

A DESBIOLOGIZAÇÃO DA FAMÍLIA E O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA: AS CARACTERÍSTICAS DE UM DIREITO CIVIL PATRIMONIALISTA E EXISTENCIALISTA EM TRANSIÇÃO

Glenda Gonçalves Gondim*

Sumário: Introdução; 1. A família constitucionalizada: o vínculo sócio afetivo; 2. Paternidade: o afeto e a desvinculação dos laços biológicos; 3. O reconhecimento genético: as repercussões no Direito civil existencial e o resgate das características biológicas na paternidade; 4. O direito à identidade genética e o direito de sigilo: posicionamento do Superior Tribunal de Justiça; 5. Considerações finais; 6. Bibliografia

RESUMO

A família contemporânea é baseada em afetividade e não simplesmente em laços biológicos, a partir das noções de um direito civil constitucional. Em verdade, o afeto passa a ser o ponto central destas relações ocorrendo o que foi denominado doutrinariamente como “desbiologização” da família. Por sua vez, também pelas noções de um direito civil constitucionalizado, o direito à identidade deve ser garantido a todo cidadão e diz respeito à identificação da pessoa dentro da sociedade, o que engloba o direito ao conhecimento de sua ascendência genética. Assim, as relações familiares passam a ter dois pontos distintos, de um lado a afirmação de que os laços biológicos não mais seriam relevantes para a discussão da família e por outro lado, a importância da relação biológica para o indivíduo. O objetivo do presente trabalho é analisar a afetividade da desbiologização e a importância dos laços biológicos dentro das noções do direito civil patrimonialista e existencialista em transição no século XXI.

Palavras chave:

Família. Paternidade. Afetividade. Dignidade. Personalidade. Ascendência genética. Identidade.

Introdução

Pelas constituições do pós-guerra, a fim de proteger a pessoa humana das atrocidades ocorridas na II Guerra Mundial, foram consagrados direitos até então definidos como inerentes à esfera privada dos indivíduos. Seguindo este

* Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Advogada. Professora de Direito Civil da Universidade Positivo.

fenômeno, a Constituição brasileira de 1988 preceitua em seus fundamentos da república a dignidade humana, no artigo 1º, inciso III da Carta Magna.

A partir do reconhecimento da proteção da pessoa, é possível afirmar que “[...] a ordem jurídica tem por principal destinatário o ser humano, protegendo sua dignidade e garantindo-lhe o livre desenvolvimento da personalidade”¹, desvinculando o Direito do viés patrimonialista que embasou a sua formação moderna para um Direito existencial.

Neste Direito existencial, a preocupação para com os direitos de personalidade deve ser prioridade, independente da positivação, pois não pode estar atrelada simplesmente aos direitos que estejam positivados e engessados legalmente. Dentro dos direitos de personalidade, encontra-se o direito à identidade genética ou reconhecimento genético que é definido como um direito vinculado à identificação da pessoa.

Todo indivíduo deve ser identificado socialmente, sendo uma necessidade pessoal e, portanto, um direito de cada um ². Tal identificação é realizada pelas relações que o indivíduo trava no âmbito social³, pelas relações civis de casamento e pelos contratos que realiza⁴, bem como pelas relações existenciais, incluindo, assim, dentre outras características, o nome familiar, o *status familiae* e sua identidade genética⁵.

O questionamento que surge é no que consiste a identidade genética, o que abrange e como decidir os conflitos com outros direitos de personalidade.

Partindo do pressuposto de que não se trata meramente de um direito biológico, mas também com laços culturais e sociais, o seu conteúdo não está relacionado simplesmente com o objetivo de evitar impedimentos matrimoniais,

¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed., atual., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

² SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, p. 165.

³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 31.

⁴ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Luiz Edson Fachin [coord.]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 91-92.

⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, p. 165-166.

pois vai mais além, visando criar relações familiares⁶; sendo, portanto, um direito amplo que se traduz em questões patrimoniais e existenciais, tendo em vista que engloba um direito em conhecer a sua própria história, travar relações familiares e garantir o patrimônio sucessório.

A partir dessa conceituação é possível travar alguns questionamentos que são o objeto deste estudo. Eis que analisado patrimonialmente, o direito do reconhecimento à identidade genética cria vínculos familiares quando já existem vínculos afetivos? Para efeitos patrimoniais, prevalece a família biológica ou afetiva? Existencialmente, tal direito está relacionado com o conhecimento da história da pessoa, contudo, a história da pessoa está relacionada com o seu conhecimento genético ou com os laços familiares que foram travados durante a sua vida?

