão a reconhecer a paternidade.

BARBAS chama a atenção para três posições:

- a) Admissão da inseminação “post mortem” com a restrição de as crianças nascidas na decorrência desse processo ficarem privadas de todos os direitos sucessórios;
- b) Admissão da inseminação “post mortem” sob a condição de a criança nascida com recursos a este procedimento ter direitos sucessórios em relação a todos os bens não partilhados no momento em que nasceu como se tivesse sido gerada durante a vida do marido ou do companheiro da mãe;
- c) proibição total da inseminação “post mortem”.²²⁸

²²⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 129.

²²⁷ *Ibid.* p. 130.

²²⁸ *Ibidem.*

A resposta a essas indagações estão presentes nos ordenamentos jurídicos dos diversos países. A Espanha, através da Lei 35/1988, de 22 de novembro, por exemplo, permite que o marido, através de escritura pública ou de testamento, disponha do seu material genético para o uso, após sua morte, nos seis primeiros meses, e a prole, se vindoura, garantirá todos os direitos decorrentes da geração de um filho durante o matrimônio. Portugal, ao contrário, como menciona BARBAS²²⁹, através do Projecto Português sobre a utilização de Técnicas de Procriação Assistida, proibiu esta técnica, mesmo havendo consentimento do marido. Este último pensamento também é seguido na Alemanha, onde a Lei 745/1990 pune “com pena de prisão até três anos ou multa todo aquele que fecunde conscientemente um óvulo, como sêmen de um homem, após a morte deste”.²³⁰

No Direito Português, a questão é blindada se analisarmos o conteúdo no número 1, do art.º 1.826, do Código Civil, de onde a presunção de paternidade decorrente do casamento não é estendida para os casos de procriação “post mortem”, pois a criança não teria sido concebida durante o matrimônio, mas sim, após a morte. E como sabemos, a morte é uma das causas da dissolução do casamento.

Muitas questões são decorrentes da inseminação “post mortem”, e como já dissemos, a justificativa para a não aceitação, em Portugal, da utilização desta técnica, se deve, de início, à proteção da biparentalidade, prevista na Constituição.

Mas, é preciso lembrar que os tempos são outros, e que muitos outros princípios e valores já consagrados na Constituição da República Portuguesa, podem acabar balizando uma outra tomada de decisão em casos como esse. É que, a Bioconstituição, baseada em valores retirados nas evoluções das ciências médicas, em especial no campo da genética, bem como da Bioética e do Biodireito, trazem um arcabouço de princípios, de onde a biparentalidade, de pai e mãe, acaba se esvaindo, dando lugar a novos conceitos e determinações.

Assim é que, se uma pessoa, acometida de uma doença, ou por que não, por livre liberalidade, decidir fazer uso das técnicas de conservação póstuma de seu material genético, com técnicas como a criogenia, e se manifestação for livre e consciente, bem como com a concordância do outro parceiro(a), o Direito deve socorrer esta intenção e dar uma solução viável diante dos valores consagrados na Constituição.

E existem mecanismos para proceder à essa tomada de decisão. Já foram mencionados aqui a escritura pública feita em um Tabelionato, que goza de total fé pública, é um instrumento

²²⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 129.

²³⁰ *Ibid.* p. 132.

hábil e capaz de garantir a vontade de uma pessoa. E, o testamento, por ser um dos atos mais solenes do Direito, também goza dessa presunção.

Mas o foco principal deste tópico, qual seja, a criança gerada através desta técnica de reprodução humana, ao tomar conhecimento deste evento seja na menoridade ou na fase adulta, terá o direito de conhecer a sua identidade genética, e o Estado deve garantir este acesso irrestrito, pois faz parte de sua história de vida, e por isso, deve ser protegida. Questões como o reconhecimento da paternidade ou da maternidade, como vimos, demandará uma evolução legislativa, tendente a acompanhar este novo processo de transformação da Constituição, uma Bioconstituição que prioriza a dignidade da pessoa humana em todas as suas facetas. Até lá, se uma inseminação “post mortem” vier a ocorrer e uma demanda chegar ao Poder Judiciário, os Tribunais terão de analisar essa questão à luz dos valores aqui já aduzidos

Porém, de se salientar que o Direito Português está preparado para receber esta e outras questões que envolvem o campo da genética, pois vem acompanhando, e incorporando, os diversos Tratados e Acordos Internacionais sobre a questão, o que é um grande passo para as futuras modificações legislativas que se fizerem necessárias.

4.5.5. A maternidade ou a gestação de substituição

A maternidade ou gestação de substituição, pode ser entendida como o contrato, segundo o qual uma mulher se predispõe, por livre e espontânea vontade, a se submeter a uma gravidez por contra de outrem, renunciando aos poderes inerentes da maternidade logo após o nascimento da criança com vida.

Trata-se de uma técnica de PMA que não existia no ordenamento jurídico português antes do advento da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. Somente é admitida em casos excepcionais, onde se manifestam questões clínicas e de saúde.

Dos países que ora admitem sem restrições, ou dos que negam a possibilidade dessa tratativa, Portugal está na posição intermediária, pois, como acabamos de aludir, devem haver motivos que justifiquem a necessidade da técnica.

Já tivemos a oportunidade de fazer alusão aos motivos que levam uma pessoa a procurar as técnicas de PMA mais comuns nos dias atuais. E, dentre as principais causas estão o aumento exponencial da infertilidade, o que faz com que a gestação de substituição seja uma alternativa a mais para que os casais consigam dar cabo do projeto de constituir uma família, e da parte da mulher que gestará a criança, de exercer o seu lado altruístico, de solidariedade.

BARBAS, faz alusão à expressão “mãe portadora”, entendendo-se como a “mulher que se obriga por contrato a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança depois do parto”.²³¹ Revela mais, a autora, que no caso de mães portadoras o homem, que geralmente doa o material genético para a fecundação, sempre terá uma ligação com a criança, ao contrário da adoção, onde o homem e a mulher não possuem nenhuma ligação genética com a criança. No caso de mães portadoras, portanto, existe uma assimetria de condições, que podem ocasionar inúmeros problemas.²³²

A mesma autora, faz uma cirúrgica distinção entre as mães portadoras e as mães substitutivas:

A primeira é aquela que recebe o óvulo já fecundado. Podem ser configurados diversos casos, mas o mais frequente é o da mãe portadora que aceita albergar no seu útero o embrião formado pelos gametas de um casal cuja mulher não pode, sob risco de aborto, outro perigo ou razão, assumir ela própria a gestação. A mãe substitutiva ou de substituição é a que é inseminada com espermatozóide puro, sendo ela, portanto, a fornecer o elemento fertilizante necessário à concepção.²³³

A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, não faz essa distinção, tratando ambos os casos mencionados acima como gestação de substituição.

Como uma das principais críticas que esta técnica enfrenta, diz respeito à coisificação ou a mercantilização do ser humano, na medida em que o ser humano passa a ser objeto de um negócio jurídico, e a mulher gestante seria uma mera incubadora ao serviço de algumas pessoas, mediante a utilização de um contrato que relativiza direitos até então considerados indisponíveis e inalienáveis.

E é nesse sentido, que BARBAS aponta, dentre vários questionamentos, os principais problemas que a gestação de substituição pode causar, dentre eles:

Será que a mãe que aceita “albergar” no seu útero (mães de aluguer, portadoras, hospedeiras ou de substituição) um ser que depois entregará a outrem, na maior parte dos casos, uma contrapartida financeira, zelará por essa criança nas mesmas circunstâncias que o faria se esse bebé permanecesse consigo após o nascimento (ex: consumo de tabaco, álcool, drogas etc)? E se nenhum dos contraentes depois do nascimento quiser a criança? E se a mãe de aluguer falecer durante o parto: quem é o

²³¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit.* p. 144.

²³² *Ibid.* p. 145.

²³³ *Ibidem.*

responsável pela sua morte? A mãe hospedeira pode recusar-se a entregar o bebé? A mãe que “encomenda o filho” (sem ter dado qualquer contribuição biológica ou genética para o seu nascimento) pode rejeitá-lo caso este tenha alguma deficiência como se se tratasse de um produto industrial?²³⁴

Todas essas questões, afligem o instituto da gestação ou maternidade de substituição. Porém, novamente, voltando ao ponto específico de nossa pesquisa, o questionamento que vem à baila, é justamente o de saber se a criança gerada através desta técnica de PMA, tem o direito a conhecer a sua origem biológica e genética, ou seja, poderá vir a saber quem foi que o gestou? Que foi objeto de um contrato de gestação? E quanto à mulher que gestou aquela criança, mesmo tendo prévio conhecimento de que seria objeto de um contrato e que a renúncia aos direitos de maternidade estão expressos contratualmente, se ela desejar conhecer a criança que gestou, poderia ter este acesso?

Trata-se, como se vê, de questões tormentosas para o Direito em geral. Tanto é que, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, teve alguns dispositivos alvo de ação de inconstitucionalidade no Tribunal Constitucional. No Acórdão n.º 225/2018, o TC analisou o disposto no art. 8.º, n.ºs 1 a 12, da Lei n.º 25/2016, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1.º e 67.º, n. 2, alínea *e*, da Constituição), do dever do Estado de proteção da infância (art. 69.º, n.º1, da CRP), do princípio da igualdade (art. 13.º, da CRP) e do princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da Constituição).

Quanto à coisificação da pessoa humana, o Acórdão do Tribunal Constitucional supra citado, traz a seguinte mensagem:

No contexto da presente lei, pois, é meridianamente evidente que, em nome de um direito a constituir família e de um direito à intimidade da vida privada e familiar, não só assistimos à coisificação da mãe de substituição mas, também, constatamos que a criança que vier a nascer é tratada como um produto, ou seja, um produto final que pode acabar por ser rejeitado por todos ou, pelo contrário, querido por todos. Em qualquer dos casos, é algo que contraria frontalmente a tutela jurídico-constitucional consagrada do valor da dignidade da pessoa humana.²³⁵

Negar a possibilidade do fruto desta concepção, de ter acesso à sua historicidade, é uma violação direta ao dever de proteção da infância, previsto no artigo 69, n.º 1, da CRP: “As

²³⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit.* p. 153-154.

²³⁵ ACÓRDÃO N.º 225/2018. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, 1ª Série – N.º 87 – 7 de Maio de 2018. p. 1892.

crianças tem direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”.

A proteção da infância e a salvaguarda do seu melhor interesse, podem ser considerados como valores supremos, tanto no ordenamento jurídico português como nos demais países da União Europeia, como a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Além do que, já existem estudos, como os apontados no relatório CNECV de 2016, onde a ciência já demonstrou que a quebra do vínculo entre o recém nascido e a gestante logo após o nascimento, podem causar danos psicológicos e emocionais na formação do bebê. E assim, o superior interesse da criança, exigiria esse contato durante algum tempo.

Na parte da pessoa que gestou a criança, a ruptura abrupta do relacionamento, do contato com a criança gerada, também lhe traz consequências, afinal, essa mulher teve contato com o bebê durante os nove meses de gestação, tempo mais do que suficiente para que tenham um laço íntimo de afeto e afinidade.

Mas, em contrapartida, existe um contrato onde, está expressa a disposição da maternidade in prole de outras pessoas e, muitas vezes, da obrigação de se recusar a entrar em contato futuramente com a criança gerada. Neste ponto, BARBAS é muito precisa ao mencionar algumas regras contidas no Código Civil Português, que poderiam ajudar a elucidar muitas das situações aqui levantadas:

O artigo 1882.º, do Código Civil português é claro ao estipular que: “os pais não podem renunciar ao poder paternal nem a qualquer dos direitos que a lei lhes confere, sem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adopção”. Por outro lado, a confiança com vista a futura adopção tem que ser decidida judicialmente segundo o preceituado no artigo 1978.º deste Diploma. Além disso, mesmo que se considerasse que o contrato era válido e que a mãe portadora teria de entregar a criança, ela deverá ter o direito de se arrepender. E, no fundo, a aplicação do preceituado no artigo 81.º do Código Civil segundo o qual quando uma pessoa pode, licitamente, dispor de direitos de personalidade tem poder para revogar esse acto. A proibição de celebrar tais contratos poder-se-á, ainda fundamentar na aplicação por analogia do número 3 do artigo 1982.º do Código Civil. Segundo o preceituado nesta norma, a mãe só pode prestar validamente o seu consentimento para a adopção plena, seis semanas após o nascimento da criança.²³⁶

²³⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit.* p. 155-156.

Esta regra, portanto, contida na adoção, poderia muito bem ser aplicada para os casos de gestação de substituição, pois após o lapso de seis semanas, a mulher que gestou, já teria condições psicológicas de saber qual a sua real vontade, ou seja, de ficar com a criança ou entregá-la, cumprindo o contrato.

Do ponto de vista das pessoas que acabam contratando as mães portadoras para gestarem seus filhos, existe também a preocupação psicológica, e dos impactos que essa tratativa médica pode causar, afinal, se procuraram por esse método de reprodução, é porque alguma dificuldade para poderem gerar uma criança por conta própria tiveram.

Acreditamos na possibilidade de uma composição de interesses neste sentido, e para tanto, o conhecimento da identidade, tanto biológica, como genética, podem auxiliar no deslinde dessas situações. Sim, pois a partir da medida em que se permita, desde o início do contrato, tanto a aproximação da mulher que gestou a criança, como da própria criança, uma com a outra, todos esses empecilhos passam a ser suplantados, sem que, os interessados que contrataram a gestação de substituição percam a paternidade ou a maternidade.

O Tribunal Constitucional, quando do julgamento do Acórdão n.º 101/2009, acabou por estabelecer novos parâmetros para o disposto no artigo. 15.º, da Lei de PMA, que trata da confidencialidade do conhecimento das origens genéticas do doador de espermatozoides nas inseminações artificiais heterólogas, permitindo o conhecimento das origens em algumas situações. E essa regra, se aplica também à gestação de substituição. Tanto que, a conclusão do Acórdão n.º 225/2018, do mesmo Tribunal vai nesse sentido.²³⁷

Mais uma vez, portanto, o Tribunal Constitucional vem a reconhecer o direito ao conhecimento das origens da pessoa, seja biológico ou genética, como uma manifestação do direito da personalidade, que como tal, é uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa

²³⁷ Da referida decisão extrai-se que: “No contexto da presente lei, pois, é meridianamente evidente que, em nome a um direito a constituir família e de um direito à intimidade da vida privada e familiar, não só assistimos a coisificação a mãe de substituição mas, também, constatamos que a criança que vier a nascer é tratada como um produto, ou seja, um produto final que pode acabar por ser rejeitado por todos ou, pelo contrário, querido por todos. Em qualquer dos casos, é algo que contraria frontalmente a tutela jurídico-constitucional consagrada do valor da dignidade da pessoa humana”. In: ACÓRDÃO N.º 225/2018. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, 1ª Série – N.º 87 – 7 de Maio de 2018. p. 1892. E arrematam, dizendo: “Nestes termos, é de concluir, à luz das concessões correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, que a opção seguida pelo legislador no art. 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição – mas, no caso destas, como regra absoluta -, merece censura constitucional. Efetivamente, mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no art. 26.º, n.º 1, da CRP. Combinando as exigências emanadas do núcleo essencial destes direitos com o padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade, consagrado no art. 18.º, n.º 2, da Constituição, e repetidamente mobilizado e explicado por este Tribunal, afigura-se desnecessária tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico eu consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas – e só – quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente”. ACÓRDÃO N.º 225/2018. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, 1ª Série – N.º 87 – 7 de Maio de 2018. p. 1944.

humana. Lógico que, a manutenção do anonimato e o respeito aos contratos, deve prevalecer, pois são regras dispostas no ordenamento jurídico. Mas como se viu, não são absolutas, e as circunstâncias e particularidades do caso, poderão permitir com que tanto a criança gerada como a mãe portadora, tenham acesso à identidade, ao contato.

5. DIREITO À HISTORICIDADE²³⁸

5.1. A relação existente entre a dignidade da pessoa humana e o direito ao conhecimento da identidade genética na Bioconstituição

As bases da dignidade humana, podem ser atribuídas ao Cristianismo, de onde se extrai que todos os homens precediam de Deus, e como centro de toda a criação divina, tudo que fosse feito e criado, serviria para o seu uso e gozo. Evoluindo, passando pelo pensamento de Kant, o qual já tivemos a oportunidade de analisar no item 2.1.1, o ser humano passa ser tratado como um fim em si mesmo, e jamais como um mecanismo para se chegar a outro fim externo à sua pessoa.

De todo esse contexto, extraímos a vedação da mercantilização do ser humano, que não poderá ser tido como um objeto, reduzindo a sua condição. Assim, o homem, por ter autoconsciência e determinação, é plenamente apto a alcançar os fins próprios.

