

O DIREITO FUNDAMENTAL DA VIDA COM DIGNIDADE E O DIREITO DA PERSONALIDADE COM A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DIREITO À ASCENDÊNCIA GENÉTICA.

Maria Júlia Pimentel Tamassia¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo tratar o Princípio do direito à Ascendência genética como basilar dos direitos fundamentais conferidos pela Constituição Federal para que todas as pessoas tenham uma vida com dignidade, principalmente ao que está relacionado à menores de idade, que devem ter seus direitos garantidos quanto ao conhecimento de sua paternidade e maternidade genética. Com a abordagem do tema, pretende-se alertar e conscientizar as pessoas do quanto esta falta de informação pode gerar conflitos na formação de uma criança até seu estado adulto. Os direitos fundamentais, protegidos em nossa Constituição Federal, são, em princípio, os mesmos direitos da personalidade que o legislador constituinte assim o denominou, tais como a liberdade, a honra, ao nome, à reputação, à intimidade, elegendo como valor supremo a dignidade da pessoa. O respeito a estes direitos é essencial para a preservação desta dignidade.

PALAVRAS- CHAVE : Dignidade, Ascendência Genética, Direito Fundamental.

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF LIFE WITH DIGNITY AND THE RIGHT OF PERSONALITY WITH APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE RIGHT TO THE GENETIC ASCENDENCE

ABSTRACT

The purpose of this article is to treat the Principle of the Right to Genetic ancestry as the basis of the fundamental rights conferred by the Federal Constitution so that all people live a life of dignity, especially those related to minors, who must have their rights guaranteed knowledge of their genetic fatherhood and maternity. With the approach of the theme, it is intended to alert and to make people aware of how much this lack of information can generate conflicts in the formation of a child until its adult state. The fundamental rights, protected in our Federal Constitution, are, in principle, the same rights of the personality as the constituent legislator has called it, such as freedom, honor, name, reputation, intimacy, choosing as supreme value the dignity of the person. Respect for these rights is essential for the preservation of this dignity.

KEYWORDS: human dignity, descent genetics, fundamental right

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento tecnológico, biológico, genético, bem como da medicina, várias pessoas, com o intuito de formar família, estão se utilizando de formas modernas para a concepção de um filho. Este avanço na genética traz muitos benefícios para a humanidade, com certeza, mas também traz consequências que talvez sejam desastrosas no âmbito do direito e pior, na formação psicológica de uma pessoa. Toda humanidade tem um história, cada pessoa tem sua própria história, e esta não pode ser ignorada pelo simples fato de se querer constituir uma família, seja ela entre casais heterossexuais, homossexuais, transexuais e qualquer outra denominação que se queira atribuir, incluindo a inseminação artificial através de bancos de espermas, quando não se tem acesso ao nome do contribuinte do espermatozoide, ou seja, a mãe não quer que o filho saiba quem é seu pai, a tal da “produção independente”. Aqui não se discute o tipo do núcleo familiar e sim o direito que uma criança, como pessoa, tem de saber e conhecer a sua ascendência genética, inclusive para a formação de sua história e indo mais além, para a prevenção de futuras doenças. Ainda, indo além da área de genética, ou científica, vislumbra-se também o direito com relação aos casos de adoção, quando as crianças não conhecem sua real historia de vida.

O Direito Fundamental da vida com dignidade e o direito da personalidade com a aplicação do Princípio do direito à ascendência genética

Os direitos da personalidade tem sua sede principal na Constituição Federal de 1988, que prevê de forma implícita a cláusula geral da tutela da personalidade através da preservação da dignidade da pessoa humana. O Código Civil dedica aos direitos da personalidade o Capítulo II do Título I do Livro I da Parte Geral, nos artigos 11 a 21, limitando-se a dispor, timidamente, que estes direitos são irrenunciáveis e intransmissíveis, não podendo sofrer limitações em seu exercício. Os direitos da personalidade estendem-se às crianças e adolescentes, evidenciados no Estatuto da Criança e do Adolescente.(ECA)

É um dever respeitar e proteger os direitos da personalidade das crianças e adolescentes contidos em vários dispositivos do ECA e que não foram revogados pelo Código Civil.

Ainda, de acordo com Carlos Alberto Bittar (1999) a distinção entre os princípios residem no âmbito das relações em que são inseridos. Ou seja, se tratarmos de relações de Direito Público, com a finalidade de proteção da pessoa em face do Estado, estaremos diante da denominação de direitos fundamentais, artigo 5º da Constituição Federal. Porém, se o assunto é de Direito Privado, com a proteção da pessoa em face umas das outras, teremos os direitos da personalidade. Assim, a tutela constitucional oferecida principalmente pelo art. 5º da Lei Maior compreende os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, alcançando as relações de direito público e de direito privado.