A outra problematização que se pretende expor é quando este direito de personalidade se contrapõe com outros direitos personalíssimos, através de breve análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, bem como da doutrina, analisando os direitos da integridade física e sigilo dos pais biológicos.

1. A família constitucionalizada: o vínculo sócio afetivo

Ao apontar para a pessoa, o Direito Civil alterou a sua ordem jurídica e os seus próprios institutos, que “[...] só tem razão de ser a partir do momento em que exista (e seja considerado) em função do homem”⁷. No Direito de Família, tal fenômeno ocasionou o afastamento aos modelos codificados e consagrados pelo século XIX.

O modelo codificado era a família matrimonializada fundada nos conceitos de patriarcado e hierarquia, extremamente relacionada com fundamentos judaico-cristãos do casamento (do qual decorria a indissolubilidade do vínculo), que tinha como preocupação precípua os efeitos patrimoniais desta relação familiar.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 177.

⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Luiz Edson Fachin [coord.]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 41.

Esta família foi emoldurada pelo Código Civil de 1916 e deixava à margem do Direito as relações que se formavam e não se encaixavam no casamento entre um homem e uma mulher, bem como os filhos advindos de relações não matrimoniais.

O fato da indissolubilidade do vínculo familiar também contribuiu para a formação de diversos concubinatos e “[...] Diante do inevitável aumento de situações fáticas, coube ao julgador decidi-las utilizando os mecanismos disponíveis”⁸.

Durante o século XX, verifica-se a criação de diversas legislações esparsas, elaboradas com o objetivo de disciplinar as relações familiares fáticas que estavam relegadas pelo Direito, cujos resultados batiam às portas do Judiciário na tentativa de serem abarcadas juridicamente e receberem solução jurídica justa que não estivesse fundada em padrões religiosos de um Estado laico.

As legislações esparsas e a jurisprudência que conseguiram manter vivo o Direito de família, adequando a relação emoldurada pelo Código, para as relações fáticas que se desenvolviam. A jurisprudência “[...] realizando interpretação construtiva, colmatando lacunas, relativizando rigores.”⁹ e a legislação através dos microssistemas que se aproximavam da realidade fática.

Também, as próprias famílias que se constituíram dentro dos padrões do codificado direito civil brasileiro foram sendo alteradas durante o tempo. É que a justificativa da família como uma instituição para melhor repartição de bens e constituição dos filhos para auxílio nas tarefas da propriedade - fundamentalmente rural - tomou lugar para uma família constituída, ainda que pelo matrimônio, em um número reduzido de filhos e uma maior aproximação entre estes e os pais; foi a redução do núcleo familiar.

⁸ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Luiz Edson Fachin [coord.]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 286.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12.

Essa alteração verificada na própria família codificada “[...] acabou contribuindo para que ela pudesse se tornar uma comunidade mais coesa, com maior proximidade entre seus membros”¹⁰

A mudança do núcleo familiar, analisado neste momento de forma quantitativa, pode ser atribuída a diversas causas ocorridas durante o século XX, tais como: “[...] o processo de urbanização, a industrialização ocorrida no país; o ingresso da mulher no mercado de trabalho, o aumento em sua esfera de atuação social, política e jurídica”¹¹, dentre outras.

Todas essas alterações foram capazes de criar um vínculo familiar fundado na afetividade¹², o que foi ressaltado pelo disciplinamento jurídico da adoção, que se trata de formação de vínculo afetivo entre pais e filhos, que não possuem vínculos biológicos. E quando a Constituição Federal de 1988 disciplinou o princípio da “[...] igualdade e da liberdade na família, o vínculo jurídico cedeu parte de seu espaço à verdade sócio-afetiva”¹³.

É importante ressaltar que tal afirmativa não significa dizer que as relações familiares anteriores não estavam fundadas no afeto, como no caso das adoções, mas sim que a partir da repersonalização do Direito, quando o importante era a proteção da pessoa, o afeto passou a ser considerado como elemento jurídico e, portanto, hábil a gerar efeitos jurídicos¹⁴. O afeto passa a ser, então, elemento de suma importância a ser considerado para a relação matrimonial, visto que é a vontade de estar junto e compartilhar uma vida em comum que importará na “[...] constituição de uma família, assim como em sua dissolução”¹⁵.

A família a ser abarcada pelo Direito é toda união, ainda que fora da moldura do matrimônio, respeitando os laços afetivos e a individualidade do cidadão, inclusive com respeito ao “direito de não casar”¹⁶, não ter filhos, se relacionar com base na homoafetividade, ou não criar vínculos familiares.

¹⁰ CARBONERA, Silvana Maria. *Op. cit.*, p. 286.

