



Interdisciplinary

LINKSCIENCEPLACE

DOI: 10.17115

ISSN: 2358-8411

Scientific Journal

Interdisciplinary Scientific Journal. ISSN: 2358-8411

Nº 6, volume 5, article nº 25, December 2018

D.O.I: <http://dx.doi.org/10.17115/2358-8411/v5n6a25>

Accepted: 18/08/2018 Published: 30/12/2018

VIII SEMINÁRIO E IV CONGRESSO INTERDISCIPLINAR DIREITO E MEDICINA
CUIDADOS PALIATIVOS – 20 A 22 DE AGOSTO DE 2018 – ITAPERUNA

DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DA CRIANÇA X DIREITO À PRESERVAÇÃO DE IDENTIDADE DO DOADOR DE GAMETAS

RIGHT TO THE GENETIC IDENTITY OF THE CHILD X RIGHT TO PRESERVE THE IDENTITY OF THE GAMETHER DONOR

Gabriela Gonçalves Tavares¹

Pós - graduanda em Direito Processual Civil.

Larissa de Paula Ferreira²

Bacharela em Direito

Raquel Veggi Moreira³

Mestra e doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Cognição e Linguagem do Centro de Ciências do Homem (CCH) da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (Uenf).

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral⁴

Mestra e doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Cognição e Linguagem do Centro de Ciências do Homem (CCH) da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (Uenf).

Carlos Henrique Medeiros de Souza⁵

Docente e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Cognição e Linguagem do Centro de Ciências do Homem (CCH) da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (Uenf).

Abstract: Currently, before the incessant progress of social transformation, the Brazilian family legal order is gradually lacking of new reflections on the familiar

¹ Universidade Cândido Mendes, Itaperuna-RJ, e-mail: gabriela.tavares2010@gmail.com

² Universidade Iguaçu-Campus V, Itaperuna-RJ, e-mail: larissadepaulaf@gmail.com

³ Uenf; Campos dos Goytacazes, e-mail: rymoreira@yahoo.com.br Agradeço à CAPES pelo apoio financeiro às pesquisas científicas do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Cognição e Linguagem da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro.

⁴ Uenf; Campos dos Goytacazes, e-mail: hildeboechat@gmail.com Agradeço à CAPES pelo apoio financeiro às pesquisas científicas do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Cognição e Linguagem da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro.

⁵ Uenf; Campos dos Goytacazes, e-mail: chmsouza@gmail.com

structuring. By means of a qualitative methodology, the present work is based on works, scientific articles by experts in the subject, as well as on current and relevant legal provisions in order to examine questions about the right to genetic origin, its integration to the rights of the personality, as well as the right to membership and, consequently, to paternity investigation. Identifying the genetic origin consists of a very personal right and is detached from the recognition of the state of affiliation. Considering, in any case, the best interest of the child and the affection to declare paternity and son ship, it is concluded that hindering the right to the conscience of genetic origin, also damages the right to the dignity of the human person.

Keywords: right to genetic origin; best interests of the child; family.

Resumo: Atualmente, ante o incessante progresso de transformação social, o ordenamento jurídico familiar brasileiro encontra-se carecente, gradualmente, de novas reflexões acerca da estruturação familiar. Mediante metodologia qualitativa, o presente trabalho fundamenta-se em obras, artigos científicos de exímios especialistas no assunto, como também em dispositivos legais vigentes e de notória relevância a fim de examinar questões a respeito do direito à origem genética, de sua integração aos direitos da personalidade, bem como do direito ao estado de filiação e, conseqüentemente, à investigação de paternidade. Identificar a origem genética consiste em direito personalíssimo e desvincula-se do reconhecimento do estado de filiação. Considerando-se, em todo caso, o melhor interesse da criança e a afetividade para declarar paternidade e filiação, conclui-se que obstar o direito à consciência da origem genética, lesa também o direito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: direito à origem genética; melhor interesse da criança; família.

INTRODUÇÃO

Família configura um meio de identificação pessoal e social. Ao integrante de sua estrutura surge a necessidade de assegurar plenos desenvolvimento e crescimento. À legislação familiar brasileira foram acrescidos valores inéditos e revolucionários ao longo das últimas décadas. Assim, ampliaram-se as transformações na unidade familiar deixando esta seu caráter meramente social, religioso e econômico. Especialista em Direito de Família e Sucessões, o advogado, mestre e doutor em Direito, Pereira (2015) afirma que a objetividade presente nos atos e fatos jurídicos é, em todo tempo, transpassada pela subjetividade.

