

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CHRISTIAN SAHB BATISTA LOPES

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

MARIA GORETTI DAL BOSCO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Christian Sahb Batista Lopes, José Sebastião de Oliveira, Maria Goretti Dal
Bosco – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-088-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O Direito Civil contemporâneo, enquanto Estatuto da Pessoa, que regula suas relações privadas é, certamente, um espelho que deve refletir os princípios constitucionais orientadores da conduta humana no âmbito da oikos, para diferenciar do outro extremo, o da polis entre os gregos, o ambiente particular da família e o espaço da cidade-estado, no qual os cidadãos se envolviam em questões de natureza pública e interesse geral. Assim se orientaram os pesquisadores que expuseram suas contribuições ao aprimoramento desse ramo do Direito privado, iniciando-se a primeira parte do livro com o capítulo dedicado à tutela dos direitos da personalidade diante da dignidade humana, seguindo-se vários outros neste mesmo horizonte norteador, passando pelo conceito jurídico de pessoa, pelo direito à imagem, à identidade cultural dos portadores de surdez, ao nome social dos transexuais e travestis e pela responsabilidade por violações do direito de imagem, entre outros. Não faltou a preocupação dos estudiosos com temas inspiradores como a fraternidade na função social dos contratos, a boa fé, a mesma função no âmbito da posse, a responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras e a insuficiência da legislação reguladora das relações estabelecidas por meio da Internet, além de outros assuntos de raciocínio semelhante. Importa ter em conta a boa qualidade de muitos dos trabalhos, cujos autores se debruçaram ao estudo de assuntos bastante controvertidos e que geraram amplas e profícuas discussões. Para bem cumprir a finalidade de pensar o Direito Civil na contemporaneidade, muitos dos trabalhos foram enriquecidos com pesquisas doutrinária e jurisprudencial, alguns até na comparação com o direito estrangeiro, proporcionando a que boa parte dos assuntos trouxesse o confronto dos aspectos teóricos com a aplicação prática do Direito por parte dos juízes e Tribunais, numa constatação dos rumos que a dogmática moderna do direito vem seguindo no Brasil. Todos esses temas demonstram o direcionamento destes pesquisadores na busca por aperfeiçoamento das discussões sobre a proteção aos direitos que compõem o Estatuto das relações privadas. A experiência do grupo de trabalho acabou por expor, também, as fragilidades que permeiam a proteção desses direitos, restando clara ainda a existência de vácuos que a construção (ou reconstrução, para uma expressão mais adequada) do arcabouço teórico e dogmático juscivilista ainda não deu conta de superar, especialmente quando se conjugam direitos de personalidade e regulação estatal. Ainda que a codificação de 2002 tenha proporcionado um leque de possibilidades a partir de cláusulas gerais e abertas, restam questões de difícil composição, para as quais a efetividade muitas vezes, passa ao largo da Justiça. O desejo dos organizadores desta obra é o de que ela se preste a aprimorar

as discussões da Academia do Direito contemporâneo, abrindo mais portas para novos contornos da espinhosa construção de um direito moderno, capaz de responder mais adequadamente às necessidades de composição dos conflitos e de promoção da justiça.

Christian Sahb Batista Lopes

José Sebastião de Oliveira

Maria Goretti Dal Bosco

A SURDEZ E O DIREITO À IDENTIDADE: DEFICIÊNCIA OU IDENTIDADE CULTURAL?

DEAFNESS AND THE RIGHT TO IDENTITY : DISABILITY OR CULTURAL IDENTITY?

**Gabrielle Bezerra Sales
Andréia da Silva Costa**

Resumo

É cada vez mais frequente pais buscarem profissionais de saúde especializados na área da engenharia genética a fim de projetarem seus filhos. Algumas dessas intervenções são facilmente assimiladas, mas outras geram entraves éticos que precisam ser melhor discutidos pela ciência, em especial a ciência jurídica. O presente estudo pretende analisar, a partir de um caso concreto, se pais surdos podem ou não escolher gerar uma criança surda por compreenderem a surdez não como uma deficiência, mas sim como um traço da identidade cultural. Utilizou-se, além do estudo de caso, a pesquisa bibliográfica e documental, que consistiu na leitura especializada da doutrina e na análise das normas jurídicas, nacionais e internacionais, que abordam o tema. Constatou-se que, embora os pais sejam os responsáveis por gerenciar a vida dos filhos, objetivando sempre atender o melhor interesse da criança, no que se refere às questões existenciais, essa representação/assistência deve respeitar os limites postos pela autonomia privada e pela liberdade da criança de escolher o seu projeto de vida. Subjugar uma criança a determinado modelo de vida, além de ser um ato que fere a moral social, por isso o incômodo ético facilmente percebido no seio da sociedade, consiste também numa violação à dignidade humana desses sujeitos. Isso se torna mais grave quando a intervenção médica e dos pais tem o propósito de gravar essa criança com uma deficiência como a surdez.

Palavras-chave: Manipulação genética, Surdez, Autonomia da vontade, Criança, Dignidade humana

Abstract/Resumen/Résumé

It is increasingly common for parents to look for health professionals specialized in the area of genetic engineering in order to design their children. Some of these interventions are easily assimilated, but others produce ethical barriers that need to be better discussed by science, especially the legal science. This study aims to analyze, from a case, if deaf parents may or may not choose to generate a deaf child to understand deafness not as a disability but as a feature of cultural identity. It was used in addition to the case study, bibliographic and documentary research, which consisted of the reading of specialized doctrine and analysis of the legal, national and international standards, which address the issue. It was found that, although parents are responsible for managing their children's lives, always aiming to serve

the best interests of the child, in respect to existential issues, such representation / assistance must respect the limits set by the private autonomy and freedom the child to choose his plan of life. Overwhelm a child to particular model of life, besides being an act that hurt social values, so the ethical discomfort easily perceived in society, is also a violation of human dignity of these individuals. This becomes more serious when medical intervention and parents aims to save this child with a disability such as deafness.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Genetic manipulation, Deafness, Freedom of choice, Child, Human dignity

Introdução

O presente trabalho se propõe a analisar a surdez como um traço da identidade cultural a partir de um estudo de caso, tendo como premissa a teoria dos direitos de personalidade e o direito civil constitucional. Referida temática está em evidência no mundo jurídico, especialmente em razão de sua estreita relação com a teoria dos direitos fundamentais e com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A situação que se examina tem como pano de fundo o direito à identidade, abordando aspectos que dizem respeito ao reconhecimento da diferença, à expressão da autonomia, à realização do projeto existencial e ao exercício pleno da liberdade e da igualdade.

