

O DIREITO À ANCESTRALIDADE: A PERSONALIDADE GENÉTICA ATRELADA À SOCIAL PARA CONSAGRAR DE PLENO A DIGNIDADE HUMANA DO CONCEBIDO EM LABORATÓRIO

Paulo Henrique Martins¹

RESUMO

O direito deve ser mutável para acompanhar a evolução da sociedade. Desse modo, a ética fundiu-se às disciplinas que delineiam o comportamento humano, tais como as ciências médicas, sendo certo que a nova ordem de prioridade do bem estar do homem não poderia ter outro tema tão intimamente ligado como a bioética. Os temas como a fertilização “in vitro”, anonimato do doador de gametas e o direito em conhecer suas origens genéticas da pessoa fruto de técnicas de reprodução assistida são horizontes ainda distantes de se alcançar em plenitude pelo direito. Necessário se faz limitar e traçar diretrizes sobre até que ponto a ciência e as pesquisas de laboratório podem interferir na vida humana e até que ponto isso se tornará desarrazoado, trazendo um malefício àquele indivíduo gerado por essas técnicas.

Palavras-chaves: direito, normas, evolução, bioética, tecnologia de reprodução assistida, origem genética, anonimato, identidade genética e social.

¹Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha – UNIVEM; Pós-Graduado em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Pós-Graduando em Direito Tributário pela Verbo Educacional Ltda. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA.

ABSTRACT

The Law must be mutable to follow the progress of society. Thus, ethics blended the disciplines that shape human behavior, such as medical sciences, given that the new order of priority the man's welfare could not have another theme so closely connected as bioethics. The topics as fertilization "in vitro", gamete donor anonymity and the right to know their genetic origins of individual fruit of assisted reproduction techniques are still distant horizons to reach in the Law. It was suggested limit and set guidelines on how far science and laboratory research can interfere with human life and to what extent it becomes unreasonable, bringing harm to that individual generated by these techniques.

Key-words: Law, rules, evolution, bioethics, assisted reproductive technology, genetic origin, anonymously, genetic identity and social identity.

1. INTRODUÇÃO

O tema proposto vai ser analisado sobre o prisma do sistema jurídico nacional, valendo lembrar que o sistema jurídico é o emaranhado de regras e princípios sobre os quais se estrutura toda a base legal, sistema este que é fruto de alguns valores considerados comuns e aceitos de forma majoritária pela sociedade.

Diante da valoração que se dá sobre uma ou outra conduta humana, consagrando-a como permissiva, ou rejeitando-a como sendo nociva ao bem estar daquele agrupamento, tem-se que o sistema jurídico se mantém incólume, tratando de ser um todo ordenado e coeso.

Sobre essa ótica, portanto, se construiu o sistema legal da maioria dos países ocidentais, baseado em princípios universalmente aceitos e sedimentados, princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e tantos outros princípios que são a base para qualquer Estado Democrático de Direito.

Embora tenha esse caráter abarcador, os sistemas jurídicos modernos ocidentais apenas representam um modelo daquilo que se parece ideal e funcional sob a ótica da inteligência democrática, ou seja, o "sentimento democrático" da contemporaneidade, cuja estrutura se baseia na vontade da maioria (desde que seja uma "vontade" inserida dentro da órbita da proteção da dignidade do homem). Nesse sentido, o conceito de justiça foi sendo construído sobre os alicerces da classe detentora do poder.

História, instituições, leis e os seus aplicadores vão ser o reflexo das aspirações diante das quais a parte detentora do poder construiu "sua" sociedade. Não é de se estranhar, nesse processo de incorporação de valores majoritários, sejam os grupos minoritários ou temas menores deixados sob o arripio da proteção estatal.

Ocorreu, todavia, que alguns temas antes deixados no porão do esquecimento ganharam cada vez mais destaque, quando então a realidade contornou o obstáculo jurídico, transformando em fato aquilo que era apenas teoria debatida nas cátedras de universidades.

O desenvolvimento da genética, da biotecnologia, dos estudos ligados ao DNA humano, reafirmaram uma crescente necessidade de regulamentação para

temas até então nem sequer cogitados pelos legisladores, porque ou descabidos pelo momento em que a ciência se encontrava; ou mesmo por uma omissão deliberada por parte dos cientistas do Direito.

Mas, no momento em que referidos paradigmas desbocaram antigos preconceitos a sociedade se viu no dilema de estar órfã e à mercê de proteção jurídica, sobre esses assuntos que envolvem sensivelmente o ser humano e sua dignidade.

Está se referindo aqui aos estudos sobre a reprodução assistida, técnicas de fertilização “in vitro”, doação de gametas a terceiros para uso em pessoas estéreis, direito da criança fruto de fecundação assistida em conhecer suas origens genéticas, implicações éticas e tantos outros temas que ainda merecem guarida por um sistema de leis eficaz e efetivamente aplicável.

O tema traz preocupações desde os primórdios da civilização, porque ela sempre dedicou atenção ao assunto fecundidade. A par dos aspectos morais, filosóficos, religiosos, culturais e éticos, o tema ganha repercussão na órbita jurídica. São assuntos que aguçaram e aguçam o pensamento e acaloram os debates na sociedade, porque tocam em pontos sensíveis como, por exemplo, a sexualidade, o casamento, reprodução, ou seja, discussões que por si só já trazem grandes dilemas éticos.

A partir deste trabalho se traçará críticas e apresentará algumas conclusões sobre a derradeira necessidade de se compreender e incluir nas legislações nacionais alguns assuntos que diretamente atacam o homem, desde o ponto de vista ético até suas implicações legais, e, no mesmo sentido, como o vácuo jurídico pode ser prejudicial à estabilidade das relações sociais.

2. ÉTICA, MORAL, LEI E A BIOÉTICA: CONCEITOS DISTINTOS

A ética, moral, lei e suas ramificações especializantes (com todas as particulares que são pertinentes ao arcabouço legal), bem como o que se entende por bioética são temas que se preocupam em estudar o comportamento humano, tendo em vista a imperiosa necessidade de regulá-lo.

Os conflitos que se instauram na sociedade são consequência do convívio em grupo, pois a partir do momento em que se abriu mão da vida nômade para viver em sociedade, o homem teve que limitar suas liberdades individuais em prol do bem

comum. Se por um lado a vida em sociedade trouxe uma série de benefícios, por outro lado intensificaram as relações entre os indivíduos, aumentando a complexidade e os problemas por elas gerados.

Esse processo de renúncia à parcela de individualidade não aconteceu de uma maneira automática ou de uma só vez, mas sim veio construído paulatinamente, por meio do contrato social que o povo firmou com o Estado. O Estado seria um ente acima de qualquer indivíduo e capaz de encarar o desafio de gerir todos os conflitos de interesses que assim o eram levados, acalentando as instabilidades que porventura surgissem.