¹¹ CARBONERA, Silvana Maria. *Idem, ibidem*.

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179-180.

¹³ CARBONERA, Silvana Maria. *Op. cit.*, p. 291.

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

¹⁵ CARBONERA, Silvana Maria. *Op. cit.*, p. 297.

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 96.

Portanto, a transposição do Direito Civil patrimonial para um Direito Civil existencial, com vistas à pessoa humana, altera a “[...] função econômica-política-religiosa-procracional”¹⁷ dos laços familiares para a afetividade. E, conseqüentemente, o elemento afetivo também deve ser considerado para o vínculo entre os pais e os filhos, passando a ser admitida pelo direito civil constitucional a filiação biológica e não biológica, conforme exposto no tópico a seguir.

2. Paternidade: o afeto e a desvinculação dos laços biológicos

A codificação de 1916 emoldurou a família no matrimônio e, conseqüentemente, as relações de filiação existiam quando originárias da relação matrimonial, portanto, o laço biológico não era suficiente para estabelecê-la. Os filhos que tivessem tão somente laços biológicos, mas não fossem originários do matrimônio, eram considerados como adulterinos “[...] em homenagem à ‘paz e a honra’ das famílias matrimonializadas”¹⁸.

A igualdade entre os filhos, independente da origem matrimonial ou não, bem como de vínculos biológicos ou não, foi grande avanço verificado durante o século XX, eis que a desigualdade existente e prevista no Código de 1916 que perdurou até a Constituição de 1988 “[...] era a outra e dura face da família patriarcal que perdurou no direito brasileiro”¹⁹.

No tocante a ausência de relação biológica com os pais, ao tornarem iguais os filhos com vínculos biológicos e aqueles com vínculos civis da adoção, tornou-se igualitária a relação biológica e a “filiação construída no amor”²⁰. Como consequência, fundamentou juridicamente a possibilidade de analisar a filiação como “[...] uma construção que abrange muito mais do que uma semelhança entre os DNA”²¹.

E a Constituição foi mais longe, não apenas forneceu elementos para a construção deste pensamento equitativo entre laços biológicos e afetivos, mas disciplinou expressamente o elemento do afeto na relação familiar. Diante da

¹⁷ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 15.

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 237.

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 184.

juridicidade do afeto, é importante analisar as consequências para os laços paternos, especialmente, no que tange a desvinculação dos laços biológicos e possibilidade de construção de uma relação familiar baseada, unicamente, em afeto. É que se a filiação não é meramente relação biológica e deve decorrer “[...] da construção cultural e afetiva permanente”²², sendo que mero genitor não é sinônimo de pai, possível afirmar que sim, com a constitucionalização do Direito Civil a filiação pode e deve ser construída através da afetividade, ainda que ausente os laços biológicos.

É o que demonstra a posse de estado de filiação que contínua e notória passa de uma relação fática para uma relação jurídica, portanto, com efeitos jurídicos, inclusive patrimoniais. A posse de estado de filiação é quando um indivíduo, não obstante a ausência de relação biológica, mantém com outrem uma relação de parentesco. Tal relação é caracterizada essencialmente pelo vínculo sócio-afetivo definido através de três elementos: *nomen*, *tractus* e *reputatio*. Todos os elementos compõem o “[...] tripé que garante a experiência de família e nele o pressuposto do afeto”²³.

Portanto, o estado de posse de filho não está relacionado com o elemento biológico, mas sim com o elemento afetivo e sociológico²⁴ criando uma relação de parentesco entre as partes, ante o fundamento de que “[...] quem cria um filho que não traz consigo laços biológicos pressupõe-se que o desejo permeou esta relação”²⁵.

Contemporaneamente, definir a paternidade como mero vínculo biológico é reduzir o seu significado, sendo que “A afetividade se apresenta como um critério tão relevante quanto o biológico, podendo até prevalecer em alguns casos”²⁶.

Neste caso, como fica a paternidade afetiva diante do direito do filho em ter reconhecido o direito à identidade genética? A paternidade vinculada no

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da afetividade na filiação. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 252.

²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 185.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992, p. 159.

²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 185.

²⁶ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 119.

princípio do afeto não deveria ser desconstituída. É o que afirma Paulo LÔBO, ao doutrinar que “A posse de estado de filiação, consolidada no tempo, não pode ser contraditada por investigação da paternidade fundada em prova genética”²⁷.

Isso significa que a existência de novo vínculo – neste momento, fundada em características biológicas - não será hábil a desconstituir tal relação. E nem poderia ser diferente, ao afirmar-se que a afetividade não é mais definida pelos vínculos biológicos²⁸. Assim, quais são os efeitos na ação de investigação de paternidade? Será estabelecida tão somente a condição genética sem qualquer intervenção na relação de filiação?