A CRP traz, logo no artigo 1.º, o princípio da dignidade humana, como a estrutura de todos os direitos fundamentais, e como base do Estado Democrático de Direito. E, ao longo dos anos, muitos documentos internacionais passaram a dar guarida a proteção dos direitos humanos, do qual a dignidade é um de seus atributos. Podem ser apontados, dentre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre a Ética e a Genética, do ano de 1996; a Convenção de Oviedo, de 1997, que teve como escopo principal a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano em face das aplicações da Biologia e da Medicina; e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano, também do ano de 1997. Em todos esses diplomas, há a preocupação de que o princípio da

²³⁸ No presente e derradeiro capítulo, iremos analisar as bases do direito que permitirão que as pessoas concebidas através das técnicas de procriação medicamente assistidas, com material genético de outras pessoas, possam ter acesso à sua historicidade, tanto ancestral, biológico ou genética. O acesso a essas informações, estão garantidas - mesmo que de forma indireta - através do ordenamento jurídico português, que priorizou pela incorporação no Direito, os grandes avanços e conquistas legislativas ao longo do tempo. Não podemos esquecer, que todo interesse que diga respeito ao desenvolvimento da personalidade humana deve ser garantido de maneira ampla, mas, em contrapartida, deverá haver uma ponderação de interesses para que não hajam injustiças.

dignidade da pessoa humana seja respeitado frente aos avanços da medicina, em especial quando estão em jogo, as pesquisas genéticas.

Até mesmo a lei de PMA – que incorporou em seu texto a maior parte do conteúdo legal dos textos internacionais – traz em seu art. 3.º, o dever de respeito ao princípio da dignidade humana, tudo a indicar, que referido princípio é anterior ao Direito, pois a mesma dignidade, como princípio ínsito a cada ser humano, não pode ser questionado, ou mesmo afrontado, diante da ausência de norma legal em um ordenamento jurídico. E, como bem lembra MORAES, “não se poderá, com efeito, negar a tutela a quem requeira garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não haja previsão específica, pois aquele interesse tem relevância ao nível do ordenamento constitucional, e portanto, tutela também em via judicial”.²³⁹

Trazendo a relação da dignidade da pessoa humana com o Biodireito, PAIVA escreve que:

Tendo em vista que a dignidade da pessoa trata-se de um princípio fundamental que deve nortear todo ordenamento jurídico, bem como todas as relações sociais, inclusive no campo do Biodireito, este também deve ser tratado como um preceito base para fundamentar o direito ao conhecimento da origem genética, direito este que também deve ser garantido aos concebidos através das técnicas de biotecnologia, uma vez protegendo a dignidade do ser humano, necessariamente estaremos resguardando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, permitindo a esses novos indivíduos o direito de formar com liberdade o seu próprio caráter, sem interferências das demais pessoas e da sociedade, através do conhecimento das suas raízes ancestrais, além de estarmos protegendo a manutenção da própria vida dessas pessoas que foram concebidas através das mencionadas técnicas reprodutivas com o material genético de outra pessoa que foge ao seu conhecimento.²⁴⁰

Importante salientar, que a identidade individual das pessoas sempre foi um atributo muito desejado dentre as sociedades, e está ligada à construção da personalidade de cada um, onde, para LÚCIO, tomando a ligação existente entre a identidade e a genética, “estabelece-se uma relação de íntima aplicação que não permite considerar as eventuais alterações ocorridas

²³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin – **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos Direitos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 127.

²⁴⁰ PAIVA, Alcymar Rosa – **O direito ao conhecimento das origens genéticas nos casos de reprodução medicamente assistida heteróloga**. Dissertação apresentada à faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), com menção em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor André Gonçalo Dias pereira. [Em linha]. Coimbra [2016]. [Consult. 12 Jul. 2019]; Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/44812/1/alcymar%20Paiva.pdf>. p. 52-53.

no domínio da identidade genética sem tomar em conta o seu reflexo no campo da identidade pessoal”.²⁴¹

Conhecer a sua identidade, segundo Jubert Olga Krell, citada por FERRAZ, “compreende tudo aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo singular, seja a sua história genética (dados biologicamente genéticos), seja sua história pessoal (dados sociais, identidade civil de ascendentes e descendentes)”.²⁴²

A respeito do que se entende por identidade pessoal, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS alegam que:

A identidade pessoal é aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto entidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. Num sentido muito amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projectada em determinadas opções de vida: o direito à identidade pessoal postula um princípio de verdade pessoal. Ninguém deve ser obrigado a viver em discordância com aquilo que é.²⁴³

A CRP faz menção, no art. 26.º, n.º 3, o direito à identidade genética e biológica, o seguinte sentido: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experiência científica”. Está, portanto, mais do que claro que, a dignidade da pessoa humana (como princípio ou valor supremo) está diretamente ligado à identidade individual do ser humano, que tem como um de seus corolários, a identidade genética.

Este pensamento, é defendido por OTERO, segundo o qual:

É indispensável refletir sobre uma divisão dimensional na identidade pessoal, a qual, compreende duas dimensões: a identidade pessoal numa dimensão absoluta ou individual e a identidade pessoal numa dimensão relativa ou relacional. A identidade pessoal numa dimensão absoluta ou individual corresponde à originalidade da pessoa humana na sua forma singular própria e individualizada de ser. Cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do carácter único, indivisível e irrepitível de cada ser humano. Na identidade pessoal relativa ou relacional, cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função da memória familiar recebida pelos seus

²⁴¹ LÚCIO, Álvaro Laborinho – **A genética e a pessoa: O direito à identidade**. Revista do Ministério Público, ano 22, n.º 88 (out/dez 2001). p. 19.

²⁴² FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia – **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 132.

²⁴³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *op. cit.* p. 609.

antepassados, com especial destaque para os respectivos progenitores, configurando-se num direito à historicidade pessoal”.²⁴⁴

O direito à historicidade pessoal, abrange muitas vertentes, indo além das principais manifestações do direito da personalidade, como o direito ao nome, o direito de acesso aos dados de identificação civil e direito a conhecer os seus progenitores. Na visão de OTERO, abrange:

O direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado, ou melhor, o direito a conhecer o patrimônio genético; o próprio direito à historicidade pessoal e o direito de cada ser humano. Conhecer a identidade dos seus progenitores; e por fim, e não menos importante, a proibição de privação deliberada de família.²⁴⁵

Referindo-se ao direito à historicidade, o Tribunal Constitucional se manifestou no seguinte sentido:

No âmbito normativo do direito à identidade pessoal reconhecido pela Constituição, além do direito natural à diferença de cada ser humano, decorrente do caráter único, indivisível e irrepetível de cada pessoa humana concreta, que tem expressão mais relevante no direito ao nome, inclui-se o direito à “historicidade pessoal”, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que lhe deram origem. Nesta dimensão relacional, em que a pessoa humana também se define em função de uma “memória” familiar conferida pelos antepassados, extrai-se o direito ao conhecimento da progenitura, de que resulta, além do mais, o direito à investigação da paternidade ou da maternidade (Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.^a ed. pág. 462). Realmente, a atribuição do direito à identidade pessoal pressupõe e visa em primeira linha satisfazer os interesses próprios da pessoa que pretende conhecer a identidade dos seus progenitores e constituir o respetivo vínculo de filiação correspondente à verdade biológica.²⁴⁶

E logo em seguida, conclama:

Ao direito à identidade pessoal pode associar-se o direito a constituir família, ou com ele também conflitar o direito à proteção da família constituída. O primeiro, consagrado no artigo 36.º, n.º 1 da Constituição, abrange, ao lado da família conjugal,

²⁴⁴ OTERO, Paulo – *op. cit.* p. 64.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 72-75.

²⁴⁶ ACÓRDÃO N.º 401/2011. Tribunal Constitucional. **Diário da República**. N.º 173/2016, Série II de 2016-09-08

a família natural, resultante do facto biológico da geração, o qual compreende o direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade. O direito a constituir família reclama assim a disponibilização de meios jurídicos que permitam estabelecer o vínculo de filiação – ação de investigação de paternidade –, e recusa a existência de impedimentos desrazoáveis que impossibilitem ao filho biológico aceder ao estatuto jurídico correspondente.²⁴⁷

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o direito à identidade abrange a historicidade pessoal, que se traduz no direito ao conhecimento da identidade dos progenitores. Nas suas palavras:

O direito a historicidade pessoal, enquanto direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, que poderá fundamentar, por exemplo, um direito à investigação da paternidade ou da maternidade, por forma que todos os indivíduos tenham a possibilidade de estabelecer o seu próprio vínculo de filiação.²⁴⁸

BARBAS nos ensina que:

O ser humano tem direito à identidade genómica. Não pode haver dois tipos de pessoas: as que podem conhecer e as que não podem conhecer suas raízes genômicas. A afirmação de que a paternidade genética não tem valor porque superada pela social é susceptível de críticas. Uma coisa é o reconhecimento a relevância a paternidade social, outra é sacrificar, postergar, em função da ênfase na paternidade social, o direito à identidade, mesmo que não tenha qualquer feito patrimonial.²⁴⁹

Prossegue a mesma autora, fazendo referência às consequências que a falta do conhecimento as origens pode trazer às pessoas, especialmente às crianças, que:

A crise de identidade determinada pela ignorância e, de modo particular, pela obstrução do conhecimento de suas origens genômicas é mais um fundamento para justificar esse direito. A criança deve ter conhecimento, o mais cedo possível, que é adoptada para evitar que um dia venha a saber bruscamente, por acaso, por descuido ou por terceiros, a verdade. Trata-se de uma realidade que lhe deve ser transmitida progressivamente e clarificada à medida do seu crescimento.²⁵⁰

²⁴⁷ ACÓRDÃO N.º 401/2011. Tribunal Constitucional. Diário da República. N.º 173/2016, Série II de 2016-09-08

²⁴⁸ CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa Anotada. 4. Ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 463.

²⁴⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Direito do Genoma Humano. Teses. Coimbra: Almedina, 2016. p. 519.

²⁵⁰ *Ibid.* p. 520.

O mesmo fundamento que a Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas utiliza para fundamentar o acesso das informações das origens genéticas para as crianças que foram objeto de adoção, podem ser utilizadas para qualquer forma de concepção que se utiliza das técnicas de PMA.

O Tribunal Constitucional, a respeito do direito ao acesso à identidade genética, também teve a oportunidade de decidir que:

A identidade pessoal consiste no conjunto de atributos e características que permitem individualizar cada pessoa na sociedade e que fazem com que cada indivíduo seja ele mesmo e não outro, diferente dos demais, isto é, “uma unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal”. Este direito fundamental pode ser visto numa perspectiva estática – onde avultam a identificação genética, a identificação física, o nome e a imagem – e numa perspectiva dinâmica – onde interessa cuidar da verdade biográfica e da relação do indivíduo com a sociedade ao longo do tempo. A ascendência assume especial importância no itinerário biográfico, uma vez que ela revela a identidade daqueles que contribuíram biologicamente para a formação do novo ser. O conhecimento dos progenitores é um dado importante no processo de auto-definição individual, pois essa informação permite ao indivíduo encontrar pontos de referência seguros de natureza genética, somática, afectiva ou fisiológica, revelando-lhe as origens do seu ser. É um dado importantíssimo na sua historicidade pessoal. Como expressivamente salienta Guilherme de Oliveira, «*saber quem sou exige saber de onde venho*» (em “Caducidade das acções de investigação”, ob. cit., pág. 51), podendo, por isso dizer-se que essa informação é um factor conformador da identidade própria, nuclearmente constitutivo da personalidade singular de cada indivíduo.²⁵¹

E quanto aos benefícios que o conhecimento da historicidade pessoal traz ao indivíduo, BARBAS, lembra que:

O conhecimento das raízes genômicas permite realizar determinadas necessidades da criança: necessidades físicas, por um lado, uma vez que sabendo quem é o progenitor pode aceder à informação médica que precisa; necessidades psicológicas, por outro lado, na medida em que o desejo de saber as origens é um elemento fundamental do desenvolvimento psicossocial. O conhecimento das características genômicas do dador é fundamental para diagnosticar eventuais doenças genéticas e outras anomalias

²⁵¹ ACÓRDÃO N.º 401/2011. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, n.º 211/2011, Série II de 2011-11-03.

graves. Caso contrário, não é possível definir, em situações concretas, o meio de transmissão hereditária de certas enfermidades para os descendentes.²⁵²

O ordenamento jurídico Português, como já analisado, em especial no que tange à CRP, acabou trazendo em seu texto os avanços conquistados pela humanidade ao longo dos anos, incorporando muitos dos preceitos trazidos pelos textos internacionais. Podemos falar, então, em uma “Bioconstituição”, no sentido de que a Carta Constitucional passa a ser regida de forma mais dinâmica, e não estática, valorizando os ideais da dignidade da pessoa humana, como direito fundamental que é, aliado aos avanços da medicina, em especial no que diz respeito às pesquisas genéticas.

Falar em Bioconstituição, segundo BARACHO, é entender a Constituição:

Como conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual ou futuro, tendo em vista também as suas relações com a Biomedicina.²⁵³

Sobre a aplicação dessa corrente frente ao conhecimento das origens genéticas, o mesmo autor reflete que:

Indaga-se a compreensão da determinação decorrente da medida em que surge a proteção genética humana. Esta interpretação está condicionada por uma ideia de natureza, onde ora prevalece o aspecto biológico e as possibilidades da ciência no tratamento do corpo e sua estrutura genética, com bases no paradigma reformador. As possibilidades e limites da genética são examinadas por diferentes paradigmas. Alguns deles tratam dos limites de intangibilidade do patrimônio genético individual. O paradigma reformador não pode ser apreciado, sem examinar as questões do risco, em uma sociedade técnica. No mesmo sentido convém promover o relacionamento entre direito e ética. A identidade genética está relacionada com os aspectos de sua inviolabilidade e os modos de intervenção: a) intervenção terapêutica em células somáticas; b) intervenção terapêutica em células germinais; c) intervenção visando o melhoramento (enhancement); d) intervenções com escopos eugénicos. Várias são as consequências dessas formas de intervenção, que visam a terapia genética somática e germinal, o melhoramento genético, as intervenções eugénicas, ao lado das

²⁵² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano. Teses**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 522.

²⁵³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira – *op. cit.* p. 4.

consequências da irrepetibilidade, bem como as finalidades, o objeto e os modos de clonagem. Em todas essas matérias surgem questões ligadas ao direito a biparentalidade biológica, quando se discute a questão do acesso as técnicas de procriação medicamente assistida. Como controvérsia surge também os temas relacionados ao estatuto do embrião, com especulações em torno do ser humano, pessoa ou ser vivo. Convém ressaltar a posição do ser humano na sua relação com a humanidade, quando se indaga o aspecto do genoma humano como patrimônio comum da humanidade. A diversidade genética e a riqueza das espécies, relacionar-se com a evolução biológica. Coloca-se em destaque o problema da proteção e a diversidade genética da espécie, inclusive no que diz respeito ao problema de sua titularidade.²⁵⁴

Esta Bioconstituição, portanto, será capaz de dar uma solução aos vários problemas que as pessoas enfrentam atualmente, quando desejam descobrir a sua historicidade, em seus diversos segmentos. E, Portugal, neste sentido, acreditamos que está preparada para dar guarida a todas as demandas que advierem. E não custa recordar, mais uma vez citando BARBAS, que:

Todo ser humano deve ter direito de saber quem é o seu pai e mãe genéticos. Actualmente que possuímos meios de prova científica cada vez mais perfeitos, e que o princípio da igualdade entrou nos espíritos de nós nas leis, uma nova via deverá ser aberta e conduzir ao princípio da verdade genómica como instrumento de um direito fundamental, o da igualdade. A ninguém pode ser negado o direito a saber a forma como foi gerado ou o direito de se conhecer a si próprio ou a definição integral da sua identidade genómica.²⁵⁵

Negar este acesso, a quem quer que seja, pelos motivos e razões que pareçam plausíveis, em um primeiro instante, é ofender a dignidade da pessoa humana. Assim, é necessário ponderar os interesses em colisão e encontrar uma solução que garanta os interesses dos envolvidos, sem ofender as grandes conquistas da humanidade no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

5.2. Formas de acesso e conhecimento da identidade genética

²⁵⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira – *op. cit.* p. 5.

²⁵⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano. Teses.** Coimbra: Almedina, 2016. p. 522-523.

Uma vez analisado o direito de acesso à historicidade da pessoa humana em todas as suas vertentes, como decorrência do princípio da dignidade humana na Bioconstituição, é chegado o momento de verificar como que os interessados em obter acesso à essas informações podem ter acesso.²⁵⁶

Não existem direitos fundamentais absolutos, pois o que dá a impressão de ser fundamental em certo tempo ou ocasião, o deixa de ser em outro. Por isso que, diante de um conflito de interesses ligando o conhecimento da identidade genética versus o direito ao anonimato, por exemplo, dentre outras questões, necessário se aplicar a técnica de ponderação de interesses, para realizar uns direitos em detrimentos de outros, pois os direitos fundamentais não são absolutos.