O contrato social, ficção teórica criada por ROUSSEAU², não foi nada mais que a “carta de intenções” de um modelo que se teria como factível de convívio em grupo, estabelecendo as diretrizes mínimas a serem seguidas, pois, segundo o aludido pensador:

O homem original é uma espécie de animal tranquilo, movido por poucas necessidades, indiviso, sem coerção e, conseqüentemente, feliz, ligado apenas ao presente. Mas permanece "estúpido e limitado". Ora, segundo sua natureza, ele também é perfectível, portanto chamado a se desenvolver. Aqui intervém a sociedade: apenas ela permite que se adquira a palavra, a memória, as ideias, os sentimentos, a consciência moral, em suma, as luzes. Infelizmente, essa educação dos homens foi feita ao acaso, sem princípios, sem reflexão, sem respeito pela ordem natural. O resultado é um estado em que as necessidades do homem se multiplicam, em que ele não as pode satisfazer sem o outro: torna-se cada vez mais fraco, cada vez mais dividido e preocupado, cada vez menos livre. Vive num estado de "agregação", onde cada um pensa em primeiro lugar em si mesmo, luta a fim de se fazer reconhecer e dominar. Para sobreviver é preciso fazer-se aceitar, submeter-se ou importar-se, portanto preocupar-se com a opinião dos outros. Esta é a pior escravidão: precisamos dissimular o que somos, parecer o que não somos. O homem natural se destrói sem se realizar, um eu fictício vai formando-se aos poucos e substitui nosso verdadeiro eu. Todos ficam divididos e infelizes, e acabam se acomodando com seus grilhões.

Essas diretrizes, ou leis (em sentido amplo), regulam até hoje as condutas que se têm como aceitas, afastando as que desestabilizam o convívio coletivo. As leis, nessa toada, vieram de um consenso maior que é a moral. O contrato social representaria o parco esboço e minimamente compilado de um universo maior de regras de bom convívio ou regras morais que estão acima de qualquer instituição humana.

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 03.

A moral pode ser definida, desse modo, como o conjunto de valores que determinada sociedade carrega como correto e como modelo a ser seguido, por serem universalmente aceitos. São representações dos modelos ideais de conduta, é o pressuposto ou ponto de partida para qualquer regramento.

E nesse diapasão, agir moralmente, nas palavras de SILVA³, representa a máxima de bem conviver:

(...) o agir moral representa não só a vontade interior do agente moral, mas também a vontade necessária e universal. Esse princípio encontra-se na máxima de Kant: 'age de tal forma que a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma ao mesmo tempo, como legisladora universal'. Assim como a máxima da excelência moral evoca sentido universal, do mesmo modo a ética pressupõe dever ser como fundamento da conduta humana necessária e universal.

A ética, por seu turno, conforme lição de VÁSQUEZ⁴ é o exercício de julgamento sobre esses valores: é o juízo individual ou coletivo que se faz sobre determinada conduta, julgando que se deva agir ou não sobre situação posta, ou seja:

À diferença dos problemas práticos-morais, os éticos são caracterizados pela sua generalidade. Se na vida real um indivíduo concreto enfrenta uma determinada situação, deverá resolver por si mesmo, com a ajuda de uma norma que reconhece e aceita intimamente, o problema de como agir de maneira a que sua ação possa ser boa, isto é, moralmente valiosa. Será inútil recorrer à ética como a esperança de encontrar nela uma norma de ação para cada situação concreta. A ética poderá dizer-lhe, em geral, o que é um comportamento pautado por normas, ou em que consiste o fim - o bom - visado pelo comportamento moral, do qual faz parte o procedimento do indivíduo concreto ou de todos. O problema do que fazer em cada situação concreta é um problema prático-moral e não teórico-ético. Ao contrário, definir o que é o bom não é um problema moral cuja solução caiba ao indivíduo em cada caso particular, mas um problema geral de caráter teórico, de competência do investigador da moral, ou seja, ético. (...). Ao se definir o que é bom, se está traçando um caminho geral, em cujo marco os homens podem orientar sua conduta nas diversas situações particulares. (...). Muitas teorias éticas organizaram-se em torno

³ SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, justiça, virtude moral e razão*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 115-116.

⁴ VÁSQUEZ, Adolfo Sanchez. *Ética*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. 17-18.

da definição do bom, na suposição de que, se soubermos determinar o que é, poderemos saber o que devemos fazer ou não fazer.

O homem não nasceu para ser bom, mas sim transformou seu caráter, limitando sua conduta primitiva, para conseguir os benefícios que uma vida em grupo lhe proporcionaria. Assim, criaram as instituições, delegaram a um ente imaginário, ou Estado, a função de organizar e gerir as atividades sociais.

Leis foram consequências necessárias para realçar as condutas a serem seguidas. Mostrou-se que, enquanto a moral traçava o que era ideal ou o campo máximo de proteção, a lei veio como o campo mínimo, ou seja, dentre todas as condutas o legislador pincela apenas o estritamente necessário para manter funcional e minimamente em ordem a civilização.

A lei, segundo DURANT⁵, “é uma submissão exterior (...). A lei se preocupa, a curto prazo, com a organização atual das liberdades. A lei se contenta em impor um mínimo de regras constrictivas, que solicitam esforços mínimos.”

A lei, portanto, impõe o mínimo, aquilo que é estritamente necessário para estabelecer a ordem. Sem leis, a humanidade teria certamente sucumbido em face da anarquia que se instalaria. E como cada qual na sociedade desempenharia um determinado ofício, para que coletivamente houvesse um maior bem estar (fornecendo-se o maior número de serviços, com a maior gama de atividades prestadas por profissionais de diversas áreas), o homem se profissionalizou, tornou-se “expert” em seu labor, atingindo seu desenvolvimento individual por meio do trabalho.

A garantia mínima de tranquilidade, a segurança e paz sociais que o Estado proporcionaria permitiu ao homem desenvolver suas potencialidades. O homem buscou satisfazer seu ego por meio do trabalho, da busca dos bens materiais, que foi a mola propulsora do capitalismo, modo de produção adotado na maioria dos países ocidentais.

E num evento consequencial foi imperiosa a necessidade de se criar regras para disciplinar as profissões, porque estas se transformaram em microcentros sociais, sobre os quais trabalhadores passavam (e passam) grande parte de suas vidas inseridos nesse universo (seja qual for a profissão escolhida).

⁵ DURANT G. *A Bioética: natureza, princípios, objetivos*. São Paulo: Paulus. 1995, p. 11.

A partir daí surge o conceito ético, ou as regras de microconvívio ou regras de uma determinada profissão, que, segundo CLOTET⁶ “têm por objetivo facilitar a realização das pessoas. Que o ser humano chegue a realizar-se a si mesmo como tal, isto é, como pessoa. (...) A Ética se ocupa e pretende a perfeição do ser humano”.