Em verdade, existindo um vínculo afetivo preexistente, a doutrina entende que mantem-se o vínculo afetivo, sem alterações, conforme mencionado acima, visto que, repita-se, o vínculo paternal não é definido em razão do vínculo biológico, mas sim em razão do vínculo sócio afetivo.

Tal posicionamento, contudo, não é unânime perante o Superior Tribunal de Justiça. No entendimento da corte superior, a paternidade sócioafetiva se prevalece da filiação biológica quando a demanda judicial é proposta na ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral, mas, quando a ação é proposta pelo filho registral que busca conhecer o seu pai biológico, a afetividade deve ser analisada caso a caso.

Portanto, para a jurisprudência brasileira não é sempre que se prevalece à paternidade sócioafetiva sobre a biológica, devendo ser averiguada caso a caso²⁹. Mesmo admitindo-se tal posicionamento, é importante salientar que não existirá a total substituição da vinculação afetiva, especialmente, quando esta constar da Certidão de Nascimento, visto que o posicionamento jurisprudencial é no sentido de que a declaração constante da Certidão de Nascimento deve ser protegida pelo Direito de Família³⁰. Assim, o que poderá

²⁷ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2010, p. 235.

²⁸ VENCELAU, Rose Melo. *Op. cit.*, p. 119.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1167993/RS**. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 18/12/2012.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1259460/SP**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Julgamento em 19/06/2012.

ocorrer é uma correlação entre a paternidade biológica e a paternidade afetiva, declarada no assento de nascimento.

Desta forma, o rompimento dos laços afetivos poderá ocorrer, de acordo com o entendimento jurisprudencial acima descrito, quando do pedido proposto pelo filho, único interessado em manter os laços civis criados pela afetividade.

Destarte, o conhecimento da identidade genética não tem, a rigor, a característica de definir a paternidade, até porque a verificação genética pode acarretar o estabelecimento de vínculos, mas não de afeto, “[...] o vínculo biológico que leve ao jurídico não é suficiente para a satisfação da função paterna”³¹.

Também, não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 dispôs acerca da paternidade responsável, prevista no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal³², isto é, o vínculo sócio afetivo entre pai e filho, em respeito ao princípio preceituado constitucionalmente, pode inclusive prevalecer quanto a características biológicas.

Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em pedido formulado pelo pai afetivo com o objetivo de desconstituir o pátrio poder do pai biológico. No fundamento do acórdão, analisando a legitimidade e o interesse de agir, entendeu-se que diante da paternidade responsável exercida pelo pai, bem como os vínculos afetivos existentes e o melhor interesse da criança, estariam presentes os requisitos processuais para a formulação do pedido³³.

É notório, portanto, que o vínculo de filiação deve estar compreendido não apenas diante dos laços biológicos, mas sim ao vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos, para que seja atendido o direito da paternidade responsável e o estabelecimento da paternidade terá efeitos muito mais benéficos para as partes envolvidas do que mera imposição jurídica, eis que “[...] a construção

³¹ VENCELAU, Rose Melo. *Op. cit.*, p. 131.

³² Artigo 226, § 7º. “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas”.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1106637/SP**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 01/06/2010.

sempre foi mais saudável que a imposição”³⁴. Conclui-se que o mero vínculo biológico entre as partes não significa vínculo de paternidade, pois

O esvaziamento do conteúdo biológico da paternidade vem ocorrendo já há algum tempo dentro da sociedade, auxiliado pela transformação da família que, de instituição econômica, social e religiosa, afirmou-se como uma união entre membros, objetivando o companheirismo, a afetividade, a base psicossocial³⁵.

Portanto, se a paternidade não se vincula por dados biológicos, o conhecimento genético não terá tal função para as partes, não podendo ser a paternidade imposta, mas sim criada.

3. O reconhecimento genético: as repercussões no Direito civil existencial

A família constitucionalizada é formada por laços afetivos e não meramente biológicos, com isso, conforme discutido no tópico acima, o conhecimento a origem genética não tem o condão de gerar a relação de paternidade entre as partes, especialmente, quando existente o vínculo afetivo preexistente. Consequentemente, pelo Direito Civil, não serão formados vínculos jurídicos e o objetivo não é a criação de direitos patrimoniais.

O fato de não alcançar direitos patrimoniais pode significar que não há o porquê o Direito proteger essa pretensão?

Diante do atual Direito que visa proteger as pessoas, a resposta não pode ser outra senão negativa, eis que o fato de não estabelecer vínculo de paternidade, não significa negar a suposta “[...] necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais”³⁶.