O Tribunal Constitucional, ao analisar, tanto os Acórdãos de n.ºs 101/2009 e 225/2018, acabaram dando uma nova interpretação ao disposto no art. 15.º, da Lei de PMA, que dispõe sobre o direito de anonimato ou de confidencialidade do doador de material genético nas inseminações artificiais heterólogas, como também, no caso das mulheres que realizam a gestação de substituição, como já analisado anteriormente. Diante disso, em vista de situações concretas e devidamente justificadas, já existe a possibilidade dos interessados que passaram por esses procedimentos, vir a ter acesso à sua historicidade. E, como já mencionamos, em razão de os direitos fundamentais não serem absolutos, a regra do anonimato admite exceções.

A primeira forma que qualquer cidadão português possui a seu alcance para conhecer a sua historicidade, se dá através das Certidões das Conservatórias do Registro Civil, sejam elas de forma narrativa (a que traz os principais elementos do registro), ou a integral (onde são informados todos os dados constantes dos livros de registro), salvo nos casos onde hajam menções discriminatórias quanto à filiação ou nos casos de adoção ou de alteração de sexo, quando, então, somente os próprios interessados ou alguns herdeiros poderão solicitar estas certidões (arts. 211.º e 212.º, do Código do Registro Civil, DL n.º 131/95, de 06 de Junho, alterado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto – atualização mais recente).

Entende-se como discriminatórias, apenas as menções aos filhos considerados ilegítimos, ou seja, aqueles concebidos fora da égide do casamento, e como o n.º 4, do art. 36.º, da CRP veda qualquer tipo de discriminação à filiação, nas certidões não são feitas menções sobre este fato.

²⁵⁶ Na visão de ARAÚJO e BACELAR: “Ao se considerar a identidade genética parte integrante da identidade pessoal do indivíduo, a busca do conhecimento da origem biológica traduz-se na expressão dos direitos de personalidade do investigante. Conhecer a sua ascendência genética é direito fundamental, considerado bem jurídico constitucional”. In: ARAÚJO, Gláucia Nielle Santos; BACELAR, Jéferson Antonio Fernandes – **Identidade genética: um novo direito fundamental? Entre o conhecimento e a efetivação.** [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 12 Jul. 2019]; Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9154498493d8e734>.

SAMPAIO revela que:

O Decreto-Lei n.º 36/97 veio alterar o n.º 4 do presente artigo, no sentido de permitir que o titular do assento com menções discriminatórias (ou a quem o representar, que será um procurador com poderes especiais ou um advogado ou um solicitador com tais poderes, ou com poderes forenses, uma vez que pode interessar para instruir uma acção judicial), possa obter uma certidão por fotocópia de tal assento, desde que o requeira por escrito. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 228/2001, de 20 de Agosto, veio alargar aos ascendentes e descendentes do registado o acesso a certidões com as menções discriminatórias.²⁵⁷

Particularmente, nos casos de adoção, o art. 213.º, do CRC, as certidões apenas devem mencionar o nome dos pais adotivos. Para ter acesso ao nome dos pais naturais, há que se ter requerimento exposto do interessado. E o art. 214.º, vem complementar as disposições anteriores, nos seguintes termos:

1- Qualquer pessoa tem legitimidade para requerer certidão dos registos, salvo as excepções previstas nos números seguintes. 2 - Dos assentos de filhos adoptivos só podem ser passadas certidões de cópia integral ou fotocópias a pedido das pessoas a quem o registo respeita, descendentes ou herdeiros e ascendentes, sem prejuízo, quanto a estes, do disposto no artigo 1985.º do Código Civil. 3 - Dos assentos a que se mostre efectuado qualquer averbamento de mudança de sexo e conseqüente alteração de nome próprio, só podem ser passadas certidões de cópia integral ou fotocópias a requerimento do próprio, dos seus herdeiros e das autoridades judiciais ou policiais para efeitos de investigação ou instrução criminal. 4 - Na pendência do processo de adopção, após a sua decretação ou, em qualquer caso, desde que recebida na conservatória a comunicação relativa à confiança judicial ou administrativa do menor, as certidões do assento de nascimento que a este respeitem devem ser passadas em conformidade com o disposto no artigo 1985.º do Código Civil e com a decisão proferida, em processo próprio, sobre o segredo de identidade. 5 - Dos assentos de perfilhação que devam considerar-se secretos só pode ser passada certidão para efeito de instrução do processo preliminar de casamento ou de acção de alimentos, nas condições previstas na lei civil. 6 - As autoridades judiciais ou policiais e o IRN, I. P., podem sempre requerer certidão de qualquer registo ou documento, exceptuados os casos previstos no n.º 3.

²⁵⁷ SAMPAIO, Álvaro – *Código do Registo Civil Anotado e Comentado*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 357.

A Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, instituiu o atual regime jurídico do processo de adoção. Por este instrumento, passa a ser garantido o conhecimento das origens ao adotado com 16 (dezesesseis) anos ou mais, que manifeste essa vontade. Há necessidade de autorização dos pais ou legal representante, enquanto for menor. E tal acesso, é assegurado mediante processo administrativo, só havendo necessidade de uma intervenção por parte do Poder Judiciário quando houver motivos ponderosos e em circunstâncias especiais.

E como instrumentalização deste acesso, no ano de 2002, o Código de Processo dos Tribunais Administrativos, passou a permitir a *intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*, utilizável, segundo NOVAIS, “quando seja indispensável para assegurar o exercício em tempo útil de um direito, liberdade ou garantia, uma emissão célere de decisão judicial de mérito que imponha à Administração a adopção de uma conduta positiva ou negativa”.²⁵⁸

Este novo meio processual visando a garantir direitos e liberdades possui uma base constitucional. Ainda, segundo NOVAIS:

O novo meio é, no fundo, a concretização e desenvolvimento, por parte do legislador administrativo, da imposição legiferante introduzida na revisão constitucional de 1997 (art. 20.º, n.º 5, da Constituição), segundo a qual “para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos, procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade”.²⁵⁹

Assim, poderíamos pensar na possibilidade da utilização deste mecanismo, quando, por exemplo, uma clínica de fertilização se recuse a fornecer, à pessoa que foi concebida mediante a utilização de técnicas de fertilização heteróloga, o prontuário com as informações de quem foi o doador de material genético para a sua concepção. É que, a intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias, visa a salvaguarda de direitos fundamentais, quando uma protecção urgente se faça necessário no caso concreto. E, como já existem decisões relativizando o anonimato do doador de material genético, vemos aqui, a possibilidade do fornecimento das informações.

E por fim, caso as medidas anteriores sejam ineficazes, o interessado tem a possibilidade de fazer uso do Poder Judiciário para dar guarida à sua demanda. E um desses mecanismos,

²⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa**. [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 12 Jul. 2019]; Disponível em www.fd.unl.pt/docentes_dosc/m/JRN_MA12757.docx.p.18.

²⁵⁹ *Ibid.* p. 19.

está previsto no art. 10.º, n.º 2, do CPC de 2013, qual seja, a *ação declarativa de simples apreciação*.

Referida ação, se destinaria a que o Poder Judiciário declare a certeza da existência ou não de uma determinada relação jurídica, ou mesmo, da autenticidade ou falsidade de um documento, e pode ser o mecanismo a ser utilizado nos casos de recusa de algum órgão, entidade pública, ou até mesmo particulares, em fornecer ou dar acesso às informações sobre uma determinada pessoa.

Segundo o disposto no referido dispositivo: “As ações declarativas podem ser de simples apreciação, de condenação ou constitutivas”. E, de acordo com o n.º 3, do mesmo art. 10.º: “As ações referidas no número anterior têm por fim: a) As de simples apreciação, obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto”.

Não se existe, por parte do Réu, quando intentada esta ação, o cumprimento de um obrigação. Ao contrário, o autor deseja, única e simplesmente, por termo a um incerteza que o aflige, que no caso das pessoas que foram concebidas por técnica de PMA ou de gestação de substituição, ter acesso às suas origens.

Nesse sentido, já decidiu o STJ, que:

I – O autor que intenta uma ação de simples apreciação tem de demonstrar o seu interesse em propor a ação, a sua necessidade em obter a declaração judicial da existência ou inexistência de um direito ou de um facto. II Tendo as ações de simples apreciação por único objectivo pôr termo a uma situação de incerteza, só é legítimo o recurso a este tipo de ações quando o autor estiver perante uma incerteza real, séria e objectiva, de que lhe possa resultar um dano. III – O facto cuja existência se pretende ver declarado não pode ser um facto qualquer, mas apenas um facto jurídico, ou seja, um facto de que promanam efeitos jurídicos.²⁶⁰

Não há que se alegar, em contrapartida, de prazos prescricionais ou de caducidade, para que se intente referida ação, pois, ao se tratar de direitos à identidade, não há prazos prescricionais.²⁶¹

²⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo n.º 08A2603. Rel. Azevedo Ramos. [Em linha]. [Lisboa]. [25 Nov. 2008]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/34df2b3d008c08e88025750c0040e9f7?OpenDocument&Highlight=0,08A2603>.

²⁶¹ Foi o que decidiu o Tribunal da Relação de Guimarães, no seguinte aresto: “O conhecimento dos progenitores é um dado importante no processo de auto-definição individual, pois essa informação permite ao indivíduo encontrar pontos de referência seguros de natureza genética, somática, afectiva ou fisiológica, revelando-lhe as origens do seu ser. É um dado importantíssimo na sua historicidade pessoal. Como expressivamente salienta Guilherme de Oliveira, «saber quem sou exige saber de onde venho» (em “Caducidade das ações de investigação”, ob. cit., pág. 51). Ser filho de ... é algo que nos distingue e caracteriza perante os outros, pelo que o direito à identidade pessoal também compreende o direito ao estabelecimento jurídico da

Vê-se, portanto, que o acesso ao conhecimento das origens genéticas por parte dos interessados em obtê-la, está garantido no ordenamento jurídico de Portugal através de vários mecanismos. E, muito embora, o acesso a estas informações possam ser, muitas vezes, dificultosos, em razão de ser um fato novo da ciência moderna, e que envolve questões de sigilo quanto à identidade das pessoas, os mecanismos previstos e aqui citados acabam, ao final, dando guarida às pretensões dos interessados.

5.3. A proteção legal do conhecimento da identidade genética

Muitos eventos ocorridos nas últimas décadas fizeram com que a sociedade evoluísse de forma considerável. Dentre esses acontecimentos, podemos apontar a globalização; a maior participação da mulher no mercado de trabalho e como “chefe de família”; as diversas novas formações familiares (como as famílias monoparentais, as homossexuais, dentre outras), e os avanços na medicina.

Todos esses avanços necessitam ter os seus direitos resguardados, o que faz com que os ramos jurídicos passem por uma transformação. E neste campo, caberá, ao Biodireito, como já analisamos anteriormente, equilibrar as relações entre os avanços da medicina e a tutela dos direitos da personalidade, como manifestação do princípio da dignidade humana.

As novas técnicas da biogenética trouxeram um novo paradigma social, pois o casamento deixou de ser tido como a única forma de se constituir a família legítima, para dar

maternidade e da paternidade. Por outro lado, o direito fundamental a constituir família consagrado no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, abrange a família natural, resultante do facto biológico da geração, o qual compreende um vector de sentido ascendente que reclama a predisposição e a disponibilização pelo ordenamento de meios jurídicos que permitam estabelecer o vínculo da filiação, com realce para o exercitável pelo filho, com o inerente conhecimento das origens genéticas. É, pois, pacífica a previsão constitucional dos direitos ao conhecimento da paternidade biológica e do estabelecimento do respectivo vínculo jurídico, como direitos fundamentais. Todavia seguimos o entendimento acolhido em diversos Acórdãos do Tribunal Constitucional – cf. Acórdãos n.ºs 445/2011, 446/2011, 476/2011, 545/2011 e 106/2012, de 11/10/2011, 11/10/2011, 12/10/2011, 16/11/2011 e 06/03/2012, respectivamente, disponíveis in www.tribunalconstitucional.pt segundo o qual “é do interesse público que se estabeleça o mais breve que seja possível a correspondência entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica, fazendo funcionar o estatuto jurídico da filiação com todos os seus efeitos, numa forma estável e que acompanhe durante o maior tempo possível a vida dos seus sujeitos” e o meio para tutelar estes interesses atendíveis, públicos e privados (segurança para o investigado e sua família) ligados à segurança jurídica “é precisamente a consagração de prazos de caducidade para o exercício do direito em causa. Esses prazos funcionam como um meio de induzir o titular do direito inerte ou relutante a exercê-lo com brevidade, não permitindo um prolongamento injustificado numa situação de indefinição, tendo desta forma uma função compulsória, pelo que são adequados à protecção dos apontados interesses, os quais também se fazem sentir nas relações de conteúdo pessoal, as quais, aliás, têm muitas vezes, como sucede na relação de filiação, importantes efeitos patrimoniais”. Estes princípios são merecedores de tutela constitucional – interesse público na certeza e segurança jurídica - sempre presente em toda a regulamentação jurídica e intimamente ligado à consagração de qualquer prazo para o exercício de um direito (art.º 20 da C. R. Portuguesa). Ou seja a protecção do direito fundamental à identidade pessoal, consagrado no artigo 26.º, n.º 1 da CRP, não exige a imprescritibilidade das acções de investigação e de impugnação paternidade. O que é necessário é que o prazo concedido não impossibilite ou dificulte excessivamente o exercício maduro e ponderado desses direitos“. In: **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES**. Processo n.º 337/12.6TBVVD.G1. Rel. Purificação Carvalho. Em linha]. [Guimarães]. [04 Mar. 2013]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/1d3ceff99cc4b03080257b36004184c8?OpenDocument&Highlight=0,conhecimento,das,origens,gen%C3%A9ticas>.

ênfase às diversas relações familiares, baseadas no princípio eudemonista, ou seja, da busca da felicidade.

O art. 6.º da DUDH, dispõe que “todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica”. E o art. 1.º, da CRP, relata que “Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Assim, vemos que em Portugal, personalidade jurídica é uma decorrência do princípio da dignidade humana.

Para LUCENA:

A referida personalidade jurídica está inserida na aptidão que todo ser humano tem em ser parte central de uma relação jurídica, no entanto, não se pode afirmar eu a capacidade de ser centro autônomo de relações jurídicas decorre de uma atribuição de ordem jurídica e, sim de um reconhecimento pela mesma.²⁶²

Os direitos da personalidade – já tivemos a oportunidade de discorrer em linhas passadas – não são e nem podem ser considerados absolutos, mas devem ser respeitados. Diante disso, o Código Civil Português traz, inicialmente, no art. 70.º, a cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade nos seguintes dizeres: “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. Essa cláusula geral vem complementada com outras normas, dispostas, em especial nos artigos 72.º a 80.º, do Código Civil. São tidas como especiais estas últimas disposições, em razão de regerem algumas peculiaridades sobre os direitos a personalidade. Assim, quando os fatos se referirem a uma dessas hipóteses, o direito será aplicado. Já, quando não houver compatibilidade entre o fato e a norma, a cláusula geral é aplicada em substituição à ausência de norma, garantindo-se os direitos.

E, ocorrendo qualquer tipo de violação aos direitos de personalidade, quem se sentir lesado poderá buscar as reparações devidas, sendo o infrator responsabilizado civilmente pelos danos que cometer.

Dentre os fundamentos que garantem o acesso ao conhecimento das informações sobre as origens genéticas do indivíduo, podem ser apontadas a prevenção de doenças genéticas; evitar relações incestuosas e a construção da identidade pessoal (necessidade psicológica).

²⁶² LUCENA, Marina Targino Soares de – **Bioética e Biodireito: O direito à privacidade dos dados genéticos como instrumento para evitar a discriminação genética**. Coimbra: Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito, 2014. 86 f. Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [Em linha]. [Coimbra]. [2014]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/34906>. p. 65.

Esses argumentos estiveram durante muito tempo, presentes quando o assunto era a adoção, mas, que com as novas técnicas de reprodução humana, passam a ganhar uma nova roupagem. O direito à privacidade, já analisado, pode sofrer limitações, sejam elas voluntárias (quando o próprio interessado manifesta a concordância) ou involuntárias (no caso de interesse público). E, por ser o direito à intimidade uma decorrência dos direitos da personalidade, e por se tratar de um direito subjetivo, também deve ser levado em consideração.

O art. 81.º, do Código Civil, ao tratar da limitação voluntária dos direitos de personalidade, dispõe que:

1 - Toda limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios de ordem pública. 2 – A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

KANT²⁶³, analisando as liberdades, as diferencia entre liberdade positiva e liberdade negativa. A liberdade negativa, na visão kantiana, seria o direito de escolha que o indivíduo possui, para dirimir as suas vontades. Já a liberdade positiva, assume o sentido de autodeterminação, ou seja, de autodomínio, onde a sua vida depende de atitudes dele próprio, aquém de influências externas²⁶⁴.

O direito à intimidade, diante das novas descobertas no campo da genética – que ocorrem cada vez mais de forma célere – esbarra com o direito à autodeterminação informativa.²⁶⁵

Nesse sentido, a solução encontrada pelo Direito Português na Lei de PMA²⁶⁶, entre o sigilo e a exposição, foi o de permitir o conhecimento dos dados, mas não da identidade do ascendente, salvo em casos especialíssimos, como decidiu o Tribunal Constitucional.