Traz-se à baila, como ponto de partida do presente ensaio, a discussão sobre o projeto parental de um casal de lésbicas que decidiu gerar um bebê acometido de surdez¹. A decisão, tomada em âmbito privado, produziu discussões acaloradas nos EUA, isso porque Sandra Duchesneau e Sharon Candy McCullough, surdas de nascimento, defendem ser a surdez um traço da identidade e não uma deficiência, não havendo nenhum problema atribuir referida característica a seu filho.

O casal procurou alguns bancos de sêmen investigando sobre a possibilidade da fertilização de uma delas ser realizada com material doado por um homem surdo. (BBC, 2002, *on line*) Após investidas frustradas pela negativa de todos os estabelecimentos buscados, Sandra e Sharon usaram o sêmen de um amigo totalmente surdo e em cuja família essa característica/deficiência se manifesta há cinco gerações. O sêmen foi utilizado para fertilizar Sharon, que gerou e deixou nascer o bebê Gauvin McCullough, que tem pouca audição em apenas um ouvido. (BBC, 2002, *on line*)

Após deliberarem sobre mencionado aspecto da identidade do filho por meio da manipulação genética, as duas disseram que Gauvin vai poder escolher, quando for mais velho, se quer ou não usar um aparelho auditivo. Convém acrescentar que Sharon e Candy já têm uma filha, Jennifer, de cinco anos (à época em que foi feita a reportagem), gerada com o sêmen do mesmo doador e que só se comunica por meio de linguagem de sinais. (BBC, 2002, *on line*)

As mães não consideram a surdez uma deficiência, mas sim uma identidade cultural e, junto ao grupo que integram, se opõem inclusive à realização de cirurgias que possibilitam a

¹ Uma das discussões travadas no caso concreto consiste em definir a surdez como deficiência ou como traço de uma identidade cultural. O presente ensaio não se propõe a aprofundar estudo, muito menos a fechar questão quanto a esse aspecto e, por essa razão, a autora faz referência à surdez como sendo uma característica/deficiência.

“cura” de pessoas surdas. Todavia, sabe-se que referido posicionamento é minoritário e, por essa razão, o casal foi alvo de críticas por parte da sociedade local que entendeu que privar um bebê de uma faculdade natural é um comportamento antiético e merece ser analisado quanto ao seu aspecto jurídico. (BBC, 2002, *on line*)

O avanço da tecnologia e sua repercussão na Biomedicina traz benefícios na cura de doenças, nos tratamentos médicos, na realização de sonhos por meio de cirurgias ou tratamentos estéticos, mas também faz surgir alguns impasses éticos que dividem a opinião da sociedade e que geram problemas pontuais a serem solucionados pelo Direito.

Os problemas principais que despontam no contexto do caso concreto consistem em saber se esse tipo de fertilização é passível de ser admitida pelo direito brasileiro, ou seja, investigar se o ordenamento jurídico pátrio admite ou não a “encomenda” pelos pais de uma criança com traços genéticos específicos. Importa ainda saber se referida manipulação viola o direito à identidade e a autonomia privada da criança, bem como indagar se os pais são absolutamente livres para realizarem o planejamento familiar/projeto parental, intervindo, inclusive, na escolha de alguns traços genéticos de suas crianças.

Impende também pontuar se a surdez é ou não um melhoramento genético indesejável, se ela pode ser considerada uma deficiência ou um atributo da identidade cultural de quem a possui, como ocorre com os estrangeiros, que se diferenciam das demais pessoas por se comunicarem por outra língua – a de sinais.

Embora o caso analisado evidencie um constrangimento ético preocupante, referido desconforto se mostra abrandado quando se percebe que algumas manipulações genéticas objetivam evitar uma enfermidade congênita ou mesmo quando os pais decidem escolher traços fenotípicos do filho, como o sexo, a cor dos olhos etc. Resta, então, o desafio de desvendar os impasses jurídicos que permeiam as situações analisadas, traçando breves considerações teóricas à luz do direito brasileiro, utilizando, de modo especial, a teoria dos direitos de personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

1 A constitucionalização do Direito e os direitos de personalidade

A classificação dicotômica de Ulpiano, reproduzida por Justiniano, representa uma das maiores preocupações dos romanos, qual seja a de dividir o direito entre público e privado, sendo o primeiro o que tem por finalidade a organização da república romana e o segundo o que diz respeito ao interesse dos particulares (CRETELA JÚNIOR, 1998, p. 25). Assim, o *ius publicum* (direito público) foi definido como aquele que se refere aos interesses do Estado e o direito privado como o referente aos interesses dos particulares. Percebe-se que o critério

utilizado para a distinção entre os referidos ramos do direito é teleológico, ou seja, é o fim que serve como marco separador dos mesmos.

O fato é que juristas, desde os romanos, têm tentado dar razões lógicas para tal distinção e o interesse, de fato, é um motivo relevante: “é direito público o que trata de relações e situações jurídicas em que o interesse público predomina, enquanto direito privado, aquelas em que sobressai o interesse privado” (GUSMÃO, 1999, p. 145-146). Contudo, logo se observou que a distinção apresentada pelo direito romano não correspondia mais à realidade jurídica, nem, tão pouco, à complexidade da sociedade moderna. No entanto, tal diferenciação persistiu e foi nela em que os institutos básicos do direito civil brasileiro foram elaborados, tanto no Código de 1916, como no mais atual.

Frente a isso, faz-se importante questionar se essa clássica diferenciação entre Direito Público e Direito Privado ainda se justifica. Para Hans Kelsen (2000), por exemplo, que estabelece uma identidade essencial entre Estado e Direito, em que aquele é apenas o ente ao qual deve ser referido o ordenamento jurídico como um todo, a resposta seria negativa. Mas, para Miguel Reale, a distinção ainda se faz pertinente, embora com uma alteração importante na teoria romana, que levava somente em consideração o elemento de interesse da coletividade ou dos particulares. Para ele, não é uma compreensão errônea, mas incompleta, já que é fundamental, em sua concepção, determinar melhor os elementos distintivos e ressaltar a correlação dinâmica existente entre os dois sistemas do Direito, cuja síntese expressa a unidade da experiência jurídica (REALE, 1998, p. 342).