Até que ponto a satisfação pessoal, o comportamento profissional, é considerado ético? Quando a satisfação pessoal, o desenvolvimento humano, passa do limiar do razoável? O debate se intensifica quando então as relações sociais ficam mais complexas.

E dentro de cada profissão há um limite ético a ser delineado. Algumas envolvem assuntos sensivelmente mais complexos que outras, tendo em vista o objeto a ser trabalhado. É o caso das profissões que lidam diretamente com o homem, como o caso da medicina, direito etc. que exigem regras éticas mais firmes, quando comparadas a outras menos complexas quanto ao objeto de trabalho, como o caso das ciências exatas que são mais objetivas e pragmáticas.

O ponto de toque do estudo é confrontar se a conduta a ser realizada pelo profissional está de acordo com a dignidade da pessoa humana e os valores arraigados pelas constituições nacionais atuais, que são fruto de um consenso protetivo e que deve sobressair sobre valores de hierarquia inferior.

Quanto à consagração dos valores humanos houve uma transformação radical no campo jurídico. A ordem de valores foi priorizada no sentido de que a dignidade da pessoa humana funciona, hoje, como um grande filtro para a aplicabilidade de determinada norma, sem que haja qualquer conflito de constitucionalidade.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, o direito de hierarquia mais elevado a nível supranacional, consagrado, inclusive, em diversos textos internacionais, desde a Carta da ONU de 1949, vindo a ser delineado com mais rigor com os Pactos Internacionais Sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, transformando todas as legislações constitucionais que vieram a partir de então.

E isso está se refletindo diretamente em outros ramos da esfera privada ou do campo da autonomia privada. O exemplo mais evidente é o que consta da teoria da

⁶ CLOTET J. *Una introducción al tema de la ética*. Madrid: Psico 1986, p. 84.

eficácia horizontal dos direitos fundamentais aplicadas no âmbito particular. Sobre o tema, SARMENTO⁷ reitera aquilo que está lançando aqui, expressando:

Ademais, a compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impõe, no nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De fato, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações daquele princípio, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência dos mesmos, pois, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana - principal objetivo de uma ordem constitucional democrática - permaneceria incompleta. Condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal.

A ética fundiu-se às disciplinas que delineiam o comportamento humano, tais como as ciências médicas, sendo certo que a nova ordem de prioridade do bem estar do homem não poderia ter outro tema tão intimamente ligado como são as discussões que envolvam a bioética.

A bioética reflete intrinsecamente essa preocupação de criar uma limitação dos avanços tecnológicos atrelados à pesquisa em seres humanos. A bioética avança em um estágio elevado de discussões sobre até que ponto a engenhosidade humana pode interferir nos fenômenos naturais.

O ponto de partida hoje é analisar o que é aceito e o que é reprovável em termos de pesquisa que envolvam pessoas? Como abordar as implicações jurídicas que determinados experimentos, como o caso de concepção “in vitro”, vão refletir na sociedade influenciada por essas novas tecnologias?

O Direito não pode ficar à mercê desses fenômenos, porque a insegurança que se gera é muito grande. Isso fica mais evidente justamente para quem vai lidar com essas novidades, desde o cientista que precisará ter um subterfúgio para não cometer nenhuma ilegalidade, até o juiz que se verá obrigado a enfrentar uma série de questões que a subsunção fato-norma não está apta a resolvê-la.

Surge, nesse diapasão, o termo bioética, que é, segundo TEIXEIRA⁸, uma mescla de conceitos, uma visão interdisciplinar voltada à vida humana e as escolhas

⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004, p. 289.

que se darão a muitos temas que não são suficientemente tratados pelo ordenamento jurídico, pois:

A bioética refere-se aos fenômenos expressos pela vida biológica, e daí surgem investigações sobre Engenharia Genética; técnicas de reprodução medicamente assistidas; eugenesia; aborto; suicídio; greve de fome; eutanásia; o cuidado com as enfermidades "incuráveis"; experimentação com humanos; transplantes de órgãos (...). "Bioética e biodireito são expressões que têm emprego comum na sistematização dos conhecimentos e práticas, objeto do tratamento dado à matéria. A vinculação entre as dimensões de saber prático, que se efetiva pela moral, pelo Direito e pela política, tem correspondência com a Bioética, expressa na própria Bioética, no Biodireito e na Biopolítica. A Bioética relaciona-se com o Biodireito, em decorrência das exigências morais indispensáveis ao desenvolvimento da vida humana, com qualidade, para que a sociedade possa garantir os mecanismos concretos de efetividade dos seus paradigmas e pressupostos. A Bioética da responsabilidade conduz, também, à formulação de direitos que atendam às exigências básicas para uma vida com qualidade.

A bioética ganha importância acentuada principalmente após a Segunda Guerra Mundial com a descoberta das atrocidades cometidas pelos médicos nazistas quando então tiveram livre acesso e permissão para cometer a mais variada gama de experimentos em seres humanos, dotados de requintes de crueldade e muitas vezes sem propósito evidentemente científico.

Assim se viu necessário limitar e traçar diretrizes sobre até que ponto a ciência e as pesquisas de laboratório podem interferir na vida humana e até que ponto isso se tornará desarrazoado. Compreender as implicações que as pesquisas realizadas em células embrionárias vão trazer, a utilização de bancos de esperma, descarte de material genético depositado, enfim, vários temas que envolvem assuntos extremamente atuais e de complexidade que devem ter atenção adequada sobre o limite ético para tal.

3. A PERSPECTIVA BIOÉTICA SOBRE A CONCEPÇÃO "IN VITRO"

3.1 A REPRODUÇÃO HUMANA NA HISTÓRIA

No decorrer da história sempre ficou a cargo da mulher a responsabilidade pela concepção, bem como pela não-concepção em matéria de planejamento familiar. À mulher caberia a "função" de dar ao varão filhos, continuando sua

⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000, p. 82-84.

descendência. A esterilidade era vista como uma desgraça naquele grupamento familiar e sempre era tratada como culpa da mulher, sendo tratada como espécie de maldição ao casal.

A Igreja Católica também teve sua importância para consagrar esse ranço machista que deixava a mulher como tendo uma função reprodutiva, abominando qualquer outro meio que não o sexo de se conceber uma criança. Deveras, a masturbação sempre foi condenada pela igreja, e, num sentido amplo, a inseminação artificial era diretamente a conseqüência do pecado do autoprazer.