O discurso jurídico dogmático cede extensão a novas concepções e estudos acerca da família, parentalidade e filiação contemporâneas. A renovação da estrutura basilar da família tornou-se possível com o advento da Constituição

Federal de 1988 e sua ordem expressa de trato isonômico no que concerne à filiação e seu estado.

Neste cenário, externa Pachá (2014, p.135) que “se a maternidade era vista como um destino, a paternidade parecia um item acessório e dispensável, o que, felizmente, não se consolidou como comportamento ou tendência a ser seguida”. Assim, compreende-se quão significativos são os avanços na temática da parentalidade, sobretudo no que tange à família ectogenética, isto é, instituída pelo auxílio de inseminação artificial.

DIREITOS PERSONALÍSSIMOS: NORMAS DE REGÊNCIA E OBJETO DE TUTELA

A Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro – dispõe em seu capítulo II sobre direitos intransmissíveis, irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis, cujo exercício não pode sofrer limitação voluntária (art. 11). Expressamente fundamentadas na Constituição Federal de 1988, há prerrogativas individuais e inerentes à pessoa, seja natural ou jurídica. Tais direitos são protegidos e reconhecidos pela doutrina, jurisprudência e ordenamento jurídico como direitos da personalidade.

A esse respeito, ensina Gonçalves (2005, p.58) que essas garantias não tem “conteúdo econômico imediato”, isto é, “distinguem-se dos direitos de ordem patrimonial”. Para Diniz apud Gonçalves (2005, p. 58) “são direitos subjetivos da pessoa defender o que lhe é próprio”, a saber, a sua integridade física, intelectual e moral. Esse conjunto de direitos denomina-se personalíssimo “porque incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos” e esclarece que a “personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos” (Venosa, 2005, p. 197).

Nessa lógica, direitos da personalidade são “aqueles constituídos pela estrutura-base dos direitos do homem, ou seja, aqueles inerentes aos seus caracteres essenciais: físicos, psíquicos e morais, incluindo suas projeções sociais” (Mello, 2017, p. 157). A firma ainda que “são direitos extrapatrimoniais que ao colidirem com os de índole patrimonial ou com valorização econômica, em regra, logram prevalência” (Mello, 2017, p. 157). Esses direitos inatos são fundamentais e demandam respeito por configurarem o mínimo necessário à existência e à

convivência do indivíduo (Venosa, 2005). A essa classe de direitos cuja base decorre do diploma constitucional e a complementação do Código Civil Brasileiro, pertencem, dentre outros, os direitos à vida, ao nome, à liberdade, à manifestação do pensamento, à proteção da imagem, à privacidade, ao próprio corpo vivo ou morto, ao sono, ao repouso, à natalidade e ao seu controle, à autoria científica, artística, literária, à honra, à reputação, ao descanso, ao recato, ao segredo profissional e doméstico, ao direito fundamental à qualidade de vida, à identidade pessoal, familiar e social, a um ambiente de vida sadio, equilibrado ecologicamente e especialmente humano.

Desse modo, compreendem-se como personalíssimos os direitos subjetivos pessoais, não suscetíveis a taxatividade, indispensáveis e reconhecidos legalmente pelo Estado cuja transgressão se situa na esfera dos danos morais e patrimoniais, estes eventuais e com sentido econômico absolutamente secundário (Venosa, 2005). Após o segundo grande conflito mundial, os direitos personalíssimos elevaram-se ao patamar de maior valorização e proteção da pessoa humana (Mello, 2017).

O vigente Código Civil anuncia claramente em seu artigo 12, caput, a tutela dos direitos da personalidade ao preconizar que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sempre prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Do mesmo modo, o Código de Processo Civil, por meio de provimento jurisdicional, os instrumentos necessários à sua efetivação.