Além do mais, também não procede a distinção que atribui ao conteúdo do direito público normas sempre cogentes, e ao direito privado, normas facultativas. Afinal, tanto no direito público como no direito privado, as normas confundem-se, permeando todo o sistema com disposições de ordem públicas e facultativas. Silvio de Salvo Venosa (2003), por isso, defende que melhor será considerar como direito público o direito que tem por finalidade regular as relações do Estado, dos Estados entre si, do Estado com relação a seus súditos, quando procede com seu poder de soberania, isto é, poder de império, enquanto que o Direito privado é o que regula as relações entre particulares naquilo que é de seu peculiar interesse.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, referida diferenciação precisou ser repensada pela doutrina brasileira, isto porque referido diploma constitucional prometeu espalhar por todo o ordenamento jurídico pátrio ventos de personalização, dignificação e solidariedade, cabendo à doutrina e à jurisprudência levar esses novos ares aos vetustos institutos do direito civil, por exemplo, o qual, por reger a vida do homem comum, precisava

abandonar o pensamento tradicional que o limitava à proteção de bens patrimoniais, e se abrir à luz da dignidade, enfatizando a importância da pessoa humana. (MORAES, 2010, prefácio)

O fenômeno da constitucionalização do Direito colocou a Constituição Federal de 1988 como protagonista de todo o ordenamento jurídico, ou seja, como eixo central, que se irradia, inclusive, no âmbito do direito privado, fazendo prevalecer os aspectos existenciais em relação aos patrimoniais, observando, assim, as novas prioridades apontadas pelo legislador constituinte originário. Assim, melhor que rejeitar a ideia de invasão da esfera pública sobre a privada é admitir uma estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente que possa abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público. (MORAES, 2010, p. 7)

Com o aumento dos pontos de confluência entre o público e o privado, ensejado pela constitucionalização do Direito, é cada vez mais difícil fazer uma delimitação precisa entre eles. Direito público e direito privado tem seus significados originários modificados, de maneira que cabe fazer apenas uma distinção meramente quantitativa, ou seja, há institutos em que é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e há institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais do cidadão. (MORAES, 2010, p. 11)

Essa ressignificação da ciência jurídica pode ser facilmente percebida nas mudanças que estão ocorrendo no Direito Civil brasileiro, outrora pautado em questões patrimoniais, e que vem sendo levado a fixar seu eixo na pessoa humana, nas questões existenciais que impactam sobremaneira no respeito e na proteção da dignidade humana². A evidência que é conferida aos direitos de personalidade no contexto atual mostra a materialização dessas transformações, que, ressalte-se, estão apenas em fase embrionária.

Mas, no que se refere aos direitos de personalidade, estes pertencem ao Direito Público ou ao Direito Privado? E, o que é personalidade, propriamente? César Fiúza (2003, p. 109) afirma que as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, são sujeitos de direitos subjetivos. É em sua função que existe a ordem jurídica. Assim, a característica essencial dos sujeitos dos direitos, para ele, é a personalidade.

² O conceito de dignidade humana adotado no presente ensaio é o trazido pela professora Maria Celina Bodin de Moraes, que diz que o substrato material da dignidade pode ser desdobrado em quatro postulados: 1. o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; 2. merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; 3. é dotado de vontade livre, de autodeterminação; 4. é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. (MORAES, 2010, p. 85)

Para este termo, segundo Perligieri (2002), há duas acepções, respectivamente. A primeira é enquanto atributo jurídico conferido ao ser humano, como também a outros entes (pessoas jurídicas), em razão da qual se tornam capazes, podendo ser titulares de direitos e deveres nas relações jurídicas. A segunda acepção tem a personalidade como um valor ‘fundamental do ordenamento jurídico e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessantemente mutável exigência de tutela’(PERLIGIERI, 2002). E é, então, nessa segunda acepção do termo que se fala em direitos da personalidade, os quais, “são os atributos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional” (SCHREIBER, 2014, p. 13).

Capelo de Sousa (1995), ressaltando o caráter unitário da natureza humana, salienta que a personalidade humana tutelada não reveste um caráter estático, sim dinâmico, devendo, por isso, ser protegido tanto os bens da personalidade humana como o direito ao próprio desenvolvimento dessa personalidade, o bem da personalidade humana.

A personalidade, pois, é uma invenção do direito, é um atributo ou valor jurídico. Não tem ela nenhum caráter natural. É, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações (PERLIGIERI, 2002, p. 155).

Joyceane Bezerra de Menezes e Camila Gonçalves defendem que se deve abandonar o método legislativo das codificações oitocentistas, nas quais a proteção à pessoa se fazia por um conjunto de direitos subjetivos que, por si, são insuficientes para albergar a variedade de circunstâncias pelas quais a pessoa perpassa ao longo de seu desenvolvimento. Pra elas, “o ideal para a tutela integral da pessoa é optar por uma disciplina firmada em princípios e cláusulas abertas, ou seja, uma regulamentação por normas que tenham a maior amplitude possível para garantir a liberdade do sujeito ao pleno desenvolvimento”. (MENEZES; GONÇALVES, 2012, p. 42)

Nesse novo contexto civil-constitucional, o importante é regular as relações jurídicas da melhor maneira possível, visando a preservação da dignidade da pessoa humana. A Constituição de 1988 pôs a dignidade humana como centro do sistema jurídico, deixando evidente a insuficiência da dogmática civilista, mesmo após o advento do Código Civil de 2002. Isso fez surgir o que a doutrina classifica como cláusula geral de tutela da pessoa, conhecida, no direito português, como direito geral de personalidade. (SOUSA, 1995)

O Brasil não faz menção expressa à cláusula geral de proteção à pessoa, se limitando a arrolar alguns poucos direitos de personalidade na lei civil de 2002, precisamente nos artigos 11 a 21, todavia,

[...] da articulação entre o princípio da dignidade da pessoa humana (previsto no art. 1º, art. 5º e art. 170, CF/88), o direito geral de liberdade (art. 5º, II, CF/88) e o direito fundamental à igualdade (art. 5º, I, CF/88) com os dispositivos do Código Civil constantes no art. 927 e no capítulo pertinente aos direitos da personalidade se pode deduzir a presença dessa cláusula geral de tutela. (MENEZES; GONÇALVES, 2012, p. 43-44)

Analisando o ordenamento jurídico como um sistema, composto de regras e princípios, é possível afirmar que, para reconhecer e admitir que os direitos de personalidade existem e extrapolam o rol apresentado pelo Código Civil brasileiro, não há necessidade de uma enumeração taxativa em determinado diploma legal. Basta que a cláusula geral de tutela da pessoa exista a partir da interpretação sistêmica do ordenamento jurídico à luz dos princípios constitucionais. (TEPEDINO, 2008)

Ao analisar os dispositivos constitucionais, pode-se facilmente entrever a cláusula geral de tutela da pessoa em meio ao ordenamento jurídico brasileiro, funcionando como uma garantia de proteção, de promoção e de respeito à dignidade humana, fundamento do Estado democrático de direito brasileiro.