Como nos ensina Guilherme Calmon Nogueira da Gama, (2003)

“o direito fundamental à vida abarca o direito à identidade, o direito à historicidade e à informação da sua ascendência genética como reflexos de relevo na vida da pessoa. Como tradicionalmente se reconhece, a identidade da pessoa se revela, de forma fundamental, no seu nome, ainda que este, evidentemente, não esgote a noção de identidade pessoal. A despeito da omissão do Código Civil 1916, o direito ao nome passa a ser consagrado expressamente no artigo 16, do Código Civil de 2002, como um dos direitos da personalidade, sendo que representa o aspecto estático do direito à identidade. ... Nas precisas lições de Carlos Alberto BITTAR, a identidade deve ser considerada direito fundamental da pessoa humana, inserida no âmbito dos direitos morais da personalidade, já que representa o liame entre a pessoa e a sociedade: o nome e outros elementos identificadores da pessoa são elementos essenciais da associação que todo o restante da sociedade dispõe para individualizar a pessoa na sociedade, impedindo que haja confusão e, ao mesmo tempo, permitindo que ela estabeleça seus relacionamentos normalmente.”

Então, como um dos direitos fundamentais temos o direito ao nome, e por conseguinte o direito à ascendência genética, e que fazem parte dos direitos da personalidade, ou seja, trata-se de um princípio consagrado pela nossa legislação, que protege a dignidade da pessoa humana.

Silmara Juny de Abreu Chinelato declara que “o conteúdo da identidade não é exaustivo abrangendo também a origem genética que muito explicará sobre as raízes, a história pessoal do titular. São novas vertentes da identidade, no mundo da tecnologia, a quarta era dos direitos”(ALMEIDA, 2000)

Os direitos da personalidade devem assumir posição jurídica autônoma, por constituírem verdadeira categoria de direito, como objeto, natureza jurídica e características singulares. Estes direitos são a base da origem e perpetuação humana, e a garantia de uma evolução pessoal e social sadia.

“A personalidade, que é a perfeição da pessoa, isto é a qualidade do ente que se considera pessoa, se agrega ao homem traçando-lhe características que lhe são próprias e diferenciando-o de outros homens. Foi, a partir da Constituição Federal de 1988 que se deu início no Brasil, a um processo de ênfase ao respeito e à proteção dos direitos da personalidade numa tentativa de se edificar a dignidade da pessoa humana” (LEITE,2001).

Para Rubens Limongi França (1981), os direitos da personalidade são” as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”

Carlos Alberto Bittar (1999) entende que “são direitos próprios da pessoa em si, existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento, mas, são também direitos referentes às projeções do homem para o mundo.”

Deve-se concordar quando declara que o homem projeta-se para o mundo através de seus direitos próprios, e estes direitos devem ser protegidos e respeitados. Quando um

homem conhece sua ascendência genética, seu nome, tem seu corpo, sua liberdade, enfim , sua personalidade protegida, ele existe para o mundo.

Os direitos da personalidade são, portanto, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis ou indisponíveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, vitalícios e necessários, e finalmente ilimitados. Dentre alguns direitos da personalidade temos, o direito à vida e deste decorre o direito aos genes e à identificação genética .

Portanto, temos que os direitos da personalidade são direitos fundamentais, e que descrevem a identidade, a genética, o nome, a individualidade, a historicidade da pessoa. Pode-se concluir que o direito à identidade genética, decorre da identidade da pessoa humana, e seus valores e história, que começa com a vida e formaliza com os direitos da personalidade de cada um .

Quando se trata de direito à identidade, à historicidade, à origem genética, fala-se obrigatoriamente em direitos que são inerentes a cada pessoa, e ninguém pode negá-los, ou disponibilizá-los voluntariamente, ou ainda, obstruir a sua utilização. Portanto, cabe aqui a ponderação no sentido de que a criança, mesmo que adotada ou estando sob a guarda ou tutela de outrem, tem todo o direito de conhecer a sua ascendência genética, conhecer o seu passado, a sua história, e este direito é garantido pela Constituição Federal, bem como pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A nossa legislação não possui qualquer restrição ao conhecimento da ascendência genética biológica

Rubens Limongi França (1975) aborda que o direito à identidade enquadra-se no direito à integridade moral e se refere à identidade pessoal, familiar e social (profissional, política e religiosa), onde

“direito à identidade pessoal é o direito que tem a pessoa de ser conhecida como aquela que é e de não ser confundida com outrem”, podendo afirmar que “incide ele sobre a configuração somático-psíquica de cada indivíduo, particularmente sobre sua imagem física, gestos, voz, escrita, retrato moral, recaindo, ainda, sobre a inserção sócio-ambiental de cada pessoa, notadamente sobre sua ‘imagem de vida, sua história pessoal, o seu decoro, a sua reputação ou

bom nome, o seu crédito, a sua identidade sexual, familiar, racial, lingüística, política e cultural’ ”.