REFLEXOS DO DIREITO PERSONALÍSSIMO NAS RELAÇÕES DE PARENTESCO

Segundo Venosa (2005, p. 211), o “nome atribuído à pessoa é um dos principais direitos incluídos na categoria de direitos personalíssimos ou da personalidade”. Trata-se, portanto, “da manifestação mais expressiva da personalidade”. Por seu intermédio, “a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive”. É um modo de identificação da pessoa natural na sociedade, assim como de indicação de sua procedência familiar. Neste contexto, em relação aos vínculos afetivos e às relações familiares, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe sensíveis e profundas

transformações. Juíza da Vara de Família no estado do Rio de Janeiro desde 1998, Andréa Maciel Pachá narra acerca das disputas, amores e desejos nos processos de família. Entre os relatos surpreendentes na obra *Segredo de Justiça*, Pachá (2014, p. 134) assegura:

Em meados dos anos 1990, ainda eram novos os conceitos que nos levaram à compreensão de que as famílias são espaços de afeto, de solidariedade e de respeito. [...] As transformações nas últimas duas décadas, especialmente aquelas que redefiniram os papéis dos integrantes das famílias, foram profundas e rápidas. Isso exigia reciclagem diária dos meus conhecimentos e das minhas convicções, para que as minhas decisões não se limitassem aos processos e, desconectadas da realidade, não tivessem efetividade ou compreensão.

Nota-se, portanto, o quanto a seara jurídica necessita de outras fontes de conhecimento para sua efetivação - a exemplo, Sociologia, Filosofia, Antropologia, Psicologia, História e Medicina- sobretudo por conduzir os multiformes da existência humana. O ordenamento constitucional brasileiro reconhece, em seu artigo 226, caput, a família como base da sociedade, assegura a sua proteção pelo Estado, bem como a assistência “a cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (§ 7º).

O livre desenvolvimento da personalidade, embora não incorporado expressamente na carta constitucional, “aparece também nas normas relacionadas à família” (Mello, 2017, p.164). Neste enquadramento, as relações familiares no Brasil estão consagradas- junto a outros diplomas legais- no Livro IV da Parte Especial do Código Civil. A partir do subtítulo II questões acerca das relações de parentesco e estado de filiação estão pormenorizadas.

O parentesco, de acordo com a definição da lei, pode ser “natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL. CCB, art. 1.593). À vista disso, o Enunciado n.º 103 da I Jornada de Direito Civil estabelece:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

A posse do estado de filiação “constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos”, ou seja, para Lobo “é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, segundo as características adiante expostas, devendo ser contínua” (2004, p. 48-49). Acrescenta ainda o autor que, como gênero, do estado de filiação decorrem duas modalidades distintas, a saber, a de natureza biológica e a não-biológica. Assim, “na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, embora derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos”.

No tocante à filiação, é vedada qualquer designação discriminatória. A origem dos filhos, qualquer que seja, não obsta que tenham os mesmos direitos e qualificações (BRASIL, CCB, art. 1.596). Constitucionalmente, à prole oriunda ou não da relação do casamento ou, ainda, de adoção, determina-se tratamento isonômico, extirpando da ordem jurídica toda relação preconceituosa e estigmatizada, bem como a expressão de filho ilegítimo (Almeida, 2004).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atendendo a redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 65 de 13-7-2010, no caput do artigo 227 e parágrafo 6.º explicitamente ordena:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 (BRASIL, CRFB/88, Art. 227, caput).

§6.º 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.

À luz dos princípios e das normas constitucionais, verifica-se que o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III da Lei Maior, constitui a base da comunidade familiar. Sua observância é indispensável para realização de todos os seus membros, pois garante a preservação da coesão familiar, dos seus valores culturais, assim como o seu pleno desenvolvimento. Aos

aspectos essenciais do direito de família, promove-se um tratamento coerente à realidade social, não atendendo as necessidades tão somente da prole, mas também da sociedade nos seus interesses mais elevados (Gonçalves, 2018).

Conforme ensina Lobo (2004, p. 48), pode-se entender como filiação a “a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe)”. Nesta relação composta por direitos e deveres considerados mutuamente, os filhos, o pai e a mãe são titulares, respectivamente, do estado de filiação, de paternidade e de maternidade-estes em relação àquele.

O estado de filiação constitui-se em razão da posse de estado, isto é, por força da convivência familiar- cujo alicerce está na afeição- ou, ainda, por força da lei. Ope legis, há circunstâncias nas quais o estado de filiação é reconhecido com fundamento no Código Civil – arts.1.593; 1.596 e 1.597, bem como na Constituição Federal em seu artigo 227 (Lobo, 2004).

Ora biológica – decorrente da relação conjugal ou de união estável – por efeito de ambos os pais ou, ainda, de uma mãe ou um pai somente – na família monoparental – ora não biológica, seja por adoção regular conjunta dos pais ou de um deles apenas, seja por inseminação heteróloga autorizada, a filiação vincula-se a presunção de afetividade e convívio familiar, apesar de possivelmente não ocorrer (Lobo, 2004).