Necessidade essa que é variável para cada indivíduo, sendo para alguns necessário conhecer a identidade parental biológica, através da qual acredita decorrer as características pessoais e sociais. Contudo, para outros

³⁴ VENCELAU, Rose Melo. *Op. cit.*, p. 49.

³⁵ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Op. cit.*, p. 57.

³⁶ VENCELAU, Rose Melo. *Op. cit.*, p. 121.

indivíduos, essa característica não tem relevância, mas sim os vínculos afetivos existentes ou que venham a existir ³⁷.

A importância é pessoal e o seu conteúdo tem características muito mais importantes na existência do indivíduo do que conotações patrimoniais. É, portanto, um direito individual existencial.

Neste sentido é que entendeu a Ministra Nancy Andrighi, ao afirmar que impedir o conhecimento da identidade genética é violar o princípio da dignidade da pessoa humana, em respeito “[...] a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica”³⁸. No caso analisado, a investigante viveu durante 50 (cinquenta) anos com pais adotivos (caso de adoção à brasileira, eis que realizaram diretamente o registro da filiação), com os quais foi desenvolvida uma relação sócio afetiva. A existência da relação sócio afetiva preexistente não é impedimento de pleitear o conhecimento da real história e a verdade biológica, prevalecendo o reconhecimento ao vínculo biológico.

É que o fato de não criar vínculo jurídico entre as partes revela que mesmo se a pessoa já possui vínculos de paternidade (a existência de paternidade declarada na certidão de nascimento, por exemplo) pode realizar o exame genético ³⁹, pois não existirá substituição dos vínculos, no máximo a sua correlação.

Por isso, a afirmação de que o reconhecimento à identidade genética trata-se de uma situação de Direito existencial, cuja existência está relacionada com o direito de identidade, de identificação social.

Repita-se que a pessoa é definida por seus *status* dentro da sociedade que está inserida, os “[...] *status* pessoais civis são aqueles que se garantem às pessoas no decurso das várias relações que elas travam, no âmbito social”⁴⁰. Eis que os indivíduos têm necessidade de identificação e o direito de

³⁷ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2010, p. 213-214.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 876.434/RS**. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Relator para acórdão Ministro Marco Buzzi. Julgamento em 01º de dezembro de 2011.

³⁹ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Ascendência biológica e descendência afetiva: indagações biojurídicas sobre a ação de investigação de paternidade. *In Direitos da família: uma abordagem interdisciplinar*. Reinaldo Pereira e Silva e Jackson Chaves de Azevedo [coord.]. São Paulo: LTR, 1999, p. 174.

⁴⁰ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Op. cit.*, p. 31.

identidade compõe os traços que vão constituir o indivíduo como único dentro da sociedade, é um direito que engloba desde

(...) sua aparência física, de sua voz, de sua história pessoal, de sua reputação ou retrato moral, de seu nome familiar, de seu pseudônimo, de sua identidade sexual, de sua identidade genética, de sua caligrafia, de seu estado civil, entre outros (...)⁴¹.

A identificação dentro da sociedade está relacionada efetivamente em relação ao que caracteriza a pessoa? Se dentro da sociedade estão inseridos também os elementos de identificação que são utilizados para configurar o estado de filiação a identidade é efetivamente genética ou afetiva?

Em existindo o afeto, o status família é utilizado exatamente para configurar e justificar como a pessoa é identificada socialmente, destarte, não seria o caso de justificar este direito de personalidade dentro deste âmbito.

Por outro lado, existe a afirmação de que o conhecimento genético é conhecer a sua história e sua origem. Tal afirmação acerca do conhecimento da história de um indivíduo relacionada com o direito à identidade genética é questionada, se essa história estaria relacionada com os vínculos afetivos existentes ou genéticos, quando da relação afetiva preexistente. Para Juliana Fernandes QUEIROZ, existindo vínculos sócio-afetivos já consolidados, não há que se falar em identidade familiar biológica, pois o indivíduo já possui a identidade familiar determinada ⁴².

No entendimento da autora, se os laços familiares não são apenas biológicos, também não o podem ser os laços das próprias origens, sendo que “As origens culturais e sociais se revelam bem mais importantes no desenvolvimento saudável do ser humano, que as tem, em sua integralidade na paternidade socioafetiva” ⁴³.

Para Maria Celina Bodin de MORAES não se trata de apenas conhecer a sua história, mas sim suas origens, que além de genéticas, são também

⁴¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, 165-166.

⁴² QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 126.