2 O direito à identidade no ordenamento jurídico brasileiro

A identidade é um traço da personalidade humana que está em constante e permanente processo de construção, o qual deve “ser analisado pela perspectiva principiológica constitucional, especialmente pela articulação da tríade dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade que darão sustentação ao direito à autodeterminação do sujeito em construir-se e reconstruir-se” (MENEZES; GONÇALVES, 2012, p. 37)

É por meio da identidade que o homem se define e se reconhece. Ela possibilita à pessoa a ser ela mesma, singular, e não qualquer outra. Ela é mais que um sentimento de pertencimento, embora este seja importante para a sua configuração. A manifestação da identidade está condicionada ao processo de construção de uma estrutura que garanta e promova, em síntese, de maneira permanente, sentimentos de materialidade, pertencimento,

unidade, coerência, continuidade temporal, diferença, valor, autonomia, confiança e vir-a-ser. (CHOERI, 2010)

O homem é um ser em constante processo de construção, um ser inacabado, que agrega em sua pessoa diversas variáveis que resultam do seu próprio existir, do seu relacionar com o outro e com o mundo. Essas interações, muitas vezes, remodelam o substrato humano originário, o que faz com que surjam novos aspectos de sua identidade ao longo da sua vida. Assim, essas percepções subjetivas não são estanques, elas sofrem alterações ao longo de toda infinitude humana.

Segundo Bauman (2005), o pertencimento e a identidade não têm a solidez de uma rocha, não são afiançados para toda a vida, podendo ser negociáveis e revogáveis. Para o autor, as decisões que o indivíduo toma, os caminhos que percorre, a maneira como age são fatores decisivos para o pertencimento e para a identidade humanas.

Assim, a identidade não pode ser considerada um atributo estático da pessoa humana, ou seja, um conjunto de elementos identificadores específicos que individualizam as pessoas de modo estanque e preciso, mas sim como algo em permanente processo de construção, levando em consideração que o novo sujeito que habita no mundo constrói sua identidade desde o primeiro sopro de vida até o último.

O sujeito pós-moderno, por sua vez, subverte uma e outra concepção. Sua identidade é plástica, fragmentada e sem qualquer referência a um núcleo essencial, não havendo preocupação com uma coerência ou linearidade. Há elementos cambiantes historicamente construídos que alteram a percepção de identidade imutável e permitem a emergência de um sujeito em perene construção. (MENEZES; GONÇALVES, 2012, p. 37)

Contudo, apesar dessa compreensão de identidade, a maioria dos autores e os ditames do ordenamento jurídico brasileiro reduzem a identidade a um direito de personalidade de expressão limitada, como um direito à mera identificação individual, somente para determinar o sujeito nas relações jurídicas, indicando os seus elementos e signos particulares, como o nome, a nacionalidade, o estado civil e o sexo. Essa visão está equivocada e ultrapassada, e precisa acompanhar as mudanças que já se materializam em outros países.

Sob a leitura civil-constitucional, a identidade apresenta-se sob diferentes perspectivas: estável, dinâmica, individual e coletiva³. Todo indivíduo tem um sentimento de se fazer valer

³ Por essa classificação, a dimensão estável da identidade responde pela sua materialidade, é o elemento de identificação física da pessoa, de visibilidade imediata e de vocação duradoura, embora seja passível de mudança. A dimensão dinâmica, por sua vez, é constituída pela ideologia, pela espiritualidade, pela moralidade, pela forma de pensar, de julgar, de pertencer a determinado grupo social, pela historicidade de cada pessoa, que a distinguem das demais e a tornam única e irrepetível. A identidade pode ainda ser classificada sob a ótica individual e coletiva. No primeiro caso, a identidade inicia-se desde a concepção, na definição de um código genético singular, que acompanhará toda a existência humana, e desenvolve-se após o nascimento com vida. Sob a ótica coletiva, importa frisar que as entidades coletivas (família, nação, grupos étnicos, associações, partidos

(a coragem de ser) diante de si mesmo e de seus semelhantes. Exercitar a autoestima significa convencer-se de ser detentor de um valor para si e para o grupo social no qual se insere, ontológica e correlacionalmente. O **ser alguém** aos olhos de todos significa manifestar a vontade (a coragem) de objetivar uma identidade, cujo valor interessa ao indivíduo que seja preservado e reconhecido. (CHOERI, 2010)

Muitas vezes, esse **ser alguém** e a manifestação dessa identidade, histórica e biologicamente construída, necessita da ajuda da medicina e da tecnologia, únicas capazes de realizar vontades humanas outrora nunca imaginadas. Por exemplo,

As descobertas da genética nos apresentam a um só tempo uma promessa e um dilema. A promessa é que em breve seremos capazes de tratar e prevenir uma série de doenças debilitantes. O dilema é que nosso recém-descoberto conhecimento genético também pode permitir a manipulação de nossa natureza – para melhorar nossos músculos, nossa memória e nosso humor; para escolher o sexo, a altura e outras características genéticas de nossos filhos; pra melhorar nossas capacidades física e cognitiva; para nos tornar ‘melhores do que a encomenda’. A maioria das pessoas considera inquietantes ao menos algumas das formas de manipulação genética. Entretanto não é fácil articular nosso mal-estar. Os termos familiares do discursos moral e político tornam difícil afirmar o que há de errado na reengenharia da nossa natureza. (SANDEL, 2013, p. 19)

O perigo dos melhoramentos voluntários das características genéticas das pessoas, a mudança de aspectos físicos por meio da livre disposição do próprio corpo, as consequências do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, são uma realidade da sociedade pós-moderna e ensejam grandes discussões no âmbito dos direitos de personalidade, da ética e da ciência.