Seguramente, para Dias (2013) os vínculos de parentalidade e sua identificação sujeitam-se as novas realidades e, conseqüentemente, à criação de conceitos novos. Expressões como filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo e o mais, significam reconhecer as evoluções no direito das famílias ocorridas também no campo da parentalidade. Aduz a autora que:

Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial. Ampliou-se o conceito de paternidade, que compreende o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, se biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos (Dias, 2013, p. 363).

De igual modo, afirma Pachá (2014, p. 137) que “nem a paternidade nem a

maternidade se definem com a gravidez ou com o parto. A construção cotidiana do cuidado costuma consolidar os papéis e as representações”. O estado de filiação não biológica oriundo de adoção regular ou de inseminação artificial heteróloga é intocável e irreversível. Portanto, não admite contradita por “investigação de paternidade ou maternidade, com fundamento na origem biológica, que apenas poderá ser objeto de pretensão e ação com fins de tutela do direito da personalidade” (Lobo, 2004, p. 48).

TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Diante dos avanços científicos e da impossibilidade de alguns casais terem filhos de forma natural, a medicina tem buscado mecanismos para solução de tal problema. Dentre essas técnicas, a abordada neste estudo será a inseminação heteróloga, ou seja, aquela que é realizada utilizando o sêmen do banco de doares e não a do marido ou companheiro.

A doação deve ser realizada de forma voluntária, espontânea e gratuita, sendo certo que o doador não pode conhecer a identidade das receptoras e vice-versa, conforme preconizam os itens 2 e 3 da seção IV da Resolução nº 1.358/1992, posteriormente ratificada pela Resolução 2013/2013.

COLISÃO DE DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

A inseminação heteróloga tem sido alvo de muitos debates, pois a sua prática coloca dois direitos personalíssimos em confronto. O sigilo quanto à identidade do doador do sêmen é mantido em razão dos reflexos jurídicos e sociais que essa conduta acarretaria. Se tal identidade fosse propagada poderia ensejar ações de investigação de paternidade e de alimentos na vara de família, o que conseqüentemente diminuiria o número de doadores.

Conforme já comentado, o sigilo possui previsão na Resolução do Conselho Federal de Medicina. Além da previsão na Resolução, o direito à inviolabilidade do direito de intimidade e privacidade também é previsto na CF/88. O artigo 5º, inciso X, estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Além do direito à privacidade deve ser observada outra situação. O doador

que constituir uma família após a doação e o fato de ter um filho biológico fora do casamento atual poderia afetar as relações familiares, mesmo que a doação tenha sido em momento pretérito. Percebe-se, portanto, a importância do sigilo dos doadores de sêmen. Entretanto, o referido sigilo contraria o direito da criança em saber sua origem. O art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê:

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

De acordo com o estabelecido no ECA percebe-se que o reconhecimento do estado de filiação além de ser personalíssimo, também é indisponível e imprescritível. Isto quer dizer que o titular do direito não pode renunciar, tendo apenas a faculdade de não exercê-lo, e tal direito pode ser reconhecido a qualquer tempo. Outro ponto a se destacar é que o direito à identidade genética tem sido fortalecido pela campanha “pai presente” do CNJ, que visa estimular o reconhecimento da paternidade das pessoas sem registro (PAI PRESENTE, CNJ) Além do direito em conhecer sua origem, devem ser observadas outras questões. Uma delas seriam os impedimentos matrimoniais, previstos no ordenamento brasileiro, impedindo, por exemplo, que a criança advinda da prática de inseminação heteróloga, case-se com seu próprio irmão. Também é importante observar a questão das doenças hereditárias e assim possibilitar o tratamento precoce. Sob essa ótica, percebe-se que as questões levantadas não se referem apenas ao direito da criança, como também da asseguarção do que já era determinado em lei, como nos casos dos impedimentos matrimoniais.

Conclui-se, portanto, que de uma forma ou de outra há violação de algum direito personalíssimo.

IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO DOADOR

O direito brasileiro estabelece algumas obrigações ao pai, especialmente em relação a alimentos e direitos sucessórios. Entretanto, a paternidade socioafetiva tem-se sobressaído em relação à biológica, conforme jurisprudência consolidada acerca do tema. Tal posicionamento está evidenciado no voto da Ministra Nancy Andrighi, no REsp 1274240/SC e REsp 1401719/MG.

Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica.

A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.

A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.

Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.

O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação.

Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluyente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar.