⁴³ *Idem, ibidem.*

culturais e sociais⁴⁴. Mas, também dentro do conhecimento de características culturais e sociais, a existência dos laços afetivos poderia esvaziar essa formação das origens através do reconhecimento genético.

Portanto, o grande problema é quando já existem vínculos afetivos instaurados e que não justificariam colocar em primeiro plano as relações biológicas, especialmente, quando todo o Direito Civil tem relegado a questão biológica nas relações familiares para um segundo plano. Tal direito justifica-se, efetivamente, quando da inexistência de laços familiares, bem como por razões particulares únicas, tornando a subjetividade o ponto central deste direito de personalidade.

Com isso, tem-se a última pergunta que pretende ser tratada neste estudo, quando um direito de personalidade totalmente subjetivo está em contraposição com outro direito de personalidade, qual deles deve prevalecer?

São diversas as situações de conflitos entre o direito ao reconhecimento genético e outro direito de personalidade. Para a análise da possível resposta para esta pergunta, passa-se a analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

4. O direito à identidade genética e o direito de sigilo: posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

A partir das análises realizadas do direito ao reconhecimento genético, seja a partir do entendimento patrimonial, seja a partir do direito civil existencial, verifica-se que a discussão existente é, em grande parte, pela ausência de regulamentação deste direito de personalidade, que apresenta características do final do século XX, relacionadas com a dignidade humana e características biológicas, que o direito civil constitucional tenta se afastar.

No tocante a regulamentação é importante salientar que a Lei n.º 8.069 de 1990, dispõe nos artigos 27 e 48, acerca deste direito, ainda que de forma reducionista. O primeiro dispositivo diz respeito ao reconhecimento de estado

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 177.

de filiação⁴⁵, todavia, o estado de filiação não está mais relacionado com caracteres biológicos, desta forma, não trata da essência existencial deste direito, que se relaciona com o direito à identidade do indivíduo. O segundo dispositivo relaciona-se mais apropriadamente com o direito em discussão neste estudo, pois dispõe sobre a possibilidade de conhecer a origem biológica⁴⁶ de fato.

As disposições legais mencionadas não são claras e apenas informam a existência do direito, sem disciplinar sobre sua aplicabilidade e eficácia.

A ausência de regulamentação e consenso doutrinário acerca do âmbito e limites referentes a este direito de personalidade, especialmente, quando existem laços familiares afetivos, é considerada neste estudo como uma das causas para a dificuldade jurisprudencial e doutrinária em decidir quando no caso concreto existe a contraposição de tal direito com outros direitos de personalidade.

Talvez porque, repita-se, trata-se de um direito contemporâneo analisado através do direito civil constitucional, mas com relação ao direito civil moderno, por se tratar de laços biológicos. E quando em contraposição com direitos de personalidade atrelados unicamente ao princípio da dignidade humana, a dificuldade em compreender qual deles pode se contrapor torna-se ainda mais difícil do que em outros casos de contraposição entre direitos fundamentais.

Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado com bastante parcimônia tal direito relacionado aos laços biológicos, especialmente, quando em conflito com outros direitos de personalidade já regulamentados.

Cita-se o direito à integridade física do investigado que irá se sobrepor ao direito ao reconhecimento genético, eis que não pode ser realizada a

⁴⁵Artigo 27. “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem nenhuma restrição, observado o segredo de Justiça”.

⁴⁶ Artigo 48. “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

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

submissão ao exame de ADN sem o devido consentimento. Assim, à primeira vista, parece que aquele direito poderá se sobrepor ao conhecimento genético.

Contudo, o pai investigado não se submetendo ao exame, existirá a presunção da paternidade biológica. Desta forma, ainda que o direito à integridade física se sobreponha ao direito do reconhecimento genético, a recusa do pai em realizar tal exame resulta em presunção da paternidade. Este é teor da súmula 301, do Superior Tribunal de Justiça que dispõe: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *iuris tantum* de paternidade.”⁴⁷.

Assim, mesmo que o direito ao reconhecimento genético não se sobreponha expressamente ao direito à integridade física, a sobreposição ocorre nos efeitos, sejam eles patrimoniais ou existenciais.

O princípio do reconhecimento de identidade genética não é considerado como um direito absoluto e, portanto, pode ser afastado dependendo o direito que está em conflito como, por exemplo, perante o direito à intimidade⁴⁸.

Dentro do direito à intimidade, destaca-se o direito ao sigilo, nos casos de reprodução assistida heteróloga ou adoção “à brasileira” (quando não constam nos documentos do adotado os dados dos pais biológicos e não são adotados os procedimentos legais para a adoção).