Todos esses exemplos, embora polêmicos, têm como ponto comum, a necessidade de proteção da principal manifestação da dignidade existencial e social, mediante o reconhecimento da verdadeira identidade da pessoa, que deve ganhar, em sede interpretativa, na ordem jurídica brasileira, status de direito fundamental. Nesse contexto, há de se rever o conceito de identidade, de modo que compreenda todas as situações referidas, que revelam uma gama de identidades: genética, sexual, de gênero, étnica, cultural, social, as quais geram diversos status individuais, que no seu conjunto constituem a verdadeira identidade da pessoa. (CHOERI, 2010, p. 6)

Questões ligadas ao exercício da liberdade e da autonomia privada se deparam com dilemas éticos que precisam ser solucionados pelo Direito, haja vista não terem sido previstas à época da elaboração das leis que regem essa sociedade pós-moderna e impactarem diretamente em aspectos cruciais da vida humana, como a identidade. Assim, o pronunciamento dos estudiosos do Direito torna-se indispensável, na medida em que novas situações jurídicas surgem e não se enquadram nas categorias existentes e, portanto, exigem análises profundas antes de serem taxadas como ilegais, desarrazoadas e terem sua incorporação ao ordenamento jurídico negada. (CHOERI, 2010)

políticos etc.) espelham na identidade uma ideologia, um modo de viver, uma consciência ética e social, interesses comuns, sejam políticos, sociais ou econômicos, de pessoas com a mesma objetividade de vida. (CHOERI, 2010)

Nesse relacionar-se e nesse construir-se, o homem se reinventa, se transmuta, se afastando e se aproximando da sua essência original. Nesse processo é possível ver pessoas modificando o corpo, o cabelo, a cor dos olhos e querendo transferir algumas dessas mudanças para seus descendentes. Algumas dessas transformações lançam mão da intervenção da medicina, outras não, umas são facilmente assimiladas pela sociedade, outras nem tanto ou sofrerão real resistência por parte do corpo social. O que deve ser registrado, portanto, é que todas essas manifestações integram um processo individual de busca pela felicidade, inclusão, pertencimento, individualidade e pela (auto)aceitação que desembocam na realização plena da dignidade humana, aspecto da vida que deve ser tutelado.

O presente estudo se propõe a analisar, a partir do caso concreto apresentado, se os pais podem ou não, por meio da manipulação genética, encomendar uma criança com traços genéticos específicos, como a surdez, sob o argumento de que esta não é uma deficiência, mas sim um traço distinto da identidade humana⁴. O dilema ético consiste em saber se é ou não possível admitir que a natureza humana seja geneticamente modificada para evitar que pessoas nasçam com síndromes ou doenças congênitas, ou para promover um melhoramento genético voltado para altura, porte atlético e inteligência das crianças, ou mesmo para atender aos anseios dos pais por determinado traço distintivo da identidade humana, como a surdez, como alegam as genitoras no caso concreto. Em linhas gerais, o propósito dessa manipulação genética deve ou não ser considerado relevante pelo Direito, ao ser este buscado a dar respostas às novas situações que despontam na sociedade pós-moderna.

Como visto, a identidade não pode ser considerada um atributo estático da personalidade humana, pelo contrário, ela é construída por cada pessoa ao longo de toda a sua vida, levando em conta seus aspectos psicofísicos, suas escolhas, sua vivência em sociedade e demais fatores externos e internos que influem nesse processo de autoconstrução. A compreensão civilista de identidade lastreada em elementos estáticos como o nome, a sexualidade, o estado de filiação e a nacionalidade, previstos na lei civil, não são suficientes para compreender e tutelar a pessoa durante seu processo identitário. Contudo, a articulação dos princípios da dignidade, da liberdade e da identidade, conformando a cláusula geral de tutela da pessoa, possibilita a construção um direito à identidade mais abrangente. (MENEZES; GONÇALVES, 2012)

⁴ Raul Choeri, conceituando identidade, salienta que esta é a expressão objetiva e exterior da dignidade humana, instrumento de promoção da personalidade, pelo qual cada indivíduo pode afirmar-se como pessoa, ao se manifestar e ser reconhecido em sua verdadeira grandeza, como detentor intrínseca e extrinsecamente, dos atributos e virtudes que o definem como ser singular e irredutível, ser único e irrepetível, possibilitando-lhe ser o que é, verdadeiramente. (CHOERI, 2010, p. 7)

No Brasil, a lei civil não se dedicou ao tratamento do direito à identidade de modo específico e direto, todavia, frente à sua umbilical relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, não resta dúvida de que não apenas está contemplado na ordem jurídica posta, como deve ser considerado, a nível constitucional, direito fundamental⁵.

3 Surdez: uma deficiência ou uma identidade cultural?

Para refletir sobre o fato concreto, é necessário conhecer um pouco mais sobre a surdez, especialmente investigando uma nova vertente doutrinária que defende que ela (surdez) não é uma deficiência, mas sim um traço da identidade cultural do indivíduo surdo, um traço diferente da identidade de alguns seres humanos.

É possível perceber que a própria ideia de deficiência vem mudando ao longo dos tempos. Era comum as pessoas se referirem à deficiência como uma característica que diminuía a pessoa que a tivesse, colocando-a em uma situação de desvantagem social, de total abandono e estranhamento. No que diz respeito à surdez, era comum discursos dessa natureza:

[...] os surdos são, não raras vezes, situados a meio caminho entre os ouvintes, considerados humanos de qualidade superior, ou humanos em toda a sua plenitude, e os subhumanos, desprovidos de todos os traços que os assemelham aos seres humanos. Eles não podem ser classificados como subhumanos porque apresentam traços de humanidade, mas também não conseguem ser aceitos como seres humanos em sua plenitude. A defesa e a proteção da língua de sinais, mais que significar uma autossuficiência e o direito de pertença a um mundo particular, parecem significar a proteção dos traços de humanidade, daquilo que faz um homem ser considerado homem: a linguagem. (SANTANA; BERGAMO, 2005, p. 566)

Essa forma de enxergar a deficiência vem sendo cada vez mais repudiada, pois fere as premissas de respeito à diversidade, combate à discriminação, inclusão, proteção e promoção da dignidade humana e respeito à autonomia que vem sendo determinadas até mesmo em âmbito internacional.

Segundo o Decreto n. 6949/2009, que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁶, pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

⁵ J. J. Canotilho afirma haver propensão de os direitos fundamentais serem direitos de personalidade e vice-versa. (2003)

⁶ Existe uma discussão sobre a melhor terminologia a ser usada para se referir a pessoas que apresentam qualquer tipo de deficiência. “Deficiente”, “pessoas portadoras de deficiência”, “pessoas com necessidades especiais” e, finalmente, “pessoas com deficiência” foram termos utilizados pela doutrina e pela legislação, sendo este último o mais adequado até o presente momento e o reconhecido internacionalmente. (ARAÚJO, 2010, p. 913)

A surdez, ainda hoje, é considerada como uma deficiência, contudo uma deficiência de baixa incidência, sendo estimado que um em cada cem mil recém-nascidos apresenta a surdez profunda e que o dobro disso tem deficiência auditiva menos grave. (SOLOMON, 2013, p. 73)

A deficiência auditiva, em maior ou menor grau, é algo comum na sociedade, de modo que os indivíduos vem, aos poucos, se adaptando para incluir em na dinâmica social as pessoas surdas. Escolas, empresas, órgãos públicos e demais espaços devem ser aparelhados com o intuito de receber essas pessoas, fazendo cessar as barreiras que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com os demais indivíduos.