(REsp 1274240/SC. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 08/10/2013.)

A criança advinda da prática de inseminação heteróloga, diferentemente dos casos de crianças abandonadas, é cercada de amor e carinho, pois os membros daquela família, ainda que unilateral, empreenderam todos os esforços para obter a concepção. Já o doador do sêmen, não tinha a intenção de ser pai, diferentemente da família que projetou a criança advinda da inseminação. Percebe-se, ainda, que mesmo se o direito ao anonimato for relativizado, não há como obrigar ao sentimento paternal o doador em relação à criança (CLEMENTE; MOREIRA, 2004, pag. 33), sob esta ótica, aduz que:

Fato é que não há como se obrigar uma pessoa a amar outra pelo simples fato de haver entre elas o vínculo biológico. Para tanto, construir um ordenamento sobre o alicerce do liame biológico é simplesmente desprezar todo conjunto que representa a figura paterna.

Outro ponto a ser abordado é que não há como se obrigar uma pessoa conviver com outra e em casos extremos, o doador do sêmen poderia até mesmo demandar judicialmente para preservar sua liberdade e evitar incômodos.

TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Quando há dois direitos fundamentais em questão, percebe-se a importância de uma técnica capaz de ajudar a solucionar a controvérsia apresentada. Na visão de Moraes (2003, p. 61):

(...) quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Entretanto, a aplicação do princípio da concordância ou harmonização em alguns casos revela-se quase impossível. Nesta ótica, foi adotada uma técnica denominada ponderação de interesses visando resolver a questão, que consiste no método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios da Lei Maior, buscando-se alcançar um ponto de equilíbrio, em que a restrição a cada um dos bens jurídicos de estatura constitucional envolvidos seja a menor possível, na medida exata necessária à salvaguarda do bem jurídico contraposto (Sarmiento, 2003).

A aplicação dessa técnica se dá de acordo com o caso concreto, observando suas consequências no mundo jurídico e perante a sociedade. Neste prisma, o operador do direito atribuirá pesos específicos a cada norma em conflito no intuito de constatar qual direito deve prevalecer. Nesse sentido, explica Alexy (2005):

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa-se decompor em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro (Alexy, 2005, p. 339-340).

Outro princípio adotado nesta teoria é o da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação entre um ou vários fins determinados e os meios com que são abordados, devendo obedecer-lhe tanto os que exercem quanto os que padecem o poder (ÁVILA, 2005). Tal princípio tem sido utilizado como forma de controlar os atos do Poder Público e é utilizada em diversos ramos do direito. Segundo Ávila (2005, p.112):

Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Nessa ótica, percebe-se que o princípio da ponderação é aplicado na técnica de ponderação, pois diante de conflitos de princípios, as restrições recíprocas entre eles são aplicadas de forma proporcional para não anular por completo um direito em função de outro. Cabe salientar, que quando os meios utilizados para determinado fim não são apropriados para ou ocorre manifesta desproporcionalidade dos meios, haverá violação ao princípio da proporcionalidade.

Analisados os princípios acima informados deve se levar em conta também sua aplicação no caso concreto. Por exemplo, uma criança nascida da prática de reprodução assistida descobre ao longo da vida uma doença genética. Diante de tal situação seria necessária investigação genética em prol da saúde da criança.

Neste caso, não estariam mais em confronto o direito à identidade genética x sigilo do doador, mas o direito à vida e à identidade genética x direito de sigilo do doador. Nesta égide, percebe-se que são dois direitos fundamentais em confronto com um. Aplicando-se a teoria da ponderação em concomitância ao princípio da proporcionalidade, o direito à vida da criança iria se sobrepuser ao direito do sigilo do doador. Se a situação descrita acima ocorresse no caso concreto, caberia ao magistrado observar as consequências da relativização do direito do doador.

Conclui-se, portanto, que não há uma regra no momento da aplicação dessa técnica, pois varia de acordo com o caso concreto, cabendo ao Judiciário se posicionar e observar qual é o direito, que naquele caso concreto se mostra mais

digno de preservação em relação ao outro que com ele colide; o direito mais relevante naquele caso deve prevalecer e deve ser empregado certo grau da relativização do outro direito em questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto abordado neste artigo é muito polêmico, especialmente devido à inexistência de regulamentação legal. Nessa ótica, percebe-se que ambos os lados possuem direitos personalíssimos e a valorização de um, gera a relativização do outro, pois são direitos que se acham, ainda que momentaneamente, em confronto.