²⁶³ KANT, Immanuel. *op. cit.* p. 63.

²⁶⁴ Neste sentido, importantes são as conclusões de LUCENA, para a qual: “A autodeterminação informativa é consequência da evolução do direito de “estar só”, e, devido às mudanças sociais e tecnológicas, este direito evoluiu e hoje se mostra coberto pela nuance daquele. Referido direito busca a proteção das informações pessoais, e nesta estão incluídas as informações genéticas, podendo o indivíduo gerenciar as mesmas. Esse poder de gerência transcende o simples aspecto de impedir sua utilização, vai bem além, chegando ao ponto em que pode controlar as suas informações, que estão inseridas em arquivos. Pois bem, ao lado do tradicional direito à privacidade, de natureza negativa, de estar só, surgiu a liberdade positiva. Portanto, aquele direito que era eminentemente negativo, que era visto como o direito de não sofrer interferência, devido aos avanços tecnológicos, chegou a um ponto tal que hoje esse direito à autodeterminação informativa possui como razão principal o poder do próprio indivíduo dominar, dispor, de suas informações pessoais”. In: LUCENA, Marina Targino Soares de – *op. cit.* p. 75

²⁶⁵ E novamente, LUCENA traz a observação de que: “O direito à privacidade teve de evoluir, acompanhar os novos acontecimentos ocorridos na sociedade, partir do ponto onde o direito à privacidade era visto como um direito de estar só, para assumir uma postura mais dinâmica, passando a abranger essa nova vertente, a da autodeterminação informativa. Com isso, busca-se evitar a forma mais perversa de discriminação, qual seja, a genética, onde não só a pessoa de quem foram retiradas as informações genéticas serão estigmatizadas e deixadas à margem da sociedade, não tendo sequer o direito a um emprego, mas também seus familiares sanguíneos”. In: LUCENA, Marina Targino Soares de – *op. cit.* p. 76.

²⁶⁶ Art. 15.º, ítem 3, da Lei n.º 32/2006.

Mas será que este conhecimento limitado das informações é o suficiente para garantir os direitos da personalidade de quem busca a sua historicidade?²⁶⁷

Em nossa visão, assim como a de OTERO²⁶⁸, o legislador constitucional português deveria estabelecer mecanismos de garantia desse direito ao conhecimento das origens genéticas de forma ilimitada, e não apenas a algumas informações restritas, bem como, considerando inválidos atos normativos ou até mesmo não normativos que atentem contra esse direito.

Existe um entrelaçamento entre todas as manifestações que decorrem dos direitos da personalidade. Sendo assim, o direito ao conhecimento das origens genéticas de forma ampla e ilimitada, está garantido, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, ínsita a cada ser humano. E, uma vez reconhecido esse direito pelo Estado, ele acaba se irradiado para a esfera privada.

Mesmo não sendo um direito absoluto, como tantos outros, ele deve ser tratado com certa primazia, quando confrontados com outros direitos a ele relacionados. E, uma vez reconhecido o direito ao acesso à identidade genética, impõe-se estabelecer normas para proteger e afastar qualquer recusa à sua real efetivação.

Quanto à necessidade de se demonstrar ou não a justa causa para a obtenção das informações, interessantes são as conclusões de REIS²⁶⁹, para o qual existiriam duas vertentes: a que considera a necessidade de se apresentar justa causa para o conhecimento das informações sobre as origens genéticas, e a de que considera como um direito de livre acesso.

Existe uma grande dificuldade em se conceder o livre acesso às informações, quando estão em conflitos questões sobre a parentalidade biológica e a social. Além do direito à intimidade, outro fator que comumente é alegado para limitar o acesso às informações é o tocante à proteção dos filhos, uma vez que, o conhecimento ilimitado das informações poderiam trazer ao seio familiar conflitos e disputas que não motivadas pelo valor afetivo.

Mas, dentro de um ordenamento jurídico, é impossível prever todas as possibilidades. Deve-se criar uma norma geral, que terá incidência sobre todos os casos concretos. O valor

²⁶⁷ GARBIN apresenta a seguinte opinião sobre esta questão: Apenas fornecer dados genéticos sem a equivalente informação do nome da pessoa é conceder menos do que o indivíduo tem direito. O direito ao conhecimento da ascendência deve ser reconhecido, porque faz parte da identidade genética e pessoal do ser humano. Se o conhecimento de dados anônimos é suficiente para questões ligadas à saúde e matrimoniais, o mesmo não se ode dizer quanto às implicações psicológicas. O conhecimento de quem é o pai e a mãe de um indivíduo repercute na sua formação psicológica, ajuda a construir a sua história e se traduz na sua identidade pessoal. In: GARBIN, Rosana Broglio – **O direito ao conhecimento da ascendência biológica**. [Em linha]. [Lisboa]. [s.d]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <http://www.ajusris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/780/474>. p. 152.

²⁶⁸ OTERO, Paulo – *op. cit.* p. 86.

²⁶⁹ REIS, Rafael Luís Vale e – *op. cit.* p. 279.

atribuído aos direitos da personalidade na Bioconstituição - do qual o direito ao conhecimento das origens genéticas é uma manifestação desse direito – deve ser protegido a todo custo.

E segundo REIS, a tendência dos países modernos é a de garantir o acesso à informação relativa à identidade dos progenitores biológicos, tanto que, na Alemanha e no Reino Unido, segundo seus estudos, já estão sendo recusados os segredos sobre as origens genéticas permitindo-se aos interessados conhecer a sua história biológica.²⁷⁰

Nas palavras de BARBAS:

O princípio da autonomia e o direito à privacidade devem ter sempre em linha de conta que o indivíduo não está isolado num mundo à parte, numa ilha; ele pertence a uma família, a um grupo, a uma sociedade, pelo que é necessário ponderar os interesses de terceiros envolvidos. O direito à privacidade genómica, ou seja, o direito de determinar o âmbito, graus e moldes segundo os quais o próprio revela ou não a sua informação genómica assumem, assim, cada vez mais, significado.²⁷¹

Como proposta para tentar equalizar as questões que envolvam o direito ao acesso das informações genéticas, em especial no que diz respeito às inseminações artificiais heterólogas, BARBAS, sugere a seguinte normatização legislativa:

1 – O indivíduo nascido por inseminação ou fertilização heteróloga tem direito, após a maioridade, a conhecer a sua identidade. 2 – Para efeitos do disposto no número anterior, deve ser apresentado pelo próprio um requerimento à Comissão Nacional de Procriação Medicamente Assistida. 3 – A comissão Nacional de Procriação Medicamente Assistida deve não só revelar a identificação do dador como, também, fornecer uma cópia do processo individual inscrito no Registro Nacional de Procriação Medicamente Assistida. 4 – Se existirem razões sérias de natureza médica, pode o representante do interessado durante a menoridade deste solicitar à Comissão Nacional de Procriação Medicamente Assistida informações relativas às características genéticas do dador, incluindo, se necessário, a identificação deste. 5 – O pedido a que se refere o número anterior deve ser apoiados em pareceres fundamentados de dois médicos geneticistas de diferentes instituições.²⁷²

As medidas, sejam quais forem tomadas, devem priorizar o ser humano como detentor dos direitos fundamentais já consagrados na Constituição, e que decorrem do princípio da

²⁷⁰ REIS, Rafael Luís Vale e – *op. cit.* p. 278-281.

²⁷¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit.* p. 438.

²⁷² *Ibid.*, p. 518.

dignidade da pessoa humana, evitando uma perversa discriminação, que é a discriminação genética.

5.4. Os limites da identidade genética

Após a análise dos aspectos teóricos e práticos a respeito do acesso às informações genéticas do ser humano, é preciso enfrentar a proteção a esse direito fundamental em vista do princípio da proporcionalidade, uma vez que, ao se dar acesso à informações tão íntimas do ser humano, uma série de problemas podem ser acarretados.

Na visão de PETERLE:

Uma dificuldade central a enfrentar, no plano das prestações jurídicas estatais, está em proteger e promover os direitos fundamentais sem cair em excessos. Somente um debate público racional, e responsável, poderá abrir janelas para que se possa, dentro de Estado Democrático de Direito, discutir acerca dessa margem de manobra contida entre a insuficiência de proteção dos direitos fundamentais e o excesso de proteção dos direitos fundamentais, denominada pela doutrina de “um amplo espaço de liberdade de conformação”.²⁷³

Lembra BARBAS, que “a divulgação sem limites da informação genômica implicaria a violação do nosso mais profundo e íntimo eu”.²⁷⁴ O conhecimento ilimitado do genoma humano pelo homem, pode gerar, em um curto espaço de tempo um risco à privacidade genômica. Afinal, a informação contida nos genes de cada ser humano, traz informações únicas e precisas sobre aquele indivíduo, que se usado de forma equivocada ou com fins ilícitos, os prejuízos ainda são imensuráveis e completamente desconhecidos.

A informatização dos dados médicos de pacientes, deixaram, ao longo dos anos, de ficarem restritos no ambiente de um consultório, e passaram a fazer parte de um banco de dados digital, um Biobanco com informações genéticas valiosas e precisas. Em certo ponto, a catalogação para estudos e pesquisas com fins a descobrir a cura ou o tratamento de doenças que até o presente momento não possuem tratamento eficaz, é de grande valia para a humanidade. Mas a manipulação dessas informações deve ser feita de maneira muito precisa e com honestidade e seriedade por parte de quem as manipula.

²⁷³ PETERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 160.

²⁷⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit.* p. 420

Imaginemos uma informação genética de uma pessoa qualquer, que fez uma doação de material genético a uma clínica de fertilização, em razão de seu biotipo, suas características mais íntimas, cair em mãos alheias, com o uso indevido para tirar vantagem econômicas. Qual o impacto de violação que essa pessoa sofreria, muitas vezes, até, sem ser do seu conhecimento?

O direito penal, sem dúvida, nesse momento, teria importante papel na proteção dos direitos fundamentais. Mas, novamente, um equilíbrio se faz necessário, pois uma proteção insuficiente aos direitos fundamentais, abaixo do mínimo exigido, bem como uma proteção excessiva, além do máximo permitido ou tolerável, faz com que o Estado viole os direitos fundamentais.

Por isso que, em Portugal, seguindo a lição alemã, editada pelo Tribunal Constitucional daquele país, em decisão de 1975, agindo na perspectiva da proporcionalidade, visa a *proibição da insuficiência* de proteção dos direitos fundamentais.²⁷⁵

CANOTILHO²⁷⁶, utilizando-se de expressões como *proibição por defeito* ou *defeito de protecção*, faz alusão à tese da proibição de insuficiência do direito alemão. Para o citado autor, o Poder Público está impedido, impossibilitado de tomar medidas insuficientes, quando o assunto são a proteção dos direitos fundamentais, devendo evitar que sejam tomadas, simplesmente, proteções mínimas.

A evolução da tese da proibição da insuficiência da proteção dos direitos fundamentais, deve fazer com que, cada Estado, dentro de sua realidade, estipule os padrões mínimos de proteção.

Já tivemos a oportunidade de aludir sobre a grande preocupação existente sobre a *coisificação* ou *mercantilização* do ser humano, quando envolvem pesquisas e avanços na medicina genética. BARBAS traz uma preocupação muito atual ao dizer que: “Podemos correr o risco de a curto prazo, a par do número do bilhete de identidade, de contribuinte, da segurança social, passarmos a ser identificados por um novo número: o do nosso genoma”.²⁷⁷

O genoma humano, voltado para o estudo do DNA, pode ser dividido, segundo a definição de BARBAS, em *codificante* (contém as características psíquicas das pessoas, as doenças ou predisposições genéticas) e o *não codificante* (determina a nossa individualidade, o

²⁷⁵ PETERLE relata que: Após a reunificação da Alemanha foi editada a Lei para a proteção da vida do que está por nascer, para a promoção de uma sociedade favorável à infância, para apoio em caso de conflito durante a gravidez e para a regulamentação da interrupção voluntária da gravidez (Lei para o apoio à família e à gravidez, de 27/06/1992), que qualificou como não ilegal a interrupção da gravidez (quando realizada por médico, precedida de assessoramento e não tendo transcorrido mais do que 12 semanas de concepção), sendo solicitada a revisão constitucional desta lei. Esta é a “Sentencia 88, 203 II” do Tribunal Constitucional Alemão, de 28/05/1993, sobre a interrupção voluntária da gravidez. In: PETERLE, Selma Rodrigues – *op. cit.* p. 163.

²⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *op. cit.* p. 272-273.

²⁷⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit.* p. 420.

nosso caráter, que é único e irrepetível).²⁷⁸ Imaginemos a utilização desenfreada do DNA codificante em qualquer forma, por qualquer meio. Quais as implicações disso para a pessoa?

Atualmente, já existem diversos estudos referentes às preocupações com o uso das características genéticas para a contratação de planos de seguros dos mais diversos tipos, especialmente os de saúde, ou até mesmo visando contratos de trabalho. Se empregadores, por exemplo, exigissem para a contratação, uma análise das informações contidas no DNA codificante, e por ventura, viesse a descobrir que aquela pessoa interessada na caga de emprego pudesse desenvolver, em curto prazo, uma doença muito grave, será que ele iria ser contratado? Ou, do contrário, de posse dessas informações, qual o valor seria atribuído a um seguro de vida ou de saúde para essa mesma pessoa?

É um princípio ético e moral, além de jurídico, que não se deve obter vantagem ilícita em qualquer esfera de atuação. Mas, o conhecimento desenfreado e ilimitado de algumas informações contidas no DNA humano, podem trazer prejuízos irreparáveis. Por isso que BARBAS²⁷⁹, defende a utilização apenas das informações do DNA não codificante, ou seja, aquele que não causa uma violação à privacidade da pessoa. Assim, seria possível identificar a pessoa, sem conhece-la profundamente, não invadindo os limites do tolerável. No seu entendimento:

O genoma de cada indivíduo deve merecer especial proteção por conter informação única diferente de todos os outros tipos de informação pessoal. Não se trata apenas de um relatório de exame clínico de rotina cujos dados podem ser alterados com dieta ou medicamentos. O resultado do teste genético não muda; mantém-se durante toda a sua vida e permite analisar o presente, o historial clínico do paciente bem como predizer o seu futuro.²⁸⁰

Por isso que, diante de todas essas preocupações, à medida em que os avanços das ciências médicas aumentam, e as informações são coletadas e aprimoradas, deve haver, em contrapartida, uma preservação desses dados.

Não negamos a importância, como já analisado e discutido, de qualquer interessado poder ter acesso às suas informações pessoais em todos os níveis, mas quando estamos diante de dados tão íntimos ao seu ser, como é o caso das informações genéticas, a esfera de proteção deve ser aumentada.

²⁷⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit.* p. 430

²⁷⁹ *Ibidem.*

²⁸⁰ *Ibid.* p. 431

Seguimos o entendimento de total acesso às informações, mas, a depender do conteúdo, haverá a necessidade de autorização do interessado. É o caso, por exemplo, do uso das informações do DNA codificado, aquele que traz as informações sobre possíveis doenças ou sobre o quadro psíquico do ser humano. Apenas quem fosse o seu detentor e o autorizasse, poderia dele ter acesso e fazer uso, e não ser fornecido a qualquer pessoa. Caso contrário, a mercantilização de informações seria um passo inevitável.

Portugal, seguindo esta linha de raciocínio, como já mencionado mais de uma vez, protege a intimidade da vida privada nos artigos 26.º, n.º 1 e n.º 2 e artigos 34.º e 35.º. O mesmo se diga do Código Penal, nos artigos 190.º e seguintes. E, no campo da genética, além de diversas Diretivas da Comunidade Europeia, e dos Tratados e Acordos Internacionais do qual Portugal faz parte, a Lei de PMA, como já discorrido, preserva a intimidade e o anonimato do doador de material genético nas inseminações artificiais heterólogas e também no caso das gestações de substituição (cujas informações podem ser acessadas pelos interessados que demonstrem interesse, conforme já decidido pelo Tribunal Constitucional de Portugal, ao realizar o controle de constitucionalidade sobre a questão do anonimato).