Sobre a questão, D. Ivo Lorscheider, citado na obra de COSTA, OSELKA & GARRAFA⁹, afirmou:

Todas essas experiências de se fazer nenês artificiais, bebês de proveta, são condenáveis. Isso vai ter uma repercussão terrível sobre a humanidade, porque toda procriação tem como fundamento o amor entre a esposa e o esposo. Quando o amor não existe mais, qual o significado dessa criança?

A fertilidade sempre foi considerada uma dádiva para o casal, uma vez que o objetivo primário de quem se une com outrem é justamente ter filhos, gerar herdeiros, manter o nome da família. Esse pensamento tradicional ainda reina na maioria dos países ocidentais de forte influência cristã, como o caso do Brasil.

Todavia, o pensamento cristão evolui e se tornou mais liberal, colocando o “amor” como sendo a mola propulsora do dogma da Igreja, uma vez que o “homem de Deus” teria que conduzir sua conduta com base naquele sentimento.

A pressão da sociedade, o sonho do primeiro filho, a preocupação com a velhice são alguns fatores que ainda preponderam para a escolha do casal em conceber uma criança. Só que a natureza nem sempre faz o seu papel, quando então o casal se vê no dilema da infertilidade.

O que era para ser algo natural que viria com o tempo, acaba se transmudando numa questão de honra, a fazer com que se gaste uma quantia monetária significativa em clínicas de fertilização, apenas para se ter o prazer da maternidade e/ou paternidade.

Assim, conforme as lições de COSTA, OSELKA & GARRAFA¹⁰ o casal busca o seu primeiro filho, para satisfazer um grande número de fatores subconscientes, pois:

⁹ COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel & GARRAFA, Volnei CROCHIK, J. L. *Preconceito, indivíduo e cultura*. São Paulo: Robe, 1997, p. 112.

(...) O filho sempre existiu, de uma forma ou de outra, nas fantasias do homem e da mulher. Por isso mesmo torna-se insignificante determinar se a infertilidade é causada pelo homem ou pela mulher; a descoberta atinge a ambos e afeta o equilíbrio do casal.

O ponto ético é justamente saber até onde a ciência pode interferir na vida daquela família, ou seja, até onde o sonho de se ter uma criança deixa de ser algo sadio, para se transformar em uma obsessão?

Tem-se justamente a preocupação concernente à qualidade mental que os pais vão estar quando então contornam o obstáculo natural e têm a todo custo seu filho. Isso tem um peso psicológico muito grande, pois a ideia de que somente filho de sangue vai ser “o” herdeiro hábil, traduz justamente sentimentos egoístas que estarão presentes na formação do caráter do jovem.

A submissão do casal ao tratamento de fertilização, os custos que arcavam para ter um filho, tudo isso pode ser a maior prova de amor que eles poderiam dar aos olhos da sociedade em querer sacramentar sua união por meio de uma criança, mas também pode representar até onde o egoísmo engenhoso da mente humana chega.

Conforme as palavras dos mencionados autores COSTA, OSELKA & GARRAFA¹¹, ao justificar os motivos pelos quais alguém se submete às técnicas de reprodução assistida, afirmam que:

(...) o determinismo biológico da reprodução e a satisfação do casal com a chegada de um filho justifica plenamente a utilização das técnicas de reprodução assistida. A procura do casal em corrigir uma imperfeição da natureza encontra na ciência a solução dos seus problemas. É justo negar esse direito ao Homem? Não é possível concordar com o cardeal Joseph Ratzinger quando afirma que as pessoas que não podem conceber um filho devem resignar-se com a sorte.

E mais, se a ciência não pode servir ao homem como meio de suprir suas limitações físicas perde-se todo o propósito, uma vez que o avanço da tecnologia e das ciências vieram como forma de ampliar as capacidades humanas, sem as quais possivelmente a sociedade não teria chegado até o momento atual.

¹⁰ COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel & GARRAFA, Volnei CROCHIK, J. L. op. cit., p. 114.

¹¹ COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel & GARRAFA, Volnei CROCHIK, J. L. op. cit., p. 113.

Só que a atual regulamentação sobre o tema, concernente às técnicas e implicações por ela decorrentes, merece uma análise crítica no que toca à priorização que se deve dar à criança, tendo em vista ser ela hipossuficiente nesse procedimento todo e, porventura, a menos protegida em matéria de seus direitos como sendo pessoa humana.

3.2 TÉCNICAS DE CONCEPÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Segundo o dicionário Teológico Enciclopédico¹² “fecundação artificial” é a gama de técnicas destinadas à mulher conceber de maneira artificial. Referido enciclopédico afirma que há formas de concepção intracorpórea e extracorpórea. Quando a concepção se dá dentro do organismo feminino, fala-se de 'fecundação intracorpórea', e quando acontece fora dele, de 'fecundação extracorpórea'.

Resumem-se, segundo o dicionário em destaque, as técnicas de reprodução assistida, em GIFT; LTOT; FIV e FIVET, valendo colacionar aqui o seguinte trecho para melhor especificar cada uma delas:

As técnicas de fecundação intracorpórea são: a inseminação artificial, a GIFT (ingl. *Gamete Intra Fallopium Transfert*), A LTOT; as técnicas de fecundação extracorpórea são constituídas essencialmente pela FIV (Fertilização *in vitro*) com posterior *embryotransfer* (FIVET), ou seja, fertilização *in vitro* com posterior transferência do embrião. Entende-se por inseminação artificial uma técnica destinada a provocar a concepção através da transferência do esperma masculino para as vias genitais femininas. Com base na proveniência do sêmen, distinguem-se: - inseminação artificial homóloga, se o esperma provém do marido ou amante; - inseminação artificial heteróloga, se o esperma provém de um doador que não seja o marido ou amante.

O procedimento do GIFT, explicado em um artigo da Doutora ZAMUDIO¹³, demonstra que não é de todo complexo o procedimento, sendo até relativamente simples, pois:

¹² LEXICON. *Dizionario Teologico Enciclopedico* - Edizione Piemme Spa, Casale monferrato, Italia. 1993, p. 295.

¹³ ZAMUDIO, Teodora. Comienzo de la existencia humana. In. *Seminario de Derecho Privado. Cuestiones Bioéticas en el derecho privado*. Disponível em: <http://www.bioetica.org>. Acesso em 15 de novembro de 2012.

Tradução livre: “A transferência de gametas intratubária (GIFT) consiste em 4 etapas básicas: i) estimulação ovariana controlada com acompanhamento foliculo. A estimulação é realizada com

La transferencia intratubaria de gametos (GIFT) consta de 4 etapas básicas:

- i) estimulación ovárica controlada con seguimiento folicular. La estimulación se realiza con gonadotrofinas (hormonas que estimulan al ovario), para asegurar la obtención de un número óptimo de ovocitos maduros para el procedimiento. La cantidad y calidad de los ovocitos obtenidos mediante el esquema de inducción empleado es uno de los factores determinantes de las probabilidades de éxito del procedimiento.
- ii) captura de los ovocitos por punción ovárica directa (1) a través de una laparoscopia o minilaparotomía, o con control ultrasonográfico en caso de emplearse cateterización tubaria por vía transuterina para el depósito de los gametos en las trompas. Según el tipo de abordaje será el tipo de anestesia, pudiendo ser ésta general, bloqueo o local.
- iii) identificación de la madurez y calidad de los ovocitos en el Laboratorio de Gametos (2)
- iv) introducción a las trompas uterinas (por minilaparotomía, laparoscopia o histeroscopia) de los ovocitos de la paciente (o de una donante) mezclados con semen homólogo o heterólogo previamente capacitados (3). Se utilizan hasta 3 ovocitos y 150,000 espermatozoides por trompa.

Segundo RIBEIRO¹⁴, dentre todas as técnicas de fertilização assistida, a inseminação artificial é mais simples de todas, seguida da fertilização “in vitro” somadas a outras técnicas mais avançadas.

ZAMUDIO, em já mencionado artigo, assevera que:

Por su parte la técnica de la Fertilización in vitro y transferencia de pre-embryones (FIVTE) consta de 4 etapas básicas:

- i) estimulación ovárica controlada con seguimiento folicular. La estimulación se realiza con gonadotrofinas (hormonas que estimulan al ovario), para asegurar la obtención de un número óptimo de ovocitos maduros para el procedimiento. La cantidad y calidad de los ovocitos obtenidos mediante el esquema de inducción empleado es uno de los factores determinantes de las probabilidades de éxito del procedimiento.
- ii) captura de los ovocitos directamente del ovario a través de una laparoscopia o por punción transvaginal dirigida con control ultrasonográfico. Todo el líquido extraído de los folículos pasa de inmediato al Laboratorio de Gametos para la identificación y preparación de los óvulos. La captura por ultrasonido se hace con sedación, por lo cual a las 2 horas aproximadamente la mujer puede regresar salir de hospital y al día siguiente volver a sus actividades.
- iii) cultivo de los ovocitos e inseminación de los mismos en el laboratorio. Una vez preparados los óvulos, éstos se inseminan en el laboratorio en

gonadotropinas (hormônios que estimulam o ovário), para assegurar a obtenção de um número ótimo de ovócitos maduros para o procedimento. A quantidade e qualidade de ovócitos obtidos por regime de indução utilizado é um dos determinantes da probabilidade de sucesso do procedimento. ii) capturar ovócitos ovarianos por punção direta (1) através de um minilaparotômica ou laparoscopia, ou a orientação de ultra-som deve ser usado cateterização tubária via transuterina para depósitos de gametas nas trompas de falópio. O tipo de abordagem será o tipo de anestesia, pode ser bloqueio geral ou local. iii) identificação da maturidade e qualidade dos ovócitos gametas Laboratório (2) iv) introdução às trompas de falópio (minilaparotômica, laparoscopia ou histeroscopia) ovócitos paciente (ou de um doador) misturado com o esperma homóloga ou heteróloga previamente treinados (3). Usado até 3 ovócitos e 150 mil espermatozóides por tronco.”

¹⁴ RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. *Infertilidade e reprodução assistida: desejando filhos na família contemporânea*. São Paulo: Casa do Psicólogo. 2004, p. 27.

cajas o tubos de cultivo 2 a 10 horas después de la captura ovular. Cada ovocito se insemina con 100 mil espermatozoides móviles previamente capacitados. Veinte horas después el personal del Laboratorio monitorea la presencia de fertilización, ya que no todos los óvulos fertilizan. Al día siguiente nuevamente se observan las cajas de cultivo para corroborar el desarrollo de los pre-embriões;

iv) transferencia de los pre-embriões al útero a las 48-72 horas después de la captura. La transferencia se hace cerca del Laboratorio de Gametos: la mujer está acostada en posición ginecológica, se coloca un espejo vaginal y se hace un aseo de vagina y cuello de la matriz. No se necesita anestesia ya que el procedimiento es indoloro. Se cargan 3-4 pre-embriões en un catéter especial el cual se pasa por el cervix hacia el interior del útero. La paciente se queda acostada unas 2 horas y posteriormente regresa a su domicilio. Se sugiere reposo relativo al día siguiente¹⁵.

Verifica-se, portanto, que o procedimento laboratorial ou procedimento científico é demasiadamente simples, diante o aspecto médico e atual posição de evolução da medicina. Todavia, apesar do aparato científico não trazer qualquer problema de ordem de execução, o que se deve ter em mente, não podendo se perder de vista, é o preparo social, familiar e psicológico do casal, pois se poderão levantar dúvidas sobre a lisura da submissão daquele a todo o procedimento interventivo.

LESTER¹⁶, analisando essa possibilidade de haver algum problema de ordem psíquica envolvendo a escolha do casal em se submeter às aludidas técnicas, assevera em seus estudos que:

¹⁵ Tradução livre: "Enquanto isso, a técnica de fertilização in vitro e transferência de pré-embriões (FIV) consiste em 4 etapas básicas: i) estimulação ovariana controlada com acompanhamento foliculo. A estimulação é realizada com gonadotropinas (hormônios que estimulam o ovário), para assegurar a obtenção de um número ótimo de ovócitos maduros para o procedimento. A quantidade e qualidade de ovócitos obtidos por regime de indução utilizado é um dos determinantes da probabilidade de sucesso do procedimento. ii) capturar ovócitos de ovário diretamente via laparoscopia ou ultra-som transvaginal com agulha direcionada controle. Todo o líquido extraído a partir dos folículos vai imediatamente de gametas laboratório para a identificação e preparação de ovos. Capturando o ultra-som é feito com sedação, por isso cerca de 2 horas as mulheres poderiam deixar o hospital e retornar no dia seguinte para retornar às suas atividades. iii) cultura de ovócitos e inseminação do mesmo laboratório. Depois de preparar os ovos, eles são criados em laboratório, em caixas ou tubos de cultura de 2 a 10 horas após a retirada de óvulos. Cada ovócito é inseminada com 100.000 espermatozoides móveis previamente treinado. Vinte horas depois, o pessoal do laboratório monitora a presença de fertilização, como nem todos os óvulos fecundados. No dia seguinte, as placas de cultura de novo observada para confirmar o desenvolvimento de pré-embriões; iv) transferência dos pré-embriões para o útero em 48-72 horas após a captura. A transferência é feita pelo Laboratório de gametas: a mulher está deitada em posição ginecológica, um espéculo é colocado e uma vagina e colo do útero é higiênico. Sem anestesia é necessária e o procedimento é indolor. 3-4 pré-embriões são carregados num cateter especial que é passado através do colo do útero para o útero. O paciente está deitado cerca de 2 horas e, em seguida, retorna para casa. Descanso no dia seguinte é sugerido".

¹⁶ LESTER, E.P. A surrogate carries a fertilised ovum: multiple crossings in ego boundaries. *In J. Psycho-Anal*, Boston: Pratic Hall. 1995, p. 325-334.

O papel simbólico do médico na reprodução assistida é algo que necessita de uma cuidadosa exploração. Portanto, podemos perceber que os métodos de concepção medicamente assistida se inserem dentro de uma complexidade psíquica, que demanda não somente a presença técnica de um psicólogo e/ou psicanalista em uma equipe multidisciplinar, mas também pesquisas que abordem essa questão. A concepção medicamente assistida traz novas variáveis psíquicas para a questão primordial do ser humano - a capacidade de reproduzir-se e dar continuidade à cadeia de gerações. Os avanços da ciência têm efeito sobre a realidade psíquica, podendo promover novas representações e/ou dando contornos de realidade ao mundo fantasmático. O desejo de ter um filho e a compreensão que temos da sucessão das gerações é algo carregado de significados inconscientes extremamente importantes para o nosso senso de identidade. Essas inscrições psíquicas são marcas da primeira infância, permanecendo no inconsciente que tem como característica ser atemporal.

De início, portanto, a vontade de conceber pode trazer a satisfação do casal, permeando a continuidade do “sangue”, trazendo herdeiros. Todavia, pode ser apenas o início de uma série de problemas de ordem emocional tanto do casal quanto da criança.

Nesse sentido, conceber um filho por meio dessas técnicas contornará o obstáculo físico, mas imporá algumas particularidades na criação desse bebê que, indubitavelmente, merecerá mais atenção, quando então comparado aos bebês que vieram de concepções naturais.

Não se está dizendo que haverá um tratamento preconceituoso em relação a esses novos humanos, mas sim que o próprio fato de ser um bebê fruto de manipulação genética, com uso de gametas de um doador anônimo (fecundação “in vitro” heteróloga, por exemplo), transforma-lo-á em um ser vivo em condições de vida singulares.

Questões inevitáveis, tais como, *de onde surgiu; quais são as possíveis relações de parentesco que esse bebê terá; as predisposições genéticas*, ou seja, tudo ganha relevância com a atual sistemática de desenvolvimento humano e da medicina.

Outro ponto evidentemente rico a ser tratado é trazer à criança esse lastro de sua herança ancestral, quando então souber de quem foi o material utilizado para a concepção laboratorial. Deve-se partir do pressuposto que o nosso conceito de identidade não é apenas o dado pela ciência ou pelos registros civis, mas sim se deve levar em conta toda a formação do caráter que acontece durante a tenra idade.

Nesse ponto, surge calorosa discussão sobre o caráter e sua formação. Conceitos que são levados para vida toda começam justamente em saber o limiar

que liga o jovem a suas origens. Aqui, a confrontação das leis que garantem o anonimato para os doadores de material genético para clínicas de fertilização transformam em um empecilho quase intransponível dessa formação sadia da identidade social.

3.3 PERMISSIVOS LEGAIS SOBRE A CONCEPÇÃO “IN VITRO”

No direito comparado, na legislação argentina, pela leitura que se colaciona do artigo setenta do Código Civil de 1871¹⁷, protege-se a pessoa humana desde a concepção. Essa proteção, que foi inovadora à época, valeu-se para as concepções humanas tradicionais, carecendo, todavia, de uma norma específica que regule o tema em matéria de concepções realizadas laboratorialmente.

No direito brasileiro, todavia, já há lei estabelecendo diretrizes sobre o tema. O permissivo legal para a concepção assistida está na Lei de Biossegurança, Lei 11.105/2005, de 24 de Março de 2005¹⁸. Referida lei, que já foi inclusive objeto de análise quanto à sua constitucionalidade (objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510, Do Distrito Federal, julgada pelo Supremo Tribunal Federal e publicada em 28/05/2010¹⁹), norteia e pontua sobre a manipulação genética humana.

Quanto ao mérito a decisão do Supremo abordou diversos temas, como início da vida, questão da problemática que envolve a pesquisa de células-tronco embrionárias, enfim uma gigantesca ordem de temas que a simples narrativa jurídica não fazia (e ainda não faz) frente às indagações que necessitavam (e necessitam) de respostas densamente objetivas.

Uma delas, sem dúvida, é a questão de se dar direito à pessoa de saber suas origens genéticas. Referido ponto está umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana, pois, o que seria consagrar a dignidade humana em plenitude se se limitar o direito de se ter conhecida à descendência?

¹⁷ Disponível em: <<http://www.campus.usal.es/~derepriv/refccarg/.../codciv.htm>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

¹⁸ BRASIL. **Lei 11.105/2005**/Marcos Antônio Oliveira Fernandes, organização. 17ª ed. São Paulo: Rideel, 2010. Art. 5º, da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança): "É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições (...)."

¹⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3510&classe=ADI>. Acesso em 12 de abril de 2012.

Parece paradoxal, mas o anonimato é o que garante o grande sucesso de inúmeras clínicas que recolhem gametas femininos ou masculinos para fins inseminação artificial. Assim, se por um lado as pessoas inférteis precisam do material genético desses doadores para realizar o sonho da maternidade, de outro, aqueles doadores só concordam em ceder seu material genético a título de se ter garantido o anonimato.

O paradoxo se encontra justamente em, depois de nascida (e só nascida porque o doador tinha a segurança de ter sido uma doação anônima), a criança levantar a possibilidade de saber de quem é filho, quais são seus ancestrais.

A legislação, por sua vez, também chancela essa escolha, quando então garante a renúncia plena da paternidade/maternidade daqueles que doaram seu material genético para fins de procriação em terceiros, desde que haja, em alguns casos, o consentimento expresso daquele casal que recebe²⁰.

O direito brasileiro, portanto, não admite, segundo a interpretação do art. 1593 do Código Civil²¹, o acúmulo, por parte da criança, de duas formas de parentesco, qual seja, civil e natural. A criança, fruto de uma fertilização heteróloga, vai ter *de fato* um parentesco civil e outro natural; mas *legalmente* só vai ter um que é o civil, ligado por laços de afetividade.

O marido ou mulher que se submetem a essas técnicas assumem o compromisso de receber a criança como sendo sua, de forma irretroatável, como o é a adoção, de forma que numa eventual separação judicial, o argumento de que o filho não é de um dos cônjuges, por não possuir seu material genético, não pode ser levado em conta.

O ponto de destaque se encontra justamente na questão da filiação. A situação na qual a criança deseja conhecer sua origem biológica e quer que isso conste nos assentos registraes.

O presente estudo vai defender que o fato da criança poder conhecer sua origem biológica pode evitar uma série de problemas. Os problemas os quais isto visará impedir (de forma exemplificativa), pondo fim à discussão sobre preservar ou

²⁰BRASIL. op. cit. Art. 1597, Código Civil Brasileiro: “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III-havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV-havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V-havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

²¹BRASIL. op. cit. Art. 1.593, do Código Civil Brasileiro: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

não o anonimato do doador que, atualmente no Brasil é assegurado pela Resolução 1358/1992 do Conselho Federal de Medicina²², são justamente os problemas de ordem psicológica atrelados ao conceito de identidade social.

Cipre e Espanha garantem o total anonimato em relação ao doador de material genético, mas outros países, a exemplo de Portugal, possibilitam que o filho aos 18 anos possa obter informações sobre o doador.

No Reino Unido, após cair a garantia do anonimato em 2005, diminuiu significativamente o número de doadores, de forma que em 2010, conforme noticiou o site *Estadão*, eram apenas 384 doadores em toda Grã-Bretanha²³.

Essa mudança acabaria de vez com esse dissenso, no qual há países que permitem o anonimato e outros não. Permitir ou inserir a origem genética, por exemplo, nos assentos registrais adequaria de vez o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana da criança (com o consequente direito de saber sua origem genética) aos preceitos legais vigentes na atualidade, sendo certo que os preceitos constitucionais devem prevalecer sobre toda a legislação infraconstitucional posta.

Outro problema que se evitaria, nessa toada, é por fim na possibilidade de que meio-irmãos contraissem matrimônio desavisados dessa condição. É certo que hoje as chances são remotas, mas com essa mudança levaria a zero possibilidade disso acontecer.

Em uma visão estritamente legalista, poder-se-ia até cogitar que o contrato que o doador firmou com a clínica seria suficientemente idôneo para manter ressalvado o seu sigilo. Todavia, numa visão panorâmica do direito, carregada de princípios constitucionais hierarquicamente superiores, como o é o princípio da dignidade da pessoa humana, pensar de forma diferente seria retroceder na proteção aos direitos fundamentais.

ALÉXY²⁴, elucida que o embate que ocorre entre princípios fundamentais deve ser combatido com a prevalência de um sobre outro, quando levado em conta a pessoa humana em destaque, ou aquele que atende de maneira menos evasiva à

²² Portal Médico – o site do Conselho Federal de Medicina, *Resoluções*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 30 de dezembro de 2010.

²³ Estado de São Paulo – Notícias, Vídeos, Fotos do Brasil e do Mundo, *Notícias*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,reino-unido-inicia-campanha-para-que-atletas-e-fas-de-esporte-doem-semen,524956,0.htm>>. Acesso em 27 de dezembro de 2010.

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 93-94.

pessoa humana objeto de proteção. Quando são ambos os princípios que visam proteger o homem, aquele que estiver mais estreito em termos de proteção da dignidade sobre o outro vai então preponderar. Assim:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro, sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

No embate prega-se, certamente, pela prevalência do direito em saber a origem genética da criança fruto da concepção medicamente assistida, sobre o direito ao anonimato do doador, sendo que é decorrência necessária para o sadio desenvolvimento da identidade social de referido jovem, que terá formado o caráter de forma correta e não imaginando o que eventualmente é ou foi seu pai biológico.

3.4 IDENTIDADE GENÉTICA X IDENTIDADE SOCIAL (OU DINÂMICA): CONCEITOS DISTINTOS

A construção de uma identidade verdadeiramente genuína é fruto de conceitos sociais os quais não se pode ignorar. O homem é fruto de uma construção profundamente psicossocial, atrelada a sua identidade genética.

Assim, a identidade, na visão de CROCHIK²⁵, possui “elementos visíveis e invisíveis, constantes e imprevisíveis, sociais e individuais, manifestos e ocultos, universais e particulares, permanentes e em mutação.”

Atrair apenas a um só fator para conceber o que vai transformar uma pessoa é genuinamente improvável, tendo em vista a complexidade que é a mente humana. Não está se querendo dizer que a identidade genética não seja decisiva para traçar algumas predisposições, mas generalizar como o fim em si mesmo não é completo.

²⁵ CROCHIK, J. L. *Preconceito, indivíduo e cultura*. São Paulo: Robe, 1997, p. 57.

CARRASCO, estudiosa do tema, dá uma visão bem objetiva sobre a necessária diferenciação sobre as duas formas de identidade. Ambas se combinam para se ter uma construção firme ou completa de identidade:

(...) cuando aludimos a la tutela de la identidad personal, puste de manifesto a través de la proyección social de la personalidad, no nos referimos a la identidad estática, física, sino a la identidad que llamamos “dinámica”, com un complejo conjunto de atributos o calificaciones de la persona. La identidad dinámica se diferencia de la estática, no obstante que ambas se complementan y perfilan globalmente la identidad de la persona (...). La identidad estática se suele conocer simplemente como “identificación”, cicatrices, señas particulares, improntas digitales, nombre, seudónimo, imagen, fecha de nacimiento, nacionalidad, en fin, lo que surge de nuestros documentos de identidad. A ésta se debe agregar la rica y compleja “identidad dinámica” que es la que se proyecta socialmente (...). La raíz de este derecho es jurisprudencial y correspondió a los jueces descubrir, entre las décadas del 70 y el 80, que, además de la identidad estática (derecho al nombre, al seudónimo), existe em el ser humano un interes muy profundo digno de tutela jurídica, com es el que corresponde a la “verdad personal”, es decir el conjunto de atributos de la persona em su proyección social que se traduce en el respeto a la “verdad biográfica” de cada sujeto²⁶.

Assim, o valor que se está consagrando acima dos demais, nas palavras de TEIXEIRA²⁷, é o bem jurídico “identidade” que, na toada de proteção da dignidade da pessoa humana, vai prevalecer sobre os demais, principalmente quando se tem um conflito com normas de hierarquia inferior:

A identidade genética é considerada um bem jurídico constitucional. No plano da consagração constitucional da tutela deste bem, ocorre uma identificação socialmente relevante. A Constituição consagra um conjunto de bens que integram a consciência jurídica. Discute-se dentro dessa perspectiva a relação entre identidade genética e identidade social.

²⁶ Tradução Livre: “(...) Quando nos referimos à proteção da identidade pessoal, posto do manifesto através de projeção social da personalidade, que não se referem a identidade estática, física, mas a identidade que chamamos de dinâmica “com um complexo conjunto de atributos ou qualificações da pessoa . A identidade dinâmica em contrapartida à estática traz tanto o complemento quanto o contorno global da identidade da pessoa.

(...). Identidade estática, muitas vezes é referida simplesmente como “identificação”, cicatrizes, sinais particulares, impressões digitais, nome, apelido, foto, data de nascimento, nacionalidade, finalmente, o que emerge de nossos IDs. Para isto deve ser adicionado o conceito de “identidade dinâmica”, rico e complexo que é o que (...) projeção social. A raiz desse direito veio com a jurisprudência dos anos 70 e 80, que não mais apenas acatou o conceito estático de identidade (direito a um nome, o pseudônimo), mas também um profundo interesse proteção legal com a chamada “verdade pessoal”, ou seja, o conjunto de atributos da pessoa em resultados de projeção social no que diz respeito à “verdade biográfica” de cada sujeito”.

²⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. op. cit., p. 96.

Os fatores sociais, intelectuais, a imagem construída da história primária daquela criança é de suma importância para definir o que ela acredita como certo ou errado, não é como uma regra matemática que não há variantes, mas sim a verdadeira sedimentação do caráter que se está tentando esposar.

Por exemplo, se a concepção da “origem” de que a criança tem de si mesma é que fora fruto de um nascimento programado, com seus pais, irmãos etc. é muito provável que isso a faça construir mentalmente uma genealogia de sua família, partindo de seus pais até chegar a tataravós etc. Essa ideia está, de certo modo, muito bem resolvida para ela.

Todavia, a partir do momento que isso muda, radicalmente, acaba se perdendo o paradigma mental construído, criando uma série de desconfianças, de inseguranças, invertendo, muitas vezes, a ordem valorativa sobre a qual todo o caráter do jovem se funda.

Não se trata apenas de uma inversão de valores, mas, fundamentalmente, uma insegurança sobre em quem confiar (ou no que confiar). Se não pode nem mesmo acreditar naqueles que são o “porto seguro” daquela criança, o que ela pensará da sociedade?

Assim, aquela mentira contada pelos pais para preservar a criança de um sentimento de rejeição no início, transmuda-se em uma espécie de patologia de ordem psicológica. Não é exagero pensar que a partir disso se surgirá algum sociopata em potencial.

E o que é, na verdade, um problema maior do que um homem sem um caráter sedimentado de forma correta? Claro que a partir disso vai se desencadeando uma série de outras preocupações para a sociedade.

É de se pensar que em casa é que se começará a ter um ensaio do que se virá em sociedade. Desde Fustel De Colanges, em sua obra *a Cidade Antiga*²⁸, se vislumbrou que os filhos cultuavam seus antepassados, numa reverência eterna por sua origem, pela sua herança cultural e o seu nome.

Os laços familiares são fontes de continuidade, de respeito etc. Cultuavam os antepassados, num sinal claro de que eles foram o produto que trouxe à vida aquela família. Vida no sentido amplo, quando então lhe deu sentido.

²⁸ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora das Américas S/A, 1961.

O filho, fruto de técnicas de reprodução assistida, deverá receber esse mesmo direito de se conhecer a ancestralidade, suas origens, para então conseguir se inserir no mundo como ser individual.

Não como negar, conforme MUSSEN²⁹ que o meio e as predisposições intelectuais da criança vão traçar um verdadeiro caminho pelo qual a vida se desenvolverá, pois: “O desenvolvimento é definido como mudanças nas estruturas físicas e neurológicas, cognitivas e comportamentais que emergem de maneira ordenada e são relativamente duradouras.”

Um meio eminentemente sadio, uma forte base familiar são dois pressupostos para o desenvolvimento, pois, conforme elucida GOFFMAN³⁰: “A identidade social e a identidade pessoal são parte, em primeiro lugar, dos interesses e definições de outras pessoas em relação ao indivíduo cuja identidade está em questão”.

Atualmente, a na senda das pesquisas que se têm sobre a formação da identidade dos indivíduos, com destaque aos estudos de MUSSEN³¹, reiteram esse determinismo do meio e das experiências que a criança teve, que as carregará para a vida toda:

(...) maioria dos psicólogos concorda que tanto as variáveis biológicas como as ambientais influem no desenvolvimento (...). Entendem, assim, que as funções motoras, por exemplo, estariam ligadas às variáveis biológicas, enquanto que as diferenças individuais em altruísmo ou generosidade parecem depender principalmente das experiências das crianças.

Não há como deixar de compreender a origem familiar de cada indivíduo, para descobrir a formação do caráter e dos valores carregados por ele durante toda a vida. A construção da personalidade não passa de mera “educação” que uma pessoa teve no decorrer de sua infância e juventude, esta é apenas um dos eixos que sedimentam o caráter. A construção plena da identidade humana é fruto de outras variáveis que são a compreensão que toma de si quando então na fase adulta.

²⁹ MUSSEN, Paul Henry. *Desenvolvimento e Personalidade da Criança*. 5ª Ed. São Paulo: Harper, 2001, p. 03.

³⁰ GOFFMAN, Erving. *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*. Prentice Hall: Englewood Cliffs. 1963, p. 105-106.

³¹ MUSSEN, Paul Henry. op. cit. p. 05-07.

4. PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE DAS INFORMAÇÕES GENÉTICAS X PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA OU DA NÃO MALEFICÊNCIA

O tema, portanto, aborda diretamente o princípio da confidencialidade das informações genéticas. Segundo BEAUCHAMP & CHILDRESS³² : “a confidencialidade está presente quando uma pessoa revela uma informação a outra – seja por meio de palavras ou de um exame médico – e a pessoa a quem a informação é revelada promete não divulgar a um terceiro sem permissão (...).”

A confidencialidade, assim tratada, deve-se, portanto, a uma relação de confiança criada entre o emissor da verdade biológica e o seu receptor, o qual deverá guardar o segredo, sob pena de violar um dever ético perante o confidente.

A par de ser um princípio que deva nortear as condutas dele decorrentes, não pode ser interpretado de maneira inflexível, ou seja, de uma maneira totalmente alheia aos casos práticos e específicos que venha disciplinar, sob pena de se engessar e atrapalhar o desenvolvimento da própria ciência e da própria humanidade.

Numa visão, portanto, racional e objetiva, o princípio da confidencialidade não pode ser visto como um empecilho à quebra do sigilo das clínicas de doação de material genético para fins reprodutivos quando o interesse sopesado for maior que o anonimato.

A literatura médica dá notícia, a exemplo de GILLET³³ que um dos motivos que levaram a discutir sobre a confidencialidade extremada versus uma confidencialidade temperada foi justamente a epidemia de AIDS que assolou o mundo, quando então no controle de doadores nos bancos de sangue. O interesse de se ter controlada a epidemia era maior, à época, do que não se ter um critério mais evasivo do sigilo da informação de ser ou não HIV positivo.

ALÉXY³⁴, quando então analisa os conflitos que se têm entre os princípios, afirma que em dada circunstância, um deverá prevalecer sobre os demais, no sentido de que sempre entre dois ou mais interesses envolvidos apenas um vai