Foi necessário valer-se da técnica da ponderação de interesses para a melhor compreensão a respeito de que direito personalíssimo deve prevalecer no caso concreto quando há dois de mesma natureza em colisão, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade, que ajudará o julgador a discernir, qual dos dois direitos se afigura mais apto a ser resguardado.

Caso o direito ao sigilo do doador fosse relativizado em face do direito da criança, tal conhecimento da ascendência biológica não geraria vínculo afetivo entre pai e filho e nem mesmo a responsabilidade parental entre doador e a pessoa gerada, como visto acima. Já se ocorresse o inverso, no caso da valorização do direito de sigilo, estaria violando o direito da criança de conhecer o pai e poderia trazer transtornos à pessoa em formação.

Diante dos fatos expostos, percebe-se a necessidade de uma legislação acerca do tema, pois cada dia mais mulheres têm recorrido a essas práticas de concepção medicamente assistidas.

REFERÊNCIAS

Alexy, Robert (2007). *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Almeida, M. C. d. (2004). *O direito à filiação integral à luz da dignidade humana*. In Pereira, R. d. C. (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. (p. 417-434). Belo Horizonte: Del Rey ISBN: 8573087293. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/137.pdf>. Acesso em: 27 set. 2018.

Ávila, H. (2005). Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4º. ed. Brasil: Sérgio Antônio Fabris Editor.

Brasil. Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

Brasil. CRFB. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Lex. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 set. 2018. (ISBN: 978-85-224-7863-7).

Brasil. Tribunal de justiça do rio grande do sul. Jurisprudências. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em 23/09/2018.

Brasil. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23/09/2018.

Clemente, A. P. P., & Moreira, T. P. (2004) Bioética: um olhar transdisciplinar sobre os dilemas do mundo contemporâneo. Belo Horizonte. Bioconsulte.

Conselho da justiça federal. Enunciado N. 103. I Jornada de Direito Civil, parentesco natural, contraparente afetividade, família extensa, família ampliada, laços de família, consaguinidade, filiação, pai registral, filho de criação. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

Dias, M. B. (2013). Manual de Direito das Famílias. 9. Ed. rev., atual e ampliado de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens): Lei 12.398/2011(direito de visita dos avós). - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN 978-85-203-4756-0.

Gonçalves, C. R. (2005). Direito civil: Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 1 v. Coleção sinopses jurídicas. ISBN 85-02-05008-7.

Gonçalves, C. R. (2018). Direito civil brasileiro: Direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 6 v. ISBN 9788547229313.

Lobo, P. L. N. (2004) *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista CEJ, Brasília, v. 8, n. 27, p.47-56, Out./dez. Conferência proferida no “II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF”, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção Distrito Federal, de 10 a 14 de maio de 2004, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília – DF.. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/633>>. Acesso em: 27 set. 2018.

Mello, C. M.. (2017). *Direitos da personalidade*. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 8, n. 01, p. 157-166, jun. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/335>>. Acesso em: 27 set. 2018.

Monteiro, M. (2016). Filiação biológica e socioafetiva. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49625/filiacao-biologica-e-socioafetiva>>. Acesso em: 10 out. 2018.

Morais, A. d. (2003). Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas.
Pachá, A. M. (2014). Segredo de justiça: Disputas, amores e desejos nos processos de família narrados com emoção e delicadeza por uma juíza. Rio de Janeiro: Agir. ISBN 978.85.220.3031-6.

Pereira, R. d. C. (2018). No Dia Internacional da Família é preciso refletir sobre suas constantes transformações. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/dia-internacional-da-familia-e-preciso-refletir-sobre-suas-constantes-transformacoes/>>. Acesso em: 11 out. 2018.

Pereira, R. d. C. (2015). Iluminuras - Jéssica Paula e Rodrigo da Cunha Pereira (26/06/15). Direção de Marcela Tamm. Produção de Mariana Mello. Realização de Tv Justiça. Coordenação de Secretaria de Comunicação Social- Stf. Intérpretes: Jornalista Jéssica Paula e Advogado Rodrigo da Cunha Pereira. [s.i]: (2551 min.), son., color. Edição e apresentação Paulo Leite. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?time_continue=14&v=yD9em_ptgLS>. Acesso em: 11 out. 2018.

Sarmiento, D.. (2003). A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

Venosa, S. de S. (2005). Direito civil: Parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas. 1 v. Coleção direito civil. ISBN 85-224-3943-5.