Existe, portanto, uma proteção eficaz, e um mínimo de eficácia na defesa dos direitos fundamentais. Novas situações surgirão a cada dia e que desafiará o Direito em todas as suas esferas. BARBAS nos apresenta alguns questionamentos referentes a essa preocupação:

Quais as semelhanças e diferenças entre a informação genómica e médica? Quem tem direito de acesso a esta informação e com que fins? O próprio tem direito de aceder a esses dados e/ou o direito de os destruir em que circunstâncias? Quem tem direito de divulgação (incluindo utilizações secundárias por terceiros)? Quem tem direito de controlar a informação oriunda dos testes genéticos? Os bancos de dados têm o dever de notificar o próprio da possibilidade de obter novos elementos a partir da informação armazenada? E, ou, têm a obrigação de notificar os familiares de que têm probabilidade de padecer de doenças graves? Os pais têm direito de acesso aos dados genómicos dos seus filhos e vice-versa? Os outros familiares que se encontram em situação de risco podem aceder à informação genómica do paciente? O noivo ou o cônjuge pode ter acesso aos elementos genómicos do outro? Os familiares tem o dever de cooperar nos estudos das relações genéticas? Do ponto de vista genómico o paciente é apenas o próprio, ou o conceito deve ser alargado aos parentes mais próximos? Quais os limites às necessidades de recolher informação genómica para a planificação da saúde pública? Quem é o proprietário da informação genómica? Em que termos as entidades privadas ou os organismos públicos podem obter amostras de

DNA? Quando é necessário o prévio consentimento para o armazenamento desses dados?²⁸¹

Muitos são os questionamentos que se apresentam e que ainda surgirão, e as respostas a todas essas indagações ainda são de difícil solução. Algumas, envolvem questões éticas, ou até mesmo de cunho social que exigem uma discussão mais aprofundada, com a participação dos interessados, seja em consultas públicas ou discussões legislativas. Mas, como dito, até o presente instante, sentimos que em Portugal, o acesso às informações pessoais em todas as suas esferas é passível de conhecimento, muito embora, para algumas questões, haja a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Cabe a cada ser humano, portanto, única parte interessada, decidir o que fazer com as suas informações mais íntimas. Proteção das informações e dos direitos fundamentais já existe. O uso delas é que ainda demanda certo estudo e regulamentações.

5.5. A atuação dos órgãos do Estado na concretização do acesso à identidade genética: As Conservatórias do Registro Civil das Pessoas Naturais como fonte legal e segura para a guarda e o fornecimento das informações genéticas

Buscando encontrar um raciocínio do que até agora foi abordado, a Constituição da República Portuguesa traz expressa menção a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana como sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Além de ter a nobre função de informar todo o ordenamento jurídico, o princípio em questão é o fundamento para a maior parte dos direitos fundamentais existentes, conferindo unidade à ordem constitucional.

Os direitos da personalidade entram, nesse contexto, como uma das manifestações do princípio da dignidade humana. E embutidos nesses direitos da personalidade, o acesso às informações tanto biológicas quanto genéticas, são direitos inerentes à integridade da vida humana, um direito inalienável e imprescritível, que merece toda a proteção do Estado.

Vimos, até o presente e derradeiro instante, defendendo o acesso integral da pessoa humana às suas informações pessoais, em todos os sentidos, mas, em especial, no que toca à identidade genética, como uma manifestação de sua personalidade. Mas, como o Estado pode garantir a eficácia real deste direito? É o que vamos analisar e propor algumas soluções.

²⁸¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit.* p. 421-422.

CAMPOS²⁸² já teve a oportunidade de nos ensinar que cada ser humano é diferente dos demais, e é justamente essa diversidade que engrandece, ou enriquece a Humanidade. O que vem confirmado por BARBAS, no sentido de que “cada ser humano tem o direito de ser diferente de todos os outros e é nesta diferença que se constrói o equilíbrio social”.²⁸³

GARBIN intui que:

Incluir o direito a conhecer a origem biológica, entre os novos direitos de personalidade, impõe pensar na harmonização desse direito com a garantia das relações jurídicas firmadas, de forma que o direito ao conhecimento da ascendência não implique nem a desconstituição de paternidades firmadas, tampouco a possibilidade de se buscarem o reconhecimento da paternidade/maternidade e os demais direitos decorrentes, como o direito a visitas, alimentos, herança, entre outros.²⁸⁴

Nesse sentido, a ação de conhecimento das origens genéticas, já foi mencionado em momento anterior como uma das formas de se obter este acesso, mas, acreditamos, que existam outras possibilidades, menos custosas aos interessados, e com viés mais céleres do que uma demanda Judicial.

Existe uma preocupação que advém de alguns anos, referente aos bancos de dados que contenham informações pessoais, como ocorre com o crédito, com o consumo, com as telecomunicações, com as redes sociais etc., uma vez que os dados pessoais são cada vez mais utilizados para analisar e também para julgar os seus portadores. E, no campo da genética, os bancos de dados começam a surgir, e a cada dia tomam proporções inimagináveis. São os denominados *Biobancos*.

Tomando a lição de Ivana Beatrice Mânica da Cruz, citada por ECTERHOFF, por biobancos entende-se:

Uma estrutura de pesquisa que consiste na associação de informações sobre os voluntários que participam da mesma e o armazenamento de material biológico destes voluntários para outros usos, que não somente os descritos no protocolo inicial da pesquisa. Amostra biológica, segundo Martin e Kaye, é toda e qualquer amostra de

²⁸² CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Personalidade**. Coimbra: 1992. p. 22.

²⁸³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**. p. 18.

²⁸⁴ GARBIN, Rosana Broglio – *op. cit.* p. 164.

tecidos de alguma parte do corpo humano, fluidos corporais, que possam ser obtidos através de aspiração, remoção cirúrgica, procedimentos não invasivos etc.²⁸⁵

Está mais do que evidente, que a criação e o uso de bancos biogenéticos traz uma maior preocupação do que os demais tipos de bancos de dados, uma vez que neles, estariam armazenadas as características biológicas, de saúde atual como futura, bem como, ainda, trazem em seus arquivos, informações muito íntimas, como a heranças genética. E, as consequências do uso inadequado dessas informações, ainda não são muito bem conhecidas pela humanidade. Imaginamos a possível devastação, mas ainda não as dimensionamos.

Para que a matéria base de um biobancos possa ser formada, a extração pode ocorrer de qualquer espécie de material genético, como o DNA, o espermatozoide, tecido, sangue, saliva etc. ECHTERHOFF²⁸⁶ demonstra que existem quatro tipos de biobancos até então conhecidos: a) de pesquisa; b) de diagnóstico; c) de dados e; d) potenciais.

Os bancos de pesquisa, seriam aqueles formados por informações coletadas como resultado de pesquisas científicas, de indivíduos, de famílias extensas e até de populações inteiras, ou então, pessoas acometidas de alguma doença genética. Os bancos de diagnósticos são formados com os dados do DNA de pessoas suspeitas de estarem acometidas de alguma doença genética, com o fim de serem estudados e produzidos diagnósticos, sendo o material coletado armazenado até que uma solução se obtenha. OS bancos de dados, mais comuns, são os formados com as informações individuais das pessoas, no caso, informações genéticas, e que serviriam para a identificação e comparação com os demais padrões armazenados. E por fim, os bancos potenciais, são os formados por qualquer coleção de tecidos do corpo humano, como sangue, tecidos em cultura, cartões para exame neonatal, e bancos de sangue, que são fontes originais do DNA.²⁸⁷

Como toda inovação, existem os pontos positivos e negativos, E, no caso dos biobancos, como ponto positivo poderíamos destacar que os dados armazenados nesses bancos de dados genéticos seria mais do que uma fonte de investigação biotecnológicas para os médicos e demais pesquisadores, mas sim, um acervo para toda a humanidade, seja na prevenção ou cura de doenças, com uso na identificação criminal, ou até mesmo no auxílio da aplicação das políticas públicas. Já, como lado negativo, existe a preocupação de que o uso indevido dessas

²⁸⁵ CRUZ, Ivana Beatrice Mânica da. Visão retrospectiva. Parecer sobre banco de armazenamento de dados e de material biológico: breves considerações a serem feitas em busca de uma construção da normatização. In: ECHTERHOFF, Gisele – *Op. cit.* p. 78.

²⁸⁶ ECHTERHOFF, Gisele – *op. cit.* p. 79.

²⁸⁷ *Ibid.* p. 79-80

informações poderia acarretar uma ofensa aos direitos fundamentais, dentre eles o direito à privacidade genética.

Analisando esta questão, o Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão n.º 155/2007²⁸⁸, analisou questão correlata, quando um suspeito por crime de homicídio foi convocado, após parecer do Ministério Público, para comparecer a um instituto de identificação, na cidade do Porto, onde então, seriam colhidos materiais bucais, e assim, analisado o seu DNA em comparação às provas obtidas no local do crime.²⁸⁹

O interessante deste pioneiro julgado, é que o Tribunal Constitucional analisou se a CRP poderia permitir a restrição dos direitos fundamentais, como a integridade física, a liberdade geral de atuação, a reserva da vida privada, e autodeterminação informacional. Isso porque, o art. 18.º, n.º 2, da CRP determina que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição”. E assim sendo, em uma primeira leitura, o acesso às informações genéticas através da realização e exames, seria um método invasivo não previsto abertamente.

Mas, a Constituição não se opõe, em definitivo à recolha coativa de materiais biológicos para a sua análise biológica não consentida. Tome-se como exemplo, a submissão da pessoa com vestígios de embriaguez alcoólica a ter de fornecer sangue para o exame que compre ou não o uso de álcool acima dos limites legais permitidos, ou ainda, já nos primeiros instantes de vida, quando o recém nascido tem algumas gotas de sangue coletados para o primeiro exame neonatal.

MIRANDA e MEDEIROS, sobre esta questão, já emitiram a posição de que:

²⁸⁸ ACÓRDÃO N.º 155/2007. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, 2ª Série – N.º 70 – 10 de Abril de 2007.

²⁸⁹ Em um primeiro instante, o Tribunal Constitucional entendeu que: “Com efeito, é hoje comumente reconhecido, entre nós, praticamente de forma unânime, que a chamada “impressão digital genética” constitui um auxiliar cada vez mais imprescindível da investigação criminal. Nesse sentido se pronunciou a comissão encarregada de elaborar uma proposta de regime jurídico de constituição de uma base de dados de perfis de ADN para efeitos de identificação civil e criminal. No preâmbulo da proposta que apresentou ao Governo em 18 de Dezembro de 2006 e após afirmar que “cada vez mais as “impressões digitais genéticas” constituem o método de investigação criminal por excelência e cuja importância tem crescido ao longo do século XX, devendo ser o meio mais adequado de identificação para os próximos tempos, a comissão dá conta do facto de, desde o início dos anos 90, diversas instituições internacionais terem vindo a aconselhar a utilização das análises de ADN no sistema de justiça criminal e mesmo - o que agora não está em causa - a criação de bases de dados internacionalmente acessíveis que incluíssem os resultados daquelas análises (citando, v. g., a Recomendação R (92) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 10 de Fevereiro de 1992). Refere, ainda, que “em todo o mundo foram já construídas bases de dados de perfis de ADN em várias dezenas de países; na Europa, a maioria dos países produziu legislação relativa a bases de dados de perfis de ADN com finalidades de investigação criminal e ou de identificação civil, designadamente em Inglaterra (desde 1995), na Irlanda do Norte e Escócia (desde 1996), nos Países Baixos e na Austria (desde 1997), na Alemanha e Eslovénia (desde 1998), na Finlândia e Noruega (desde 1999), na Dinamarca, Suíça, Suécia, Croácia e Bulgária (desde 2000), em França e na República Checa (desde 2001), na Bélgica, Estónia, Lituânia e Eslováquia (desde 2002) e na Hungria e Letónia (desde 2003)”, bases que “têm amplamente evidenciado resultados positivos no que se refere à identificação de desaparecidos, identificação de delinquentes, exclusão de inocentes, interligação entre diferentes condutas criminosas, colaboração internacional em processos de identificação, contribuindo para dissuasão de novas infracções”. E, assim sendo, seguindo a já citada Recomendação do Conselho da Europa, a “Resolução 97/C 193/02, do Conselho, de 9 de Junho de 1997 [e a] Resolução 2001/C 187/01, do Conselho, de 25 de Junho de 2001”, propõe a criação das “normas básicas necessárias à criação e utilização de uma base de dados de perfis de ADN”. In: ACÓRDÃO N.º 155/2007 – *op. cit.*

[...] Na sua expressão mais simples, a protecção da integridade física e moral consiste no direito à não agressão ou ofensa ao corpo ou espírito, por quaisquer meios (físicos ou não). Consagra-se assim uma tutela constitucional firme, quer contra quaisquer ofensas à integridade física - independentemente da sua gravidade (Acórdão n.º 616/98) - quer contra violações do direito à integridade moral [...]. A intensidade da tutela jusfundamental da integridade pessoal - e, em particular, da integridade física - impõe limites estritos a quaisquer intervenções não consentidas das autoridades públicas [...]. O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 319/95, concluiu, no entanto, que a norma que admite a imposição do chamado teste do álcool [...] não ofende materialmente a Constituição [...]. Todavia, se a obrigatoriedade de tais testes resiste, em si mesma, ao crivo do juízo de inconstitucionalidade, o mesmo não se pode dizer em relação à realização forçada dos mesmos sobre o corpo do condutor contra a vontade deste. A questão não pode deixar de ser equacionada à luz do princípio da proporcionalidade [...].²⁹⁰

O exame de DNA, há muito, já foi considerado o caminho do futuro, e qualquer restrição às liberdades, deve estar subordinada a uma reserva de lei, afinal, muito embora a recolha de material genético não seja muito intrusiva, os danos que o uso inadequado das informações obtidas pode gerar, como dissemos, podem ser devastadores.²⁹¹

A impressão digital genética, portanto, já é uma realidade em vários países do mundo, e não se presta apenas como mecanismo de identificação criminal. Antes mesmo de ser utilizada para a investigação criminal, ela serve para identificar civilmente a pessoa. Necessário e urgente, portanto, a necessidade de regulamentação de seu uso, bem como a criação de uma base de dados de perfis de ADN.

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 290-D/99, aprovou o Regime Jurídico dos Documentos Eletrónicos e da Assinatura Digital, sendo alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de abril. O RJDEAD, no art. 2.º, alínea c, refere-se à assinatura digital como:

Processo de assinatura eletrônica baseado em sistema criptográfico assimétrico composto de um algoritmo ou sério e algoritmos, mediante o qual é gerado um par de chaves assimétricas exclusivas e interdependentes, uma das quais privada e outra

²⁹⁰ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge – **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: 2005. p. 267-279.

²⁹¹ FIGALGO, a esse respeito, analisa que: “[...] há que referir que os avanços tecnológicos verificados na área da engenharia genética permitem a análise de ADN a partir de outras amostras biológicas para além do sangue (esperma, saliva, urina, pêlos). Por este motivo, há quem considere que a colheita de material biológico, em si mesma considerada, não chega a constituir, verdadeiramente, um atentado à integridade física - tratar-se-á de agressão insignificante. Haverá ofensa à integridade física apenas no caso de o arguido recusar a colaboração e a colheita ser feita com recurso à força sobre o corpo do arguido. Deste modo, o que poderá constituir um atentado à integridade física não será propriamente a colheita do material mas o modo como a colheita é realizada”. In: FIGALDO, Sónia – Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Janeiro-Março de 2006. In: ACÓRDÃO N.º 155/2007 – *op. cit.*

pública, e que permite ao titular usar a chave privada para declarar a autoria do documento eletrônico ao qual a assinatura é aposta e concordância com o seu conteúdo, e ao declaratório usar a chave pública para verificar se a assinatura foi criada mediante o uso da correspondente chave privada e se o documento eletrônico foi depois de aposta a assinatura.

E o art. 7.º, n.º 1, revela que a aposição de uma assinatura eletrônica qualificada a um documento eletrônico equivale à assinatura autografa dos documentos com forma escrita sobre o suporte papel”. Com isso, qualquer documento hospitalar assinado com o certificado digital, tem a mesma validade do que aquele que fosse assinado em papel.

Já a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, criou as diretrizes para a base de dados do ADN, com fins a identificação civil e criminal. No art. 1.º, encontramos os objetivos de sua criação:

Os princípios de criação e manutenção de uma base de dados de perfis de ADN, para fins de identificação, e regula a recolha, tratamento e conservação de amostras de células humanas, a respectiva análise e obtenção de perfis de ADN, a metodologia de comparação de perfis de ADN, extraídas de amostras, bem como o tratamento e conservação da respectiva informação em ficheiro informático.

Porém, a referida lei apenas determinou que pessoas voluntárias poderiam se submeter a coleta do material genético, e as análises, poderiam ser utilizadas apenas para a identificação civil, estando de fora das investigações criminais, conforme preceitua os n.ºs 3 e 6, do art. 1.º. Para que haja o uso deste matérias coletados e analisados em processos criminais, há que haver expresso pedido do investigado, ou ordenado pela autoridade judicial (art. 8.º), em consonância com o que foi decidido pelo Tribunal Constitucional, quando do julgamento do Acórdão n 155/2007.

Em todos os casos, se a pessoa que desejar entregar seu material genético para o base de dados, deve manifestar o seu consentimento de forma livre e por escrito, bem como, ainda, ser informado das finalidades da base de dados e a duração do armazenamento do material (art. 26.º).