Adriano De Cupis (2004), nos traz que

“o indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais. Poderia ser colocada a questão de saber se tal bem deve proceder na hierarquia dos modos de ser morais da pessoa, os bens da honra e do resguardo, mas não sofre dúvida a sua grande importância, pois o homem atribui grande valor, não somente ao afirmar-se como pessoa, mas como uma certa pessoa, evitando a confusão com os outros

A personalidade, a historicidade, a genética, fazem parte da integridade da pessoa, seja ela física, moral ou intelectual, e esta integridade somente será possível com a garantia do direito à vida. A certeza que se tem é a de que cada indivíduo é único e tem suas características de acordo com as possibilidades adquiridas através do conhecimento de sua vida, e este conhecimento dá-se através da proteção de seus direitos fundamentais, mantendo sempre a sua dignidade como pessoa humana. É o respeito ao individual, à vida em todos os seus momentos. A vida de cada um é feita de momentos e as necessidades dão-se de acordo com o momento em que se vive.

O professor Paulo Otero (1999) defende que a identidade pessoal, que é a garantia

“que identifica cada pessoa como indivíduos, singular e irreduzível, compreende duas diferentes dimensões:

a) A identidade pessoal tem uma dimensão absoluta ou individual – cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do caráter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano: cada pessoa humana é, por isso, uma realidade singular, dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais.

b) A identidade pessoal comporta também uma dimensão relativa ou relacional – cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar

conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respectivos progenitores, podendo falar-se num “direito à historicidade pessoal”.

Por esta ótica, a identidade pessoal nada mais é que o direito natural que cada indivíduo possui à diferença, sendo igual a todos em direitos e deveres, porém, na sua complexa humanidade diferente de todos os demais seres humanos, assegurando a unicidade do ser humano, como indivíduo único e exclusivo.

Já a identidade pessoal relativa assegura a cada e a todo ser humano, além da sua unicidade, exclusividade e individualidade, a definição de sua identidade através da sua história, da sua genética, onde sua existência encontra-se inserida quando confrontada com outras pessoas, representando e assegurando sua inserção numa família.

Com relação às crianças e adolescentes que convivem em família substituta, estas têm o direito ao acesso à estas informações sobre sua história, seu passado, sua identificação pessoal e genética, e o liame entre a verdadeiro e o falso é bastante estreito, que com certeza vai acarretar dúvidas e inseguranças no desenvolvimento destes seres humanos. Mas por outra visão, deve-se assegurar a estes o que se chama de sigilo da adoção e anonimato dos pais, e toda documentação civil é modificada. A história da criança é alterada e tecnicamente esquecida, e começando outra história, que se imagina ser a nova vida. O procedimento caminha em sigilo absoluto, e os nomes dos pais biológicos ficam no anonimato. Esta, também é uma garantia de proteção dada a estas crianças e adolescentes.

Conforme palavras de Guilherme C. N. da Gama (2003),

“outro princípio que deve ser abordado é o sigilo da adoção e do anonimato dos pais e parentes naturais no caso da adoção. O sigilo da adoção representa o segredo do estabelecimento dos novos vínculos de parentesco do adotado, o que impede a qualquer pessoa obter informações e, portanto, ter conhecimento sobre determinado indivíduo adotado. E, o anonimato dos pais e parentes naturais do adotado decorre da necessidade da pessoa adotada se desvincular total e absolutamente da família natural, permitindo sua plena e integral inserção na família civil (e substituta). É importante observar que tais princípios são especialmente dirigidos à proteção e segurança da

criança e do adolescente, o que denota a preocupação estatutária em cumprir o comando constitucional contido no artigo 227, § 6º, no sentido de proibir qualquer designação e qualificação discriminatória relativamente à filiação, especialmente a adotiva diante dos valores culturais e sociais que tradicionalmente consideravam o filho adotivo como secundário – comparativamente ao filho natural – numa hierarquização que não foi recepcionada pela Constituição de 1988.”