Em ambos os casos, as manifestações de sigilo são dos pais (no sentido de não terem suas identidades reveladas), bem como dos pais que pretendem formar o vínculo afetivo com a criança. Mas, não há manifestação do adotado acerca de deixar de conhecer a sua ascendência genética⁴⁹.

Por não haver manifestação da pessoa em questão sobre o conhecimento ou não da sua própria identidade genética, que se justificaria a necessidade de conhecimento da sua ascendência biológica, ainda que não se

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301**.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 876.434/RS**. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Relator para acórdão Ministro Marco Buzzi. Julgamento em 01º de dezembro de 2011.

⁴⁹ VENCELAU, Rose Melo. *Op. cit.*, p. 125.

estabeleça o vínculo parental⁵⁰, eis que em ambos os casos (reprodução assistida heteróloga e adoção à brasileira são formados vínculos afetivos com pais não biológicos).

Quando se trata das adoções à brasileira, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a verificação da ascendência biológica, sem que exista a alteração dos vínculos afetivos existentes, especialmente no tocante a declaração constante da Certidão de Nascimento, que deve ser protegida pelo direito de família⁵¹.

No caso das inseminações artificiais heterólogas, o sigilo do doador do material genético é o que fundamenta a utilização do procedimento, especialmente, quando utilizado por casais formados como entidade familiar matrimonial ou de união estável, sob o argumento de que não seria lógico “[...] obrigar a alguém que doou material genético que assuma uma paternidade que não é sua, mas dos usuários que se socorreram da técnica para contornar a infertilidade”⁵².

O anonimato do doador é “[...] princípio aceito, sem vacilações, por todo o direito europeu continental”⁵³ e, conseqüentemente, não poderia a criança pleitear direitos à identidade genética, visando manter o sigilo garantido no momento da inseminação, sob pena de inviabilizar a adoção deste procedimento pelos casais formados em matrimônio ou união estável.

Mais, uma vez, a doutrina se divide e questiona a possibilidade de manutenção deste sigilo, eis que a pessoa que pretende ver o seu direito reconhecido não se manifestou sobre a existência ou não de anonimato, colocando em discussão a própria viabilidade da inseminação artificial heteróloga, acaso tenham o rompimento do manto do anonimato, quando pleiteado o reconhecimento à identidade genética. E, por apresentar pontos tão relevantes a serem analisados, que ainda não apresenta unanimidade, nem

⁵⁰ *Idem, ibidem.*

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1259460/SP**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 19/06/2012.

⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade (Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil). **Grandes temas da realidade: bioética e biodireito**. Eduardo de Oliveira Leite [coord.]. Rio de Janeiro: Forense: 2004, p. 32.

⁵³ *Idem, ibidem.*

doutrinária e muito menos jurisprudencial sobre o assunto e aplicabilidade do direito ao reconhecimento genético nestes casos.

Ainda dentro da questão do sigilo e identidade genética, importante ressaltar o denominado parto anônimo, que significa a possibilidade de entrega da criança diretamente pela mãe, sem a revelação de sua maternidade.

No Brasil, o parto anônimo (cujas melhor e adequada denominação seria parto sigiloso) não é admitido, sendo que os projetos de lei elaborados na tentativa de regulamentação foram rejeitados com fundamento no direito à identidade genética.

Mas como poderia um direito que não pode ser considerado como absoluto⁵⁴ ser utilizado para rejeitar a possibilidade ou não de regulamentação legislativa acerca de outro direito (o sigilo da mãe)? Ao não regulamentar o direito ao parto sigiloso com fundamento no direito ao reconhecimento genético (sem adentrar nos demais princípios em discussão, como paternidade responsável), este direito está se sobrepondo ao direito ao sigilo, diferentemente do que ocorre em legislações estrangeiras, como é o caso da legislação francesa.

É que o direito ao reconhecimento genético, nos países que utilizam a figura jurídica do parto sigiloso, é superado em razão do direito ao sigilo de identidade da mãe. Isto porque, conforme mencionado anteriormente, quando da existência de vínculos afetivos, o direito patrimonial e até mesmo o direito existencial estariam vinculados às relações familiares construídas na afetividade e não biológicas. Além de não poder ser considerado um direito absoluto⁵⁵.

Neste sentido, destaca-se a decisão da Corte Europeia de Direitos do Homem ao analisar pedido proposto por Pascale Odièvre em face da República francesa, com o objetivo de reverter a decisão da Corte de Cassação Francesa, para que fosse revelada a identidade de sua mãe.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 876.434/RS**. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Relator para acórdão Ministro Marco Buzzi. Julgamento em 01º de dezembro de 2011.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 876.434/RS**. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Relator para acórdão Ministro Marco Buzzi. Julgamento em 01º de dezembro de 2011.