CORREIA nos demonstra como deve ocorrer a coleta e o armazenamento do material genético da pessoa que se voluntaria, havendo, portanto, uma distinção entre a constituição do banco de amostras biológicas (biobanco), e a base de dados de perfis de ADN:

No que concerne ao primeiro momento, em que pode estar em causa à integridade física, a lei da criação da base de dados de perfis de ADN teve o cuidado e a

preocupação de no seu art. 10.º estabelecer que a recolha de amostras deve ser efetuada através de métodos não invasivos, de forma a poder salvaguardar a dignidade humana (art. 1.º, da CRP) e a integridade física e moral (art. 25.º, da CRP), e enuncia como preferência a colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente. O segundo momento deve ser efetuado com transparência, respeito pela reserva da vida privada, pela autodeterminação informativa, pelo princípio da legalidade, autenticidade, veracidade, univocidade e segurança das informações obtidas, assim como por outros direitos, liberdades e garantias fundamentais (n.ºs 2 e 3, do art. 3.º).²⁹²

Não há que se falar, com a adoção desta medidas, de violação ao direito à autodeterminação informacional, previsto no art. 35.º, da CRP, uma vez que está previsto a possibilidade do indivíduo controlar os dados pessoais que forma informatizados. Mesmo porque, como já tivemos a oportunidade de verificar, o direito à intimidade e à vida privada, não são irrestringíveis. Tanto que, a Lei de Proteção de Dados Pessoais, 12/2005, garante ao titular das informações, no art. 11.º, a possibilidade de atualizar, corrigir, retificar e suprimir a qualquer momento, seus dados pessoais. Em composição, o n.º 1, do art. 22, da Lei n.º 5/2008, proíbe que terceiros possam ter acesso aos dados inseridos na base de dados de perfis de ADN.

Vemos, portanto, uma segurança muito bem trilhada no que se refere à formação de um banco de dados com informações genéticas em Portugal, o que garante ao cidadão – pelo menos como um breve princípio – o direito a informar o seus dados genéticos e ter acesso a ele.

Porém, nossa proposta vai além, e aproveitando essa estrutura já formalizada da base de dados de perfis de ADN, acreditamos que as Conservatórias do Registro Civil das Pessoas Naturais de Portugal poderiam colaborar de sobremaneira com o acesso das informações genéticas do ser humano.

As Conservatórias do Registro Civil das Pessoas Naturais são responsáveis pelo arquivos perene dos principais atos e alterações na vida civil da pessoa natural, desde o momento em que ela nasce, até quando morre. Pois bem, e o primeiro ato civil que o recém nascido realiza – através de seus representantes legais (art. 97.º, do CRC) – é o registro de nascimento, o qual traz as principais informações daquela criança que acaba de nascer. O registro, ocorre mediante o assento; as alterações do estado civil, mediante averbamento (art. 50.º, do CRC).

²⁹² CORREIA, Sara Raquel da Silva – **A integridade física e a recolha de vestígios biológicos**. [Em linha]. [Porto]. [Julho de 2013]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=24830. p. 49-50.

O art. 102.º, do CRC, traz os elementos que deverão constar do assento de nascimento, a saber:

1 - Além dos requisitos gerais, o assento deve conter os elementos seguintes: a) O nome próprio e os apelidos; b) O sexo; c) A data do nascimento, incluindo, se possível, a hora exacta; d) A freguesia e o concelho da naturalidade; e) O nome completo, a idade, o estado, a naturalidade e residência habitual dos pais; f) O nome completo dos avós; g) As menções exigidas por lei em casos especiais.

2 - Os elementos são fornecidos pelo declarante, devendo ser exibidos, sempre que possível, os documentos de identificação dos pais.

3 - O funcionário que receber a declaração deve averiguar a exactidão das declarações prestadas, em face dos documentos exibidos, dos registos em seu poder e das informações que lhe for possível obter.

4 - Para efeitos dos assentos de nascimento ocorridos em unidades de saúde no estrangeiro, ao abrigo de protocolo celebrado com o Estado Português, considera-se naturalidade o lugar, em território português, da residência habitual de um dos progenitores, à data do nascimento.

5 - Sempre que o nascimento ocorra em território português em unidade de saúde onde não seja possível declarar o nascimento, deve ser exibido documento emitido pela unidade de saúde que comprove a ocorrência do parto e indique o nome da parturiente.

6 - Se o nascimento ocorrer em território português fora das unidades de saúde, deve ser exibido documento emitido nos mesmos termos do número anterior.

O assento de nascimento traz, portanto, os principais elementos de identificação civil da pessoa natural. E, para que o registro possa ser efetuado, se ocorrido em unidade de saúde, o que é mais comum (fora as exceções de partos ocorridos sem assistência médica, na residência da parturiente, ou no exterior), o documento emitido pela unidade de saúde para a comprovação do nascimento com vida da criança e dos demais elementos de identificação, é a comprovação do parto.

Este documento - de acordo com o Decreto-Lei n.º 290-D/99 (assinatura eletrônica de documentos), bem como da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro (base de dados da ADN) – pode ser gerado e assinado eletronicamente, com todas as informações necessárias para identificar civilmente o recém nascido. Tanto que, segundo SAMPAIO, “mesmo nos assentos lavrados em unidade de saúde exige a consulta prévia ao registro informático dos partos ou a consulta oficiosa junto da unidade de saúde e, só depois, pode ser lavrado o assento”.²⁹³

²⁹³ SAMPAIO, Álvaro – *op. cit.* p. 173.

A nossa proposta, como conclusão final desta pesquisa, é justamente unir essas duas possibilidades para aumentar o campo de identificação civil da pessoa natural, facilitando com que as informações genéticas do ser humano sejam armazenados nas Conservatórias do Registro Civil desde o nascimento.

Já dissemos que a certidão de nascimento traz para o interessado – bem como para terceiros que dela tenham contato – os principais dados que identificam a pessoa em sociedade, como o nome, o parentesco, a naturalidade, a nacionalidade, bem como as alterações do estado civil, como o divórcio, a alteração de patronímico, estados como a ausência, interdições, emancipações, a morte, dentre muitos outros.

Nossa ideia, seria aumentar as informações prestadas, incluindo, em um campo específico da certidão de nascimento, das informações genéticas da pessoa, para que, quando ela necessite dessas informações, pudesse se dirigir diretamente às Conservatórias do Registro Civil das Pessoas Naturais, e obteria acesso a elas.

Notem que, como representantes do Estado, as Conservatórias do Registro Civil estariam plenamente habilitadas a operar juntamente com o Poder Público para garantir o acesso às informações genéticas do indivíduo. Uma alteração legislativa, incluindo as Conservatórias no rol de agentes autorizados a recepcionar os dados relativos às coletas de material genético na base de ADN, por exemplo, seria de grande valia para o acesso das informações genéticas da pessoa humana.

As unidades de saúde de Portugal, já se encontram interligadas com as Conservatórias do Registro Civil das Pessoas Naturais, o que facilita, em muito, o trâmite das informações.

E vamos além, já é praxe à décadas, em quase a totalidade dos países do mundo, o exame neonatal do *pezinho*.²⁹⁴ O teste do pezinho não é considerado um exame invasivo, e que traz um benefício muito grande aos pais que optam pela realização do exame logo nos primeiros dias de vida da criança. Ele é capaz, como narra a notícia veiculada na internet, de diagnosticar, precocemente, muitas doenças progressivas que podem prejudicar as crianças ao longo de sua vida, e eu muitas vezes não aparecem de imediato, tais como fenilcetonúria, hipotireoidismo

²⁹⁴ Segundo informações do Serviço Nacional de Saúde: “O Programa Nacional de Diagnóstico Precoce permite, através do rastreio e da confirmação do diagnóstico, o encaminhamento dos doentes para a rede de centros de tratamento, sediados em instituições hospitalares de referência, contribuindo para a prevenção de doenças e ganhos em saúde. O «teste do pezinho» é realizado a partir do terceiro dia de vida do recém-nascido, através da recolha de umas gotículas de sangue no pé da criança, e permite diagnosticar algumas doenças graves que clinicamente são muito difíceis de diagnosticar nas primeiras semanas de vida e que mais tarde podem provocar atraso mental, alterações neurológicas graves, alterações hepáticas ou até situações de coma. Este exame não é obrigatório, pelo que pode sempre haver mais nascimentos do que testes ou até o contrário (devido a fatores como a altura da colheita não ser coincidente com o nascimento e a algum atraso no envio pelo correio), mas não deixa de ser um indicador relativo à natalidade em Portugal, tendo em conta a taxa de cobertura de quase 100% deste programa”. In: **SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE (SNS) – Natalidade: Teste do Pezinho**. [Em linha]. [s.l.]. [23 Mai 2018]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/05/23/natalidade-teste-do-pezinho/>.

congenito, fibrose cística, anemia falciforme, hiperplasia adrenal congênita e deficiência de biotinidase.

Como através deste exame são coletados algumas gotas de sangue – material genético que contém elementos do ADN – nossa sugestão seria a utilização do teste do pezinho para expandir a análise do material genético, não apenas para diagnosticar doenças, mas também para que fosse possível fazer o mapeamento e a identificação genética do indivíduo e que, posteriormente, essas informações pudessem estar disponíveis aos interessados na Certidão de Nascimento, não de maneira direta, mas através de um código, de uma chave de acesso, no qual somente o interessado poderia ter acesso.

Essa medida, se aplicada, ao longo de poucas décadas, poderia contribuir muito na diminuição de demandas judiciais envolvendo o acesso às informações genéticas; no auxílio à diminuição dos gastos de saúde; nas investigações criminais; nas identificações civis, dentre muitos outros ramos.

Pensando do lado dos interessados, para as pessoas que foram fecundadas através das diversas técnicas de reprodução humana medicamente assistidas, seja a heteróloga, ou a gestação de substituição, ou até mesmo no caso de um inseminação *post mortem*, as clínicas de reprodução humana, logo que o processo de fecundação se tornassem viáveis, poderiam ser compelidas a transmitir as informações genéticas, aos doadores de material genético ou da gestante de substituição à uma central de dados genéticos, e assim que a criança nascesse com vida, a unidade de saúde, de posse dessas informações, as transmitiria à Conservatória do Registro Civil das Pessoas Naturais, que a conservaria permanentemente.

As bases para essa criação já foram iniciadas, e mesmo que ainda voluntária, não vemos que a obrigatoriedade da coleta poderia ser invasiva, ou mesmo ofensiva à intimidade, à vida privacidade, ou mesmo violar os direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. Como já analisamos, a identidade pessoal, em todas as suas faces, é um direito fundamental de todo ser humano e garantido constitucionalmente como manifestação do princípio da dignidade humana. O uso ou não dessas informações, é um direito a ser exercido ou não de cada indivíduo, ser único e especial que é, como decorrência à autodeterminação informacional.

Esta é a nossa proposta, porém, não está dentre os nossos objetivos, esgotar o tema, mas simplesmente colaborar com o estudo do acesso à identificação genética, manifestação do Direito à Historicidade, nesta nova Bioconstituição que está em vigor, e que evolui a cada dia.

CONCLUSÃO

Após as pesquisas sobre o tema realizadas, não poderíamos deixar de advertir, diante imensidade do assunto - e também das possibilidades aventadas - que nossa intenção não foi, em nenhum instante, esgotar o estudo, mas sim, contribuir para o desenvolvimento das ideias a respeito do assunto.

Demonstrou-se, que os avanços recentes das pesquisas genéticas nos últimos anos, aconteceram com uma velocidade inimaginável - se pensado há poucas décadas - mas que, como toda forma de evolução, o ser humano, muitas vezes, não está preparado para lidar com as consequências dessas descobertas. E, no campo das ciências genéticas, isso se demonstra muito presente em alguns temas que a ela estão relacionados.

O foco de nossa pesquisa, se baseou em uma questão principal, a saber: como o direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas, por parte de qualquer pessoa titular dessas informações, pode se adequar ao princípio da dignidade da pessoa humana, dentro de uma Bioconstituição que garanta este aspecto do direito da personalidade, sem ofender outros direitos e garantias fundamentais?

Ou seja, que instrumentos o Direito da pós-modernidade traz aos interessados, para ter acesso às suas informações genéticas, sem ofender outros valores, também constitucionalizados e que são decorrência dos direitos fundamentais?

Para chegarmos a essas respostas, partimos do conceito do genoma humano, onde pudemos constatar que os avanços decorrentes das pesquisas genéticas, vem trazendo, em sua maioria, enormes benefícios à humanidade. Não restam dúvidas, que o estudo obtido através do ADN, pode ser considerado como a principal ferramenta do futuro para diagnosticar, tratar, curar ou até mesmo, identificar o ser humano. Isso tudo, aliado à medicina preditiva, às terapias gênicas, e as novas técnicas de reprodução humana, vem fazendo com que muitos casos de insucesso nos tratamentos, melhorem a qualidade de vida dos seres humanos, ou por que não dizer, realizem sonhos que antes pareciam ser impossíveis.

Mas, como toda evolução, não temos apenas os lados positivos, e muitos problemas ainda devem ser enfrentados, pois, sabemos que nem sempre a comunidade científica conta com profissionais que almejam apenas o bem estar dos demais, existindo situações que podem mirar apenas a obtenção de vantagens, muitas vezes ilícitas, em decorrência das demais pessoas.

E neste ponto, nos preocupamos em verificar como a tomada de decisões por parte dos geneticistas poderiam ou não reduzir o ser humano à um produto, a uma mercantilização. Afinal, melhorar a espécie humana sempre foi um desafio, mas não podemos deixar que este

desafio destrua alguns ideais construídos ao longo dos anos e que foram incorporados nos ordenamentos jurídicos das diversas nações.

Não negamos que nossa sociedade atual é capitalista e baseada em um consumo frenético. E, as descobertas científicas, em especial no campo da biomedicina, aos poucos, acabam se tornando produtos sonhados por muitos. Assim, o desenvolvimento e melhoramento da qualidade de vida do ser humano, acaba, muitas vezes, ganhando uma outra roupagem, a da mercantilização ou coisificação, o que devemos evitar.

O Biodireito, aliado à Bioética, surgem neste cenário, como mecanismos capazes de equalizar a relação entre os avanços científicos e os valores da vida, da liberdade, da intimidade, da vida privada, e os demais direitos construídos ao longo dos tempos. E sob esse enfoque, pudemos verificar como o Direito Internacional vem tratando essa relação. Das quatro principais Declarações Internacionais estudadas: a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos; a Declaração Universal da Bioética e Direitos Humanos; a Declaração das Nações Unidas sobre a Clonagem Humana e a Declaração Universal do Genoma Humano e os Direitos Humanos, bem como através dos Tratados, Convenções e Diretivas a Comunidade Europeia, observamos uma construção de ideais e valores a respeito do tratamento das evoluções das ciências médicas, em especial no que diz respeito à genética, que foram seguidos pela maioria dos países signatários.

E Portugal, neste cenário, não ficou de lado. A prova primordial está na Constituição da República Portuguesa de 1976, que identificou o princípio da dignidade da pessoa humana, como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, sendo uma manifestação do rol dos diversos direitos fundamentais existentes na Constituição. E como corolário deste pensamento, o acesso às informações genéticas estão garantidas a todos os cidadãos portugueses que desejem ter acesso a esses dados, priorizando, em outro lado, a intimidade e a vida privada.

Para podermos entender quais os limites de acesso que o Direito Português garante aos seus cidadãos, foi muito importante estudar o que se entende, afinal, por dignidade da pessoa humana, e como se deu essa construção ao longo dos tempos, para então, verificar qual o alcance da norma em questão.

Após verificar o pensamento, tanto filosófico, dentre outros pensadores, como Kant, Hegel, Dworkin e Habermas, bem como o lado jurídico, pudemos constatar que a dignidade da pessoa humana é um direito pessoal e irrenunciável de cada ser humano, e como manifestação dos direitos fundamentais que cada pessoa possui, os avanços das ciências a ela devem respeito e observação. Portanto, diante dos avanços dos estudos genéticos, das tratativas e terapêuticas,

se qualquer pessoa tiver a curiosidade, o interesse, ou a vontade de ter acesso às suas informações pessoais, o Direito deve lhe assistir e propiciar que obtenha essa informação de forma muito tranquila e eficaz, sem causar traumas ou empecilhos jurídicos.

A biotecnologia, pode ser apontada como manifestação da quarta dimensão dos direitos fundamentais. Desde os séculos XVII e XVIII – apontada pela doutrina em geral como primeira dimensão ou velocidade dos direitos fundamentais - onde pensadores como Rousseau, Kant, Hobbes e Locke, traziam um pensamento iluminista, baseado nas liberdades individuais, evoluímos para chegar em uma formação de sociedade onde o eu individual deixou de ser a preocupação, para pensarmos em um bem estar social, onde a busca da felicidade é um princípio que está ínsito na maioria dos ordenamentos jurídicos mundiais, e que em Portugal, não deixa de lado.

E é justamente neste cenário de evolução biotecnológica, que os direitos fundamentais podem ser afetados, pois várias questões jurídico-constitucionais precisam ser enfrentadas como decorrência das pesquisas com o genoma humano.

Ao longo da pesquisa, tentamos buscar as principais situações vivenciadas pelas pessoas que desejam ter acesso ao conhecimento de suas origens genéticas, mas que, muitas vezes, o Direito ainda não apresenta soluções pacíficas para que elas tenham garantidas este direito à historicidade, dentro de uma Bioconstituição.