Mas, infelizmente, a realidade enfrentada pelas crianças e adultos que tem deficiência auditiva é diferente do que vem previsto em lei. Em escolas de surdos, o nível de instrução é frequentemente baixo; em escolas comuns, grande parte da instrução se mostra inacessível aos alunos surdos “incluídos”. Assim, em nenhum caso os surdos conseguem ter acesso a uma educação de qualidade, capaz de dar ferramentas suficientes para o desenvolvimento humano e profissional conferido às pessoas ouvintes. Tal carência na educação, faz com que apenas um terço das pessoas surdas consigam completar o ensino médio, e, daquelas que frequentam o ensino superior, apenas um quinto completa seus estudos. E não para por aí. Adultos surdos ganham cerca de um terço a menos do que os colegas não surdos. (SOLOMON, 2013)

Apesar de todos esses entraves de ordem prática, tem-se visto ser sustentada a ideia de que a surdez vem deixando de ser considerada patologia para ser fenômeno social, que o deficiente auditivo deixa de ser deficiente e passa a ser considerado surdo, ou, melhor dizendo, Surdo⁷. De acordo com esse raciocínio, antes, os surdos eram considerados deficientes e a surdez era uma patologia incurável; agora, eles passaram a ser “diferentes”. (SANTANA; BERGAMO, 2005) Assim,

Conferir à língua de sinais o estatuto de língua não tem apenas repercussões linguísticas e cognitivas, tem repercussões também sociais. Ser normal implica ter língua, e se a anormalidade é a ausência de língua e de tudo o que ela representa (comunicação, pensamento, aprendizagem etc.), a partir do momento em que se configura a língua de sinais como língua do surdo, o estatuto do que é normal também muda. Ou seja, a língua de sinais acaba por oferecer uma possibilidade de legitimação do surdo como “sujeito de linguagem”. Ela é capaz de transformar a “anormalidade” em diferença, em normalidade. (SANTANA; BERGAMO, 2005, p. 567)

Andrew Solomon (2013, p. 80) afirma que a maioria das pessoas que escuta supõe que ser surdo é carecer de audição. Contudo, muitas pessoas surdas vivenciam a surdez não como uma ausência, mas como uma presença. A surdez, para essas pessoas, é uma cultura e uma

⁷ Em inglês a palavra “Surdo” com inicial maiúscula refere-se a uma cultura, distinta de surdo, que é um termo patológico. (SOLOMON, 2013, p. 67)

vida, uma linguagem e uma estética, uma fisicalidade e uma intimidade que não se iguala a nenhuma outra.

No que se refere à surdez como uma identidade cultural, é necessário indagar se de fato o que individualiza uma pessoa é a surdez ou a linguagem. A identidade, como visto, é uma construção permanentemente (re)feita que busca tanto determinar especificidades que estabeleçam fronteiras identificatórias entre o próprio sujeito e o outro, quanto obter o reconhecimento dos demais membros do grupo social ao qual pertence. É, portanto, nessa relação, no tempo e no espaço, com diferentes outros que o sujeito se constrói. É, com isso, nas práticas discursivas que o sujeito emerge e é revelado. Ou seja, é principalmente no uso da linguagem – e não qualquer materialidade linguística específica (sinais, braile etc.) – que as pessoas constroem e projetam suas identidades. A construção da identidade não é do domínio exclusivo de língua alguma, embora ela seja, sempre, da ordem do discurso e, portanto, interativa e social. (SANTANA; BERGAMO, 2005)

Diante disso é possível afirmar que:

[...] não existe uma identidade exclusiva e única, como a identidade surda. Ela é construída por papéis sociais diferentes (pode-se ser surdo, rico, heterossexual, branco, professor, pai etc.) e também pela língua que constrói nossa subjetividade. [...] não há escolhas nas nossas identidades, isso independe da nossa mera vontade. Elas são determinadas pelas práticas sociais, impregnadas por relações simbólicas de poder. E, é obvio, essas práticas sociais e essas relações simbólicas de poder não são estáticas e imutáveis ao longo da vida dos sujeitos. (SANTANA; BERGAMO, 2005)

Como ressaltado anteriormente, o presente estudo pretende apenas trazer à lume a discussão sobre a surdez como deficiência ou como identidade cultural. E, num breve olhar sobre o tema, é fácil perceber que, até o presente momento, a surdez vem sendo classificada como um tipo de deficiência, especialmente por ser um fator que diferencia e que obsta a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições. Não se percebe também a língua de sinais como um diferencial específico de determinado grupo de pessoas capaz de fazer surgir uma identidade singular e exclusiva, isto porque “a constituição da identidade pelo surdo não está necessariamente relacionada à língua de sinais, mas sim à presença de uma língua que lhes dê a possibilidade de constituir-se no mundo como “falante”. Em outras palavras, a identidade dos surdos se pauta pela constituição de sua própria subjetividade por meio da linguagem e pelas implicações dessa constituição nas suas relações sociais. (SANTANA; BERGAMO, 2005)

4 O estudo do caso

No caso analisado, um casal homoafetivo de mulheres surdas decide gerar uma criança com essa mesma característica. A grande discussão consiste em saber se os pais podem ou

não decidir sozinho esse aspecto da vida de um filho utilizando a manipulação genética para tanto. Outro impasse ético consiste em analisar se a surdez é ou não um melhoramento genético indesejável, o que faz voltar para a discussão se a surdez é ou não uma deficiência.

A liberdade é um direito fundamental, ou seja, uma das condições inerentes à realização da pessoa humana, encontrando fundamento na Constituição Federal de 1988, *caput*, art. 5º. Segundo Dirley da Cunha Júnior, o direito à liberdade consiste “na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência. [...] num poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade.” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 702) Desse modo, a autonomia privada seria um pressuposto do direito à liberdade.