De um lado, presente o direito ao sigilo da mãe que se submeteu ao parto sigiloso devidamente fundamentado pelo direito francês e de outro lado, o direito da filha em saber a sua origem genética.

A Corte Europeia de Direitos do Homem decidiu que o direito de anonimato na maternidade, requerido e expresso pela mãe, devem ser preservados, especialmente, em respeito ao direito da mãe que optou por manter a gravidez, ainda que sigilosa.⁵⁶

Desta forma, ao analisar o direito ao reconhecimento genético perante outros direitos de personalidade, surgem mais problematizações do que respostas, seja no direito brasileiro, seja no direito comparado. Isto porque, é importante analisar caso a caso, sem que inviabilize algumas figuras já institucionalizadas, tais como o parto sigiloso (ou parto anônimo) – quando regulamentado, bem como a reprodução assistida heteróloga, além da adoção “à brasileira” que cada vez menos ocorre no Brasil, em razão das novas legislações vigentes que tentam inibir a possibilidade de registro que não seja correspondente à veracidade dos fatos.

5. Considerações finais

Ao longo do presente estudo pretendeu-se analisar algumas das indagações que recaem sobre o direito ao reconhecimento à identidade genética, especialmente, contrapondo os vínculos biológicos e vínculos afetivos.

É sabido que a família constitucionalizada é formada através de vínculos afetivos cuja importância supera os vínculos biológicos e, conseqüentemente, o indivíduo que apresente uma relação afetiva preexistente não terá a desconstituição desses laços.

Contudo, a existência da família afetiva não retira o interesse jurídico do indivíduo em requerer o direito ao reconhecimento genético, fundamentado no direito existencial de identidade social, conhecimento da sua história e origem. Ainda que parte da doutrina entenda e fundamentadamente que estes

⁵⁶ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. Conselho europeu. **Affaire Odièvre c. France**. Requête n.º 42326 de 1998. Arrêt. Strasbourg. 13 de fevereiro de 2003.

direitos existenciais (identidade, conhecimento e origem) estejam relacionados com a afetividade e não exatamente com características biológicas.

Isto porque o direito ao reconhecimento à identidade genética trata-se de direito individual. É o indivíduo que analisa a necessidade psicológica em ter conhecimento ou não da sua relação biológica, independentemente do fato de ter sua família afetiva constituída.

Por sua vez, tratando-se, portanto, de um direito individual e subjetivo, torna-se tarefa árdua a análise da aplicação deste direito em contraposição a outros direitos de personalidade, cujo conteúdo já esteja consagrado pela doutrina e jurisprudência.

Na análise realizada neste estudo, verifica-se que caso a caso será analisado e desperta discussões doutrinárias entre os próprios julgadores.

A grande dificuldade em reconhecer seu conteúdo, sua aplicabilidade e eficácia, funda-se, entre outras fundamentações, no fato de se tratar de um direito de personalidade, reconhecido no final do século XX, mas cujas características são biológicas e relacionadas com o direito civil moderno que o direito civil constitucional tenta superar através da regulamentação do afeto.

A constatação é que o direito ao reconhecimento genético não será absoluto e, portanto, os seus efeitos patrimoniais e existenciais também serão relativizados, especialmente, quando da preexistência de família afetiva. E, por isso, não poderá se sobrepor a direitos de personalidade já consagrados, eis que os vínculos patrimoniais e os vínculos existenciais do indivíduo já estão presentes e relacionados com a família afetiva.

6. Bibliografia

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei n.º 8069**, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1259460/SP**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 19/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1167993/RS**. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 18/12/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1106637/SP**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 01/06/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1098036/GO**. Terceira Turma. Julgamento em 23/08/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 876.434/RS**. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Relator para acórdão Ministro Marco Buzzi. Julgamento em 01º de dezembro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 833.712/RS**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 15 de maio de 2007.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Luiz Edson Fachin [coord.]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. Conselho europeu. **Affaire Odièvre c. France**. Requête n.º 42326 de 1998. Arrêt. Strasbourg. 13 de fevereiro de 2003.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Luiz Edson Fachin [coord.]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade (Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil). **Grandes temas da realidade**: bioética e biodireito. Eduardo de Oliveira Leite [coord.]. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da afetividade na filiação. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Luiz Edson Fachin [coord.]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Ascendência biológica e descendência afetiva: indagações biojurídicas sobre a ação de investigação de paternidade. *In* **Direitos da família**: uma abordagem interdisciplinar. Reinaldo Pereira e Silva e Jackson Chaves de Azevedo [coord.]. São Paulo: LTR, 1999.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed., atual., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.