Aliás, Bioconstituição foi o termo que escolhemos para dar voz a esses interesses decorrentes do princípio da dignidade humana, muito utilizado e difundido por doutrinadores renomados, como Otero e Baracho, visando entender que a Constituição deixou de ser apenas uma carta estática e garantidora de alguns limitados direitos, para se tornar um instrumento jurídico vivo dentro de um ordenamento jurídico de um país e, principalmente, quando o Estado vivencia os avanços da biomedicina, e incorpora seus preceitos, a Bioconstituição entre em cena, trazendo conceitos não apenas jurídicos puros, mas também do Biodireito, da Bioética, dentre outros, com missão de salvaguardar e equilibrar relações que, por ventura, possam estar em conflito.

O ser humano em geral, a cada dia que a sociedade evolui, aumentam também as necessidades de acompanhar esses processos. E, seja na vida profissional, social, econômica, os reflexos que essas evoluções vem trazendo ao lado íntimo e pessoal, vem causando um aumento na infertilidade, tanto por parte de homens como das mulheres, ou então, fazendo com que novas formações familiares surjam, abandonando àquela ideia de que apenas o casamento entre homem e mulher com os ditames e regras da igreja católica, poderiam formar a família legítima, como era a regra de outrora.

A livre formação familiar, com a intervenção mínima do Estado, passa a se tornar um princípio na CRP, que deve ser observado e respeitado por todos, principalmente pelo Estado, que deve garantir instrumentos para a concretização desses ideais. Além do que, o fenômeno da desbiologização da paternidade, conceito imaginado desde o final da década de 70, do século passado, ganha relevância, sendo um tema muito atual na base de muitas novas famílias. Desbiologizar, nesse contexto, é deixar de considerar que apenas é considerado pai o mãe, quem forneceu o material genético para uma fecundação, seja em ruma fecundação natural, ou artificial. O melhor interesse das crianças, nesse viés, deve prevalecer aos critérios antigos sobre a paternidade.

Mas, como toda nova evolução, o Direito, muitas vezes não tende a acompanhar este processo, e é por isso que algumas questões foram levantadas: a) seria possível que pessoas que foram fecundadas com material genético de doadores anônimos, em inseminações artificiais heterólogas, ao descobrirem esta realidade ao qual vivenciou, possam ter acesso a seu prontuário clínico, e em consequência, descobrir sua ascendência genética?; b) e no caso inverso, se o doador de material genético, tiver a curiosidade de descobrir qual foi o resultado da fecundação com o uso do seu espermatozoide, será que ele teria acesso a essa informação? Poderia vir a exigir alguma forma de contato com a pessoa gerada?; c) no caso do uso da terapêutica da gestação de substituição, se a gestante, que cedeu temporariamente o útero para gestar uma criança para outro casal, quiser a ter contato com o filho de outrem, ou se, mesmo a criança gerada quiser vir a saber quem o gestou, seria permitido? d) a inseminação *post mortem* é uma solução aceita em Portugal? Quais as consequências disso no caso da aceitação para a identificação de uma pessoa? e) no caso de inseminações artificiais realizadas no ambiente doméstico, sem o acompanhamento médico necessário, com o uso de material genético fornecido por terceiros, como a prole vingadora poderia ter contato com o doador do material, muitas vezes anônimo e escondido pelos genitores? Desse contato, poderia surgir algum direito?

Inúmeras são, portanto, as questões que advém do estudo da evolução das pesquisas genéticas, no que tange aos direitos da personalidade. Não poderíamos, nem se quiséssemos, esgotar todas as possibilidades que decorreriam desse tema. A cada dia, novas problemáticas vem surgindo, e os enfrentamentos do Direito nessas questões nos desafiam e continuarão a nos desfiar. Mas, através destes casos, pudemos verificar como Portugal vem enfrentando essas difíceis questões.

Algumas dessas questões, em especial envolvendo o uso de técnicas de PMA no caso de inseminação artificial heteróloga e na gestação de substituição, foram enfrentadas pelo

Tribunal Constitucional em algumas oportunidades. Em duas dessas, através dos Acórdãos n.º 101/2009 e 225/2018, o TC analisou, dentre outras questões constitucionalidade das normas do art.º 15, n.ºs 1 a 4 , em conjunto com a do art. 10.º, n.ºs 1 e 2, todos da Lei n.º 32/2006. Questionava-se, na oportunidade, que a pessoa gerada através de técnicas de PMA, em decorrência do dever de sigilo imposto pela Lei, não poderia ter acesso à sua identidade, ferindo, como regra maior, o princípio da igualdade conferido a todos os cidadãos portugueses.

Sob o enfoque constitucional, verifica-se um conflito de interesse entre dois direitos fundamentais, quais sejam: de um lado, o direito da pessoa nascida através das técnicas de PMA ter acesso à sua identidade genética (art. 26.º, n.º 1 e 3, da CRP); e de outro, o direito à manutenção da intimidade familiar e da vida privada (previstos nos artigos 36.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da CRP). No que diz respeito à gestação de substituição, foi questionada a inconstitucionalidade por violação ao direito ao conhecimento da identidade genética, bem como do princípio da dignidade humana e da proteção da infância. Em contrapartida, defende-se que não se pode negar à criança gerada pela técnica da maternidade de substituição, o direito de conhecer quem o gerou durante os nove meses de gestação.

Dessa maneira, após analisar todos os fundamentos e o conjunto de normas suscitadas, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 225/2018, apresentou um novo paradigma para os dispositivos, tanto da Lei de PMA, como da CRP, concluindo que o direito ao anonimato dos dadores de material genético, seja na procriação medicamente assistida heteróloga, como na maternidade de substituição, não são regras absolutas, devendo ser atenuadas em certas condições, a fim de que os interessados possam ter acesso às suas origens genéticas ou gestacionais, tudo em respeito ao princípio já consagrado da dignidade da pessoa humana, como corolário dos direitos fundamentais.

E que, afinal, ter acesso às suas origens, em nenhum momento fará com que haja um diminuição ou uma discriminação no instituto da filiação, muito menos a quaisquer direitos que a ela sejam inerentes, pois o conhecimento não induz a paternidade ou a maternidade, mas apenas reequilibra os direitos fundamentais que estão em colisão.

Diante desse novo paradigma, não restam dúvida que qualquer pessoa interessada, poderá ter acesso à sua história, em todas as faces ou vertentes que se apresentem, seja ela civil, biológica ou genética. Mas como garantir esse acesso, foi o alvo de nosso estudo.

Não existem direitos fundamentais absolutos, pois, o que dá a impressão de ser fundamental em certo tempo ou ocasião, o deixa de ser em outro. Por isso que, diante de um conflito de interesses ligando o conhecimento da identidade genética versus o direito ao anonimato, por exemplo, dentre outras questões, necessário se aplicar a técnica de ponderação

de interesses, para realizar uns direitos em detrimentos de outros, pois os direitos fundamentais não são absolutos.

A primeira forma que qualquer cidadão português possui a seu alcance para conhecer a sua historicidade, se dá através das Certidões das Conservatórias do Registro Civil, sejam elas de forma narrativa (a que traz os principais elementos do registro), ou a integral (onde são informados todos os dados constantes dos livros de registro), salvo nos casos onde hajam menções discriminatórias quanto à filiação ou nos casos de adoção ou de alteração de sexo, quando, então, somente os próprios interessados ou alguns herdeiros poderão solicitar estas certidões (arts. 211.º e 212.º, do Código do Registro Civil, DL n.º 131/95, de 06 de Junho, alterado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto – atualização mais recente).

A Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, instituiu o atual regime jurídico do processo de adoção. Por este instrumento, passa a ser garantido o conhecimento das origens ao adotado com 16 (dezesesseis) anos ou mais, que manifeste essa vontade. Há necessidade de autorização dos pais ou legal representante, enquanto for menor. E tal acesso, é assegurado mediante processo administrativo, só havendo necessidade de uma intervenção por parte do Poder Judiciário quando houver motivos ponderosos e em circunstâncias especiais.

E como instrumentalização deste acesso, no ano de 2002, o Código de Processo dos Tribunais Administrativos, passou a permitir a *intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*. Assim, poderíamos pensar na possibilidade da utilização deste mecanismo, quando, por exemplo, uma clínica de fertilização se recuse a fornecer, à pessoa que foi concebida mediante a utilização de técnicas de fertilização heteróloga, o prontuário com as informações de quem foi o doador de material genético para a sua concepção.

E, por fim, caso as medidas anteriores sejam ineficazes, o interessado tem a possibilidade de fazer uso do Poder Judiciário para dar guarida à sua demanda. E um desses mecanismos, está previsto no art. 10.º, n.º 2, do CPC de 2013, qual seja, a *ação declarativa de simples apreciação*.

Referida ação, se destinaria a que o Poder Judiciário declare a certeza da existência ou não de uma determinada relação jurídica, ou mesmo, da autenticidade ou falsidade de um documento, e pode ser o mecanismo a ser utilizado nos casos de recusa de algum órgão, entidade pública, ou ate mesmo particulares, em fornecer ou dar acesso às informações sobre uma determinada pessoa.

Vê-se, portanto, que o acesso ao conhecimento das origens genéticas por parte dos interessados em obtê-la, está garantido no ordenamento jurídico de Portugal através de vários mecanismos. E, muito embora, o acesso a estas informações possam ser, muitas vezes,

difícultosos, em razão de ser um fato novo da ciência moderna, e que envolve questões de sigilo quanto à identidade das pessoas, os mecanismos previstos e aqui citados acabam, ao final, dando guarida às pretensões dos interessados.

O legislador constitucional português deveria estabelecer mecanismos de garantia desse direito ao conhecimento das origens genéticas de forma ilimitada, e não apenas a algumas informações restritas, bem como, considerando inválidos atos normativos ou até mesmo não normativos que atentem contra esse direito. Existe um entrelaçamento entre todas as manifestações que decorrem dos direitos da personalidade. Sendo assim, o direito ao conhecimento das origens genéticas de forma ampla e ilimitada, está garantido, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, ínsita a cada ser humano. E, uma vez reconhecido esse direito pelo Estado, ele acaba se irradiado para a esfera privada.

Mesmo não sendo um direito absoluto, como tantos outros, ele deve ser tratado com certa primazia, quando confrontados com outros direitos a ele relacionados. E, uma vez reconhecido o direito ao acesso à identidade genética, impõe-se estabelecer normas para proteger e afastar qualquer recusa à sua real efetivação.

Existe uma preocupação que advém de alguns anos, referente aos bancos de dados que contenham informações pessoais, como ocorre com o crédito, com o consumo, com as telecomunicações, com as redes sociais etc., uma vez que os dados pessoais são cada vez mais utilizados para analisar e também para julgar os seus portadores. E, no campo da genética, os bancos de dados começam a surgir, e a cada dia tomam proporções inimagináveis. São os denominados *Biobancos*.

Porém, nossa proposta vai além, e aproveitando essa estrutura já formalizada da base de dados de perfis de ADN, acreditamos que as Conservatórias do Registro Civil das Pessoas Naturais de Portugal poderiam colaborar de sobremaneira com o acesso das informações genéticas do ser humano.

As Conservatórias do Registro Civil das Pessoas Naturais são responsáveis pelo arquivos perene dos principais atos e alterações na vida civil da pessoa natural, desde o momento em que ela nasce, até quando morre. Pois bem, e o primeiro ato civil que o recém nascido realiza – através de seus representantes legais (art. 97.º, do CRC) – é o registro de nascimento, o qual traz as principais informações daquela criança que acaba de nascer. O registro, ocorre mediante o assento; as alterações do estado civil, mediante averbamento (art. 50.º, do CRC).

O art. 102.º, do CRC, traz os elementos que deverão constar do assento de nascimento, como o nome escolhido, o sexo, a filiação, a parentalidade, dados do parto, dentre outros, que identificam a pessoa, que passará a exercer os direitos e deveres dentro da sociedade.

O assento de nascimento traz, portanto, os principais elementos de identificação civil da pessoa natural. E, para que o registro possa ser efetuado, se ocorrido em unidade de saúde, o que é mais comum (fora as exceções de partos ocorridos sem assistência médica, na residência da parturiente, ou no exterior), o documento emitido pela unidade de saúde para a comprovação do nascimento com vida da criança e dos demais elementos de identificação, é a comprovação do parto.

Este documento - de acordo com o Decreto-Lei n.º 290-D/99 (assinatura eletrônica de documentos), bem como da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro (base de dados da ADN) – pode ser gerado e assinado eletronicamente, com todas as informações necessárias para identificar civilmente o recém nascido. Tanto que, segundo SAMPAIO, “mesmo nos assentos lavrados em unidade de saúde exige a consulta prévia ao registro informático dos partos ou a consulta oficiosa junto da unidade de saúde e, só depois, pode ser lavrado o assento.

A nossa proposta, como conclusão final desta pesquisa, é justamente unir essas duas possibilidades para aumentar o campo de identificação civil da pessoa natural, facilitando com que as informações genéticas do ser humano sejam armazenados nas Conservatórias do Registro Civil desde o nascimento.

Nossa ideia, seria aumentar as informações prestadas, incluindo, em um campo específico da certidão de nascimento, das informações genéticas da pessoa, para que, quando ela necessite dessas informações, pudesse se dirigir diretamente às Conservatórias do Registro Civil das Pessoas Naturais, e obteria acesso a elas.

Notem que, como representantes do Estado, as Conservatórias do Registro Civil estariam plenamente habilitadas a operar juntamente com o Poder Público para garantir o acesso às informações genéticas do indivíduo. Uma alteração legislativa, incluindo as Conservatórias no rol de agentes autorizados a recepcionar os dados relativos às coletas de material genético na base de ADN, por exemplo, seria de grande valia para o acesso das informações genéticas da pessoa humana.

As unidades de saúde de Portugal, já se encontram interligadas com as Conservatórias do Registro Civil das Pessoas Naturais, o que facilita, em muito, o trâmite das informações.

E vamos além, todas essas informações poderiam ser coletadas e analisadas através do exame neonatal realizado até nos três primeiros dias de vida da criança recém nascida (teste do pezinho) que, mesmo sendo de caráter facultativo, poderia passar a ser obrigatório, afinal, a

maior partes dos estudiosos do assunto entendem que este teste não é invasivo, e que resulta em inúmeros benefícios na averiguação e prevenção de muitas doenças e que, poderia ser utilizado para catalogar os dados genéticos das pessoas, para posteriormente, serem anexados ao Registro Civil das Pessoas Naturais, que serviria como um biobancos de informações genéticas, à espera da manifestação dos interessados, titular único e exclusivo daquelas informações.

Essa medida, se aplicada, ao longo de poucas décadas, poderia contribuir muito na diminuição de demandas judiciais envolvendo o acesso às informações genéticas; no auxílio à diminuição dos gastos de saúde; nas investigações criminais; nas identificações civis, dentre muitos outros ramos e garantiria, portanto, o acesso ao conhecimento das origens genéticas, protegendo este direito, que nada mais é do que uma manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana, dentro da Bioconstituição.

BIBLIOGRAFIA

ACÓRDÃO N.º 39/1988. Tribunal Constitucional. **Diário da República**. N.º 52/1988, Série I de 1988-03-03

ACÓRDÃO N.º 101/2009. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, 2ª Série – N.º 64 – 1 de Abril de 2009.

ACÓRDÃO N.º 155/2007. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, 2ª Série – N.º 70 – 10 de Abril de 2007.

ACÓRDÃO N.º 225/2018. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, 1ª Série – N.º 87 – 7 de Maio de 2018.

ACÓRDÃO N.º 309/2016. Tribunal Constitucional. **Diário da República**. N.º 173/2016, Série II de 2016-09-08

ACÓRDÃO N.º 362/2016. Tribunal Constitucional. **Diário da República**. N.º 200/2016, Série II de 2016-10-18.

ACÓRDÃO N.º 401/2011. Tribunal Constitucional. **Diário da República**, n.º 211/2011, Série II de 2011-11-03.

ALCÂNTARA, Livia Medina Freira – **O conflito entre o direito à origem genética e o direito À intimidade nos casos de reprodução humana assistida heteróloga**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016. 44 f. Dissertação de Bacharelado em Direito. [Em linha]. Brasil [s.d]. [Consult. 09. Jun. 2019]; Disponível em <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2492/1/O%20conflito%20entre%20o%20direito%20%C3%A0%20origem%20gen%C3%A9tica%20e%20o%20direito%20%C3%A0%20intimidade%20nos%20casos%20de%20reprodu%C3%A7%C3%A3o%20humana%20assistida%20heter%C3%B3loga~1.pdf>.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 15.

ARAÚJO, Gláucia Nielle Santos; BACELAR, Jéferson Antonio Fernandes – **Identidade genética: um novo direito fundamental? Entre o conhecimento e a efetivação.** [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 12 Jul. 2019]; Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9154498493d8e734>.

ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito e Bioética.** Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, julho de 1991.