Determina o artigo 227 § 6º da Constituição Federal:

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

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”(BRASIL, 2017)

Não era suficiente o texto constitucional expressamente proibir as diferenças ou qualificações pejorativas ou discriminatórias, sendo importante o resguardo dos fundamentais interesses da criança e do adolescente através de mecanismos que impedissem às pessoas em geral ter acesso às informações relacionadas ao modo de constituição do vínculo de parentesco decorrente da adoção – portanto o sigilo do processo de adoção – e às identidades das pessoas dos parentes naturais, especialmente os pais. Para a proteção à criança e ao adolescente existe a necessidade de não serem reveladas as informações decorrentes da adoção, bem como a identidade dos pais e parentes naturais, colocando o melhor interesse das crianças e adolescentes acima de qualquer outro em todos os casos, evitando-se com isso a exposição e devastação da intimidade do indivíduo.

O artigo 16, inciso V do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê a participação da vida familiar e comunitária sem discriminação, ao passo que o artigo 17, no que toca ao

direito ao respeito, estabelece a preservação da imagem e da identidade da criança e do adolescente.

Nos direitos fundamentais, a dignidade da criança alcança o seu resguardo de qualquer tratamento vexatório ou constrangedor.

Os adotantes não são obrigados a informar ao filho adotado sua origem, mas também não são impedidos de fazê-lo. O casal tem a discricionariedade de deliberar a respeito do afastamento (ou não) do sigilo da adoção e do anonimato dos pais naturais. É uma situação difícil de ser enfrentada, pois existe o direito da criança e do adolescente de ser informado de sua origem, mas também o direito de ser resguardada sua intimidade. O direito à ascendência pode ser provocado quando a criança tiver consciência das circunstâncias em que está envolvida, quando tiver discernimento suficiente para pleitear este direito. Enquanto isso não ocorre, ela deve ser preservada de qualquer tipo de situação vexatória, mantendo sua integridade física, psíquica e moral.

Depois que a adoção é formalizada, costuma-se dizer, metaforicamente, que o que ocorre é o renascimento do filho adotado no seio de uma outra família que não a biológica, que uma nova vida começa, sendo apagado todo o seu passado. Ora, como é que o passado de um homem simplesmente pode ser apagado sem a autorização deste? Qual o direito que temos de apagar o passado de um indivíduo, sem ao menos consultá-lo?

Apagar os registros legais do filho adotado é possível e é, de fato, o que se faz por determinação legal no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 47 § 2º e 3º, que determina o cancelamento do registro original, bem como que não poderá haver observação ou menção sobre a origem do ato. O que não é possível é apagar os registros da memória de uma criança, seja ela da sua história, seja ela inconsciente (genética)

Artigo 47 : O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 2º - O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.(BRASIL,2017)

Conforme se vê, o direito brasileiro, em nenhuma de suas disposições, seja em sede constitucional ou infraconstitucional, possui qualquer restrição ao conhecimento da ascendência biológica por parte do filho adotado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, está-se diante de um grande dilema, pois existe a necessidade de proteger a criança e o adolescente de qualquer tipo de discriminação e por outro lado, o direito que estes têm de saber sua história e sua genética. Tentar resolver a dúvida que paira diante destas circunstâncias para a efetiva continuidade da dignidade da pessoa humana, deve ser sempre de acordo com o melhor interesse da criança.

Trata-se de uma verdadeira colisão de direitos existentes: direito à vida , direitos ao sigilo e anonimato e a questão do direito à identidade pessoal, garantindo à criança e ao adolescente o direito à sua identidade genética, conhecendo sua ascendência, sua história em um ambiente biologicamente familiar. Se houvesse o momento da escolha, quem será que seria o escolhido, a família biológica ou a família civil? Isto é um assunto que deve ser observado com transparência e nitidez, pois em um determinado momento da vida de cada um de nós, temos a necessidade de reviver a história, de refletirmos o que passou, mas se não conhecemos, como fazê-lo? Tudo deve ser tratado com naturalidade, e as emoções devem dar lugar para a seriedade deste conhecimento. Qual seria o melhor momento para o conhecimento da identidade? Qual o melhor interesse da criança e do adolescente em relação à sua origem e ascendência, anonimato dos pais e sigilo da adoção?

Conforme acima observado, o assunto deve ser tratado com a maior cautela possível, e acreditamos que enquanto a criança ou adolescente não tiverem discernimento sobre o caso, devem ser preservados e protegidos, conforme determina a lei. Após o momento

de discernimento, se houver interesse por parte destas crianças ou adolescentes, então deverão ser respeitados em seus direitos à ascendência genética.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Reprodução humana assistida: aspectos civil e bioéticos**. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2017

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994

_____. **Os Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, 1 vol.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Direito da personalidade: biodireito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Libreria Almedina, 1999.

ⁱ Advogada, mestre em Direito Constitucional, professora na Faculdade Eduvale de Avaré, juliapimentel@advsp.org.br