A pessoa humana dotada de dignidade deve ter resguardada a sua capacidade de determinação e a possibilidade de traçar o caminho da sua vida de forma livre, de acordo com o que pensa ser o melhor para si, considerando “o ser autônomo como aquele que é capaz de fazer suas próprias escolhas, de formular objetivos pessoais respaldados em convicções e de definir as estratégias mais adequadas para atingi-los” (GUSTIN, 1999, p. 31)

Ocorre que, apesar da intenção de se promover um indivíduo livre e capaz de tomar decisões de forma independente, a autonomia também sofre limitações, enquanto elemento complementar à noção de dignidade humana e pressuposto de um direito fundamental. Tais decorrem da própria sociabilidade do ser humano, considerado como um ser que vive em sociedade e que “só pode apreender o seu significado a partir da interação social com os demais” (GUSTIN, 1999, p. 32), bem como do ordenamento jurídico, levando em consideração a solidariedade, enquanto objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CF), tendo em vista que se a escolha a ser tomada produzir reflexos na vida de outras pessoas, a sua autonomia de decisão deve sofrer limitações, ainda que se trate de situações existenciais e que, normalmente, dizem respeito apenas ao indivíduo.

[...] se a situação for extrapatrimonial, o limite é estabelecido pelos aspectos existenciais da solidariedade, como a alteridade, ou seja, se a circunstância, por qualquer hipótese, interferir em espaços de intersubjetividade, ali está a barreira para sua eficácia. Se houver apenas referências subjetivas individuais, o espaço é pleno para uma decisão autônoma. Contudo, é imperativo que o ‘o outro’ consubstanciado pelo Estado ou pelos particulares, em razão da ampla efetividade da solidariedade social, não deve apenas respeitar as escolhas pessoais, deve promovê-las e salvaguardá-las. Trata-se de se assegurar a mais abrangente liberdade de decisão pessoal no espaço da individualidade. (TEIXEIRA, 2010, p. 185)

Fica acertada, portanto, a adoção da autonomia privada pelo ordenamento jurídico brasileiro. No que tange às crianças e aos adolescentes, especificamente, enquanto seres humanos absolutamente e relativamente incapazes, respectivamente, segundo a plataforma das capacidades adotada pelo Código Civil Brasileiro (art. 3º, I, art. 4º, I e art. 5º, *caput*, CC),

os atos da vida civil que lhe são pertinentes devem ser realizados pelo seu representante ou assistente legais, em regra os pais, salvo as hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar.

Contudo, a doutrina⁸ tem se firmado no sentido de que nas situações existenciais, o referido instituto deve ser afastado, levando em consideração a condição da criança e do adolescente, não somente como sujeitos de direitos (princípio I, Declaração dos Direitos da Criança, art. 227, CF e art. 4º, Estatuto da Criança e do Adolescente), mas de todos os direitos atinentes à pessoa humana (art. 3º, *caput*, ECA), inclusive o direito à liberdade e, consequentemente, à autonomia privada.

O esquema do Pátrio Poder, visto como poder-sujeição, está em crise, porque não há dúvidas de que, em uma concepção de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a realizar o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro. [...] É necessário superar a rígida separação, que se traduz em uma fórmula alternativa jurídica, entre menoridade e maioridade, entre incapacidade e capacidade [...]. A contraposição entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não-patrimoniais, não corresponder à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não-transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais. (PERLINGIERI, 1999, p. 258-260)

Esse afastamento visa justamente o respeito à dignidade da pessoa humana, enquanto qualidade atribuída a todo e qualquer ser humano⁹. (SARLET, 2011, p. 54) Encontra-se ainda em consonância com o novo paradigma da proteção integral adotado, segundo o qual os direitos da criança e do adolescentes devem ser amplamente assegurados e efetivados, “com absoluta prioridade” e visando sempre o “melhor interesse” desses sujeitos.

No âmbito internacional, a autonomia da criança e do adolescente se encontra prevista no art. 12 da Convenção dos Direitos da Criança, enquanto, no âmbito interno, no art. 5º, *caput*, CF, art. 15 (direito à liberdade) e art. 17, ECA. *In verbis*:

Art. 12. 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança; 2. Com tal propósito, se

⁸ Pietro Perlingieri, Ana Carolina Brochado Teixeira, Joyceane Bezerra de Menezes e Taysa Schiocchet são exemplos de alguns desses doutrinadores.

⁹ Ingo Sarlet preceitua que a dignidade da pessoa humana consiste na “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.” (SARLET, 2011).

proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias[*sic*] e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Nesse diapasão, nada impede que, nos casos que visem a tutela de situações existenciais, a criança e o adolescente possa ter respeitada a sua autonomia enquanto pessoa em condição peculiar de desenvolvimento em relação à família e à sociedade em geral. Consta-se, então, a possibilidade de resolução das questões existenciais da criança e do adolescente, por intermédio do Poder Judiciário, baseando-se no novo paradigma da proteção integral que tem como princípios a prioridade absoluta e o melhor interesse desses sujeitos, bem como a cláusula expressa de tutela da pessoa humana enquanto ser dotado de dignidade, capaz de tomar decisões sobre a sua vida, atentando-se para o grau de discernimento e capacidade de compreensão apresentada.

No caso em tela, ao escolher de antemão as características genéticas do filho, os pais o confinam a uma deficiência, privando-o do direito a um futuro aberto. O problema da engenharia genética é que as ‘crianças projetadas’ não são inteiramente livres; até mesmo os melhoramentos genéticos desejáveis (digamos, talento musical ou aptidão para os esportes) conduziriam a criança a essa ou àquela escolha de vida, ferindo sua autonomia e violando seu direito à escolha própria de um projeto de vida. (SANDEL, 2013, p. 20)

Os pais que, com o intuito de proteger e ajudar, recorrem à biotecnologia para produzir filhos do jeito que acham adequado, esquecem que valorizar os filhos como dádivas é aceitá-los como são, na sua essência. A manipulação de crianças em laboratório as subjugam a uma condição de objetos projetados ou produtos da vontade e ambição de seus pais.

Valorizar os filhos como dádivas ou bênçãos não é ser passivo diante da doença ou da enfermidade. Curar uma criança doente ou ferida não sobrepuja suas capacidades naturais; ao contrário, permite que elas floresçam. Embora os tratamentos médicos intervenham na natureza, eles assim o fazem em nome da saúde e, portanto, não representam uma tentativa sem limites de maestria e dominação. [...] (SANDEL, 2013, p. 59-60)

Se essa discussão se faz pertinente quando se verifica o movimento dos pais no sentido de melhorar a vida de um filho para torná-lo saudável, ela se acirra ainda mais quando a intervenção dos pais tem o propósito de subjugar a criança a uma condição de vida de dificuldades e não inclusão, como é a realidade atual da surdez na sociedade brasileira.

Há quem defenda e quem seja contra o melhoramento genético:

[...] os defensores do melhoramento argumentam que, em princípio, não existe diferença entre melhorar as crianças por meio da educação ou por meio da bioengenharia. Os críticos do melhoramento insistem em que tentar melhorar as crianças por meio da manipulação de sua carga genética é algo que remonta à eugenia, aquele movimento desacreditado do século passado que visava a melhorar a raça humana por meio de políticas (inclusive esterilização forçada e outras medidas hediondas) voltadas para o aprimoramento genético. Será o afã de melhorar os filhos por meio da engenharia genética mais parecido com a educação e a disciplina (algo presumivelmente bom) ou mais parecido com a eugenia (algo presumivelmente ruim)? (SANDEL, 2013)

Convém registrar que, de acordo com o texto da resolução n. 2013/2013, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, tais técnicas não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer. Referido dispositivo objetiva evitar a prática da eugenia.

[...] mesmo quando não há coerção envolvida, existe algo de errado com a ambição, seja ela individual ou coletiva, de determinar as características genéticas de nossos filhos de modo deliberado. Hoje, é mais provável encontrar essa ambição em práticas reprodutivas que permitem que os pais escolham o tipo de filhos que terão do quem em políticas eugênicas bancadas pelo governo.

A eugenia praticada nos dias atuais, classificada por Sandel (2013) como eugenia privatizada ou de livre mercado, traz consequências desastrosas para os que a suportam. “Não importa se o propósito é aprimorar o plasma germinal da humanidade ou atender a preferências de consumo: ambas as práticas são eugenistas, no sentido em que as duas transformam crianças em produtos de projeto deliberadamente selecionado”. O mesmo ocorre com a situação posta no caso concreto.

Mesmo a ala mais liberal¹⁰, que aceita e defende a prática da eugenia, compreende que a manipulação/projeção não pode prejudicar as possíveis escolhas de vida da criança. O respeito à autonomia e a proteção do “direito a um futuro aberto” devem nortear as ações dos pais e dos profissionais que atuam nessa área.

Frente a tais constatações, fica evidente que, no caso analisado, o casal ao escolher a característica da surdez para a filha, subjugando-a a essa condição por toda a sua vida, tirou dessa criança o direito de ser livre, o direito de se autodeterminar, o direito de decidir nesse aspecto existencial de construção da sua identidade como surda (ou não).

Conclusão

As descobertas científicas e as novas possibilidades de manipulação da essência humana, permitem intervenções singulares, que ensejam uma necessária, urgente e profunda

¹⁰ Os defensores da Eugenia liberal não vêem diferença, do ponto de vista moral, entre melhorar as capacidades intelectuais de uma criança, por meio da educação e fazer o mesmo por meio de modificações genéticas. (SANDEL, 2013, p. 89)

reflexão sobre o desenvolvimento do conhecimento biomédico e seus limites éticos e jurídicos (Sandel, 2013).

Dentre as intervenções, a manipulação genética é uma que traz embates éticos e jurídicos que devem ser enfrentados pela sociedade pós-moderna, caracterizada pelo grande número de indivíduos que são livres e estão conscientes de seus processos pessoais de construção da identidade.

Muitas vezes, as intervenções da biomedicina auxiliam nesses processos de autoconstrução e de autodeterminação humanas. “Muitas delas se tornam cada vez mais comuns, aceitas e até mesmo desejadas, pois na busca da longevidade, da saúde física, do anseio reprodutivo e da busca pelo belo tudo parece aceitável. No entanto, as interferências não se esgotam nessa zona.” (MENEZES; GONÇALVES, 2012, p. 46)

É cada vez mais comum pais lançarem mão da ajuda de profissionais da saúde que atuam na área da engenharia genética para projetarem seus filhos. Há quem pretenda escolher o sexo, a cor da pele e dos olhos, o humos, o grau de inteligência, a compleição física, e há ainda aqueles que tem o propósito de livrar e/ou curar seus filhos de enfermidades e síndromes.

A questão ética que se impõe é saber se essas intervenções são ou não um problema nos dias atuais. Se essa prática pode ou não ser considerada um tipo de eugenia próprio dessa sociedade pós-moderna. E mais, refletir se essa manipulação genética viola a dignidade das “crianças projetadas”.

Referida análise teve como pano de fundo o estudo de um caso de um casal de lésbicas que decidiu gerar uma criança surda, sob o argumento de que, por serem surdas também, essa criança seria mais feliz, se relacionaria melhor no ambiente e na comunidade que suas mães frequentavam, se relacionaria melhor com o grupo que integram. Isso tudo porque entendem que a surdez não é uma deficiência, mas sim um aspecto da identidade cultural de quem a possui.

O Estado brasileiro determina que, nos casos que visem a tutela de situações existenciais, a criança deve ter respeitada a sua autonomia enquanto pessoa em condição peculiar de desenvolvimento em relação à sua família e à sociedade em geral. Essa proteção da liberdade se fundamenta no novo paradigma da proteção integral que tem como princípios a prioridade absoluta e o melhor interesse desses sujeitos, bem como a cláusula expressa de tutela da pessoa humana enquanto ser dotado de dignidade, capaz de tomar decisões sobre a sua vida.

No caso em tela, ao escolher de antemão as características genéticas da criança, as mães a confinam a uma deficiência, privando-a do direito a um futuro aberto, conduzindo-a à surdez como uma escolha de vida, ferindo sua autonomia e violando sua dignidade. As mães, no caso em tela, subjagam sua criança a uma forma de vida que, infelizmente, ainda hoje é limitada.

Referências

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2005.

BBC. Lésbicas surdas decidem ter filho surdo nos EUA. **BBC Brasil.com**. Publicado em 08 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/ciencia/020408_surdaro.shtml>. Acesso em : 12 abr. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. **Relações privadas e democracia** [Recurso eletrônico on line] Organização CONPEDI/UFF. Coordenadores Otávio Luiz

Rodrigues Júnior, Giordano Bruno Soares Roberto, Nelson Luiz Pinto. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: um introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Trad. Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Edição eletrônica: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. Disponível em: <<http://www.livrariacultura.com.br/p/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-84171316>>. Acesso em: 14 abr. 2015. (*E-book*)

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Edição eletrônica: Livraria do Advogado, 2011. Disponível em: <<https://itunes.apple.com/br/book/dignidade-da-pessoa-humana/id738982260?mt=11>>. Acesso em: 3 set. 2014.

SANTANA, Ana Paula; BERGAMO, Alexandre. Cultura e identidade surdas: encruzilhada de lutas sociais e teóricas. **Educ. Soc.** Campinas, v. 26, n. 91, p. 565-582, maio/ago. 2005.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.

SOLOMON, Andrew. **Longe da árvore**: pais, filhos e a busca da identidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, Tomo I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.