_____ - **Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica.** In: Revista Ordem dos Advogados. Ano 63. Vol. I e II. [Em linha]. [s.l]: [Abril 2003]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2003/ano-63-vol-i-ii-abr-2003/artigos-doutrinais/jose-de-oliveira-ascensao-intervencoes-no-genoma-humano-validade-etico-juridica/>.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira - **A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito.** [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 22 Mai. 2019]; Disponível em <http://www.gontijofamilia.adv.br/tex023.htm>.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético.** Reimpressão da Edição de 1998. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-1113-5.

_____ – **Direito do Genoma Humano. Teses.** Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-3250-4.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de - **Bioética e início da vida: alguns desafios.** São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004. p. 145.

BARRETO, Vicente de Paulo - Bioética, biodireito e direitos humanos. **Revista Ethica**, v. 5, n.1.1998. [Em linha]. Brasil: [s.d]. [Consult. 11 Mai. 2019]; Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/v_barreto.html.

BARROSO, Luís Roberto – **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação, Interpretação constitucionalmente adequada ao Código Civil e da Lei de Imprensa.** [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult.

27 Mai. 2019]; Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm.

BOBBIO, Norberto – **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 13.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOUSQUET, Joana Bione – **Contratos de Direito de Personalidade: a pessoa humana como ser social perante o Direito e a possibilidade da sua tutela na Via Arbitral**. Dissertação em Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2009. p. 12. [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 11 Mai. 2019]; Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/ULFD113640_tese.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat – **A Efetividade da Tutela Constitucional dos Direitos Existenciais e os Novos Danos**. Revista Conexão Acadêmica. 1.^a ed. [Em linha]. [s.l]. [2010]. [Consult. 27 Mai. 2019]; Disponível em www.conexaoacademica.com.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira – **INTIMIDADE VERSUS OTIGEM GENÉTICA: A PONDERAÇÃO DE INTERESSES APLICADA À REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA**. [Em linha]. Brasil: [sd]. [Consult. 08. Set. 2018]; Disponível em <http://www-antigo.mpmg.br/portal/public/interno/arquivo/id/32427>.

CAMPOS, Diogo Leite de - **A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA E O SIGILO SOBRE O DADOR— OU A OMNIPOTÊNCIA DO SUJEITO**. [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 07. Set. 2018]; Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-omnipotencia-do-sujeito/>.

_____ – **Lições de Direito da Personalidade**. Coimbra: 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. Ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi – **O consumidor e o direito à autodeterminação informacional**. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 46. São Paulo: 2003.

CARVALHO, Ester de; IEIRA, Ricardo Stanziola – **Direitos Humanos e Biotecnologia: aspectos dilemáticos contemporâneos**. Em linha]. [Brasil]. [s.d]. [Consult. 15 Mai. 2019]; Disponível em <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v11n1.p63-74>.

CASABONA, Carlos María Romeo (Coord.) – **Derecho Biomédico y Bioética**. Granada: Editorial COMARES, 1998.

_____ - **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCCrim, 1999.

CASIMIRO, Josefa Chilulu – **Uma reflexão sobre direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Departamento de Direito, 2015. 141 f. Dissertação de Mestrado em Direito. [Em linha]. [Lisboa]. [2015]. [Consult. 25 Mai. 2019]; Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9c4a_eKiVLwJ:recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6285/DISSERTA%25C3%2587%25C3%2583O-JOSEFA-CASIMIRO.pdf%3Fsequence%3D1+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.

CASSETARI, Christiano – **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: Efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 9-788522-484355.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução de nº 1.957/2010. Brasília-DF. Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em 23 de agosto 2011.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA – Parecer n.º 23/CNECV/97. Conselheiro Joaquim Pinto Machado . [Em linha]. Lisboa: [29 Jul. 1997]. [Consult. 08. Jun. 2019]; Disponível em <http://www.cnecv.pt/pareceres.php?search=23&o=DESC>.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA – Parecer n.º 44/CNECV/2004. Conselheira Paula Martinho da Silva . [Em linha]. Lisboa: [26 Jul. 2004]. [Consult. 08. Jun. 2019]; Disponível em <http://www.cnecv.pt/pareceres.php?search=44&o=DESC>.

CORREIA, Sara Raquel da Silva – **A integridade física e a recolha de vestígios biológicos**. [Em linha]. [Porto]. [Julho de 2013]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=24830.

CORTE-REAL, Pamplona – **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2011.

DINI, Aline – Inseminação artificial caseira: os riscos da ideia, que se espalha cada vez mais em grupos de internet. **Revista Crescer** [Em linha]. Brasil [31 Jul. 2018]. [Consult. 09. Jun. 2019]; Disponível em <https://revistacrescer.globo.com/Voce-precisa-saber/noticia/2018/07/inseminacao-artificial-caseira-os-riscos-da-ideia-que-se-espalha-cada-vez-mais-em-grupos-de-internet.html>.

DINIZ, Maria Helena – **O Estado Atual do Biodireito**. 2.^a ed. aumentada e ainda atualizada conforme o novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, Tiago – ***Vitro Veritas?* A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald – **El Dominio de la Vida. Una Discusión Acerca del Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual**. Tradução de Ricardo Caracciolo e Vitor Ferreres. 1.^a reimp. Barcelona: Ariel, 1998, p. 305 e ss.

- ECHTERHOFF, Gisele – O direito à privacidade dos dados genéticos. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2007. 213 f. Dissertação de Mestrado em Direito. [Em linha]. Brasil: [s.d]. [Consult. 10 Mai. 2019]; Disponível em www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024967.pdf.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber – **El consejo genético e sus implicaciones jurídicas**. Bilbao-Granada: Comares, 2001.
- EUROPEAN PARLIAMENT - [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 11 Mai. 2019]; Disponível em http://www.europarl.eu.int/news/public/focus/_page/008-975-255-9-37-901-20050819FCS00974-12-09-2005-2005/default_pt.htm.
- FABRIZ, Daury Cesar – **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas – **Reconhecimento de filhos e a Ação de Investigação de Paternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERNANDES, Tycho Brahe – **A reprodução assistida em face da bioética e do Biodireito**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia – **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2011.
- FRAGADOLLI, Luciana – **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- FRANÇA, Rubens Limongi – **Direitos Privados da Personalidade**. *Revista dos Tribunais*. Vol. 370. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.
- GALINDO, Bruno – **Direitos fundamentais: Análise de sua concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003.

GARBIN, Rosana Broglio – **O direito ao conhecimento da ascendência biológica.** [Em linha]. [Lisboa]. [s.d]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/780/474>

GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel – **A bioética no século XXI.** *Bioética*. Brasília, v.7, n. 2, 1999.

GUERRA, Arthur Magno e Silva – **Direitos fundamentais e manipulação da vida intra-uterina: suporte bioético à interpretação constitucional.** [Em linha]. Brasil: [sd]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2c2fb9efd4b8a1f8>.

HÄBERLE, Peter – A dignidade como fundamento da Comunidade Estatal. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____ – **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso.** Lisboa: Piaget, 2001.

_____ – **El futuro de la Naturaleza Humana. Hacia una Eugenesia Liberal?** Tradução de R.S. Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002. p. 50-51.

HAMMERSCHMIDT, Denise – **Alguns Aspectos da informação, intimidade e discriminação genética no âmbito jurídico internacional.** [Em linha]. Brasil: [sd]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <http://www.enm.org.br/docs/biblioteca/Alguns%20aspectos%20da%20informa%C3%A7%C3%A3o,%20intimidade%20e%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20no%20%C3%A2mbito%20jur%C3%ADdico%20internacional%20-%20UEM.doc>.

_____ – **Intimidade genética e direito da personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2008

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – Fenomenologia do Espírito; Estética: a Ideia e o Ideal; Estética: O belo Artístico e o Ideal; Introdução à História da Filosofia. Traduções de Henrique Cláudio de Lima Vaz, Orlando Vitorino, Antonio Pinto de Carvalho. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Immanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986.

KLOEPFER, Michael – Vida e dignidade da pessoa humana. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEMOS, Vinícius – Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras. **BBC News Brasil**. [Em linha]. Brasil: [29 Nov. 2017]. [Consult. 10. Jun. 2019]; Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>.

LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquemático**. 13.^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. ISBN978-85-02-07916-8.

LIEDKE, Mônica Souza – **Proteção do genoma humano e socioambientalismo: aspectos bioéticos e jurídicos**. [Em linha]. Brasil: [sd]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <https://repositorio.uces.br/xmlui/handle/11338/445>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto – **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. [Em linha]. Brasil [s.d]. [Consult. 09. Jun. 2019]; Disponível em <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/reccej/article/viewFile/633/813>.

LUCENA, Marina Targino Soares de – **Bioética e Biodireito: O direito à privacidade dos dados genéticos como instrumento para evitar a discriminação genética**. Coimbra: Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito, 2014. 86 f. Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [Em linha]. [Coimbra]. [2014]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/34906>. p. 65.

LÚCIO, Álvaro Laborinho – **A genética e a pessoa: O direito à identidade.** Revista do Ministério Público, ano 22, n.º 88 (out/dez 2001).

MACHADO, Maria Helena - **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos.** Curitiba: Editora Juruá, 2011.

MACHIN, Rosana – **Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas.** [Em linha]. São Paulo [Mar. 2016]. Universidade de São Paulo. Faculdade de Medicina. Departamento de Medicina Preventiva. [Consult. 08. Set. 2018]; Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902016000100083&script=sci_abstract&tlng=pt.

MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge – **Constituição Portuguesa Anotada.** Tomo I. Coimbra: 2005.

MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais.** 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 233. ISBN978-972-40-7217-3.

_____ – **Manual de Direito Constitucional.** 3.^a ed. Coimbra: Editora Coimbra, tomo IV, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin – **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos Direitos Morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa.** [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 12 Jul. 2019]; Disponível em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JRN_MA_12757.docx. p. 18.

_____ – **Os direitos fundamentais na ordem constitucional Portuguesa.** Revista Española de Derecho Constitucional. Año 6. Numero 18. Septiembre-Diciembre 1986. p. 107.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MORIN, Edgar -**Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 4.^a ed. São Paulo: Cortez/UNESCO, 2001.

OLIVEIRA, Guilherme – **Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida** In: Temas de Direito da Medicina. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. [Em linha]. Brasil: [s.d]. [Consult. 11 Mai. 2019]; Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=1889.

ORGEL, Leslie – A simpler Nucleic Acid. **Science** **290** (5495). November 2000.

OTERO, Paulo – **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil Constitucional da Bioética**. Coimbra: Almedina, 1999.

PAIVA, Alcymar Rosa – **O direito ao conhecimento das origens genéticas nos casos de reprodução medicamente assistida heteróloga**. Dissertação apresentada à faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), com menção em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor André Gonçalo Dias pereira. [Em linha]. Coimbra [2016]. [Consult. 12 Jul. 2019]; Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/44812/1/alcymar%20Paiva.pdf>

PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia – Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra: Instituto de Investigação Interdisciplinar da Universidade de Coimbra. N.º 82 (Setembro 2008). [Em linha]. [s.l]. [s.d]. [Consult. 08 Jun. 2019]; Disponível em [https://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/839_RCCS82-053-083-Pedroso-Branco%20\(4\).pdf](https://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/839_RCCS82-053-083-Pedroso-Branco%20(4).pdf) p. 54.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família do século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fatima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PETTERLE, Selma Rodrigues – **O Direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. ISBN 85-7348-458-6.

REALE, Miguel – **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 3.^a ed. São Paulo: 2005.

REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RESOLUÇÃO N.º 2.168, de 21 de setembro de 2017. Conselho Federal de Medicina. **Diário Oficial da União** (10-11-17).

ROMEO CASABONA, Carlos Maria – **Genética y Derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2003.

ROSSETTI, Victor – O que é informação genética? **Biopoeise e Bioquímica**. [Em linha]. Brasil: [03 Jun. 2016]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <https://netnature.wordpress.com/2015/06/03/o-que-e-informacao-genetica/>.

_____ – Origem da informação genética e o Código da Vida. **Biopoeise e Bioquímica**. Categoria Geral. Ciências Biológicas. [Em linha]. Brasil: [19 Set. 2016]. [Consult. 16. Mar. 2019]; Disponível em <https://netnature.wordpress.com/2016/09/19/origem-de-informacao-genetica-e-o-codigo-da-vida/>.

RUIZ MIGUEL, Carlos – **La nueva frontera del derecho a la intimidad**. *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.º 14. p 150. ene./jun.,2001.

SAMPAIO, Álvaro – **Código do Registro Civil Anotado e Comentado**. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN978-972-40-4492-7

SANTOS, Boaventura de Sousa – **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2.^a ed. Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.^a ed. Rev. Atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?**. 1.^a ed. Curitiba: Appris, 2015.

_____ – **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.^a ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAUWEN, Regina Fiúza. HRYNIEWICZ, Savero - **O direito in vitro: da bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEELMAN, Kurt – Pessoa e Dignidade da pessoa humana na filosofia de HEGEL. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 48-49.

SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE (SNS) – Natalidade: Teste do Pezinho. [Em linha]. [s.l.]. [23 Mai 2018]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/05/23/natalidade-teste-do-pezinho/>.

SHANNON CE – **A mathematical theory of communication**. Bell Syst. Tech. 1948. J. 27. p. 379-423.

SILVA, Paula Martinho da – **Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (Anotada)**. Lisboa: Cosmos, 1997. p. 52-53.

SILVA, Reinaldo Pereira e – **Introdução ao Biodireito: Investigações Político-Jurídicas sobre o Estatuto da Concepção Humana**. São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA, Guilherme Volpato de; VOLPATO, Luana Figueiró Silva – Reprodução assistida e o direito comparado: a constitucionalização do direito privado e o direito do filho ao conhecimento de sua origem genética motivado em doença genética. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 3, Santa Maria, 2015 - **Anais**. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2015. [Em linha]. Brasil [s.d]. [Consult. 09. Jun. 2019]; Disponível em <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-9.pdf>.

SOUZA, Janice Bonfiglio Santos – **A reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessão**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006. 32f. Monografia de Bacharelado em Direito no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais. [Em linha]. Brasil: [08 Nov. 2006] [Consult. 07. Set. 2018]; Disponível em <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/780/474>.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi – **O Direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da Bioconstituição**. [Em linha]. [Brasil]. [jan/jun 2010]. [Consult. 22 Mai. 2019]; Disponível em <http://repositorio.furg.br/handle/1/2479>.

STF – Supremo Tribunal Federal- Habeas Corpus n.º 82.424-2-RS. Diário da Justiça de 19 de Mar. 2004. [Em linha]. [Consult. 27 Mai. 2019]. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Processo n.º 08A2603. Rel. Azevedo Ramos. [Em linha]. [Lisboa]. [25 Nov. 2008]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/34df2b3d008c08e88025750c0040e9f7?OpenDocument&Highlight=0,08A2603>.

_____ - Processo n.º 912-B/2002.C1.S1. Rel. Álvaro Rodrigues. [Em linha]. [Lisboa]. [15 Dez. 2012]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f34b574f092e26d80257968005219d3?OpenDocument>.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES. Processo n.º 337/12.6TBVVD.G1. Rel. Purificação Carvalho. Em linha]. [Guimarães]. [04 Mar. 2013]. [Consult. 25 Jul. 2019]; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/1d3ceff99cc4b03080257b36004184c8?OpenDocument&Highlight=0,conhecimento,das,origens,gen%C3%A9ticas>.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Processo n.º 2192/10.1TJLSB.L1-2. Rel. Jorge Vilaça. [Em linha]. [Lisboa]. [13 Set. 2012]. [Consult. 04 Set. 2019]; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/da53cbb87ac81b6d80257a92004b5f09?OpenDocument&Highlight=0,identidade,genetica,insemina%C3%A7%C3%A3o,artificial>.

_____. Processo n.º 25735/15.0T8SNT.L1-2. Rel. Ondina Carmo Alves . [Em linha]. [Lisboa]. [24 Jul. 2017]. [Consult. 04 Set. 2019]; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4c2275e119e02e968025813a00384528?OpenDocument&Highlight=0,identidade,genetica,insemina%C3%A7%C3%A3o,artificial>.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez - Información genética, intimidad y discriminación. **Acta Bioethica**, año VIII, n. 2. 2002.

VELASQUEZ, Tomlyta Luz – O conhecimento da ascendência genética como um direito da personalidade: uma proposta para a reconfiguração do contrato de doação de material germinativo. **Revista da Sorbi**. Porto Alegre: Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. ISSN 2318-9983. 2016; 4(2).

VILELLA, João Baptista – Desbiologização da Paternidade. In: CURSO DE EXTENSÃO SOBRE O DIREITO DO MENOR, Belo Horizonte, 1979 – **Actas**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1979. [Em linha]. Belo Horizonte: [09 Mai. 1979]. [Consult. 09. Jun. 2019]; Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>.

WILKIE, Tom - **Projeto Genoma Humano: um conhecimento perigoso.** Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994.

ZANATTA, Anna Laura – **Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita.** Bologna: Il Mulino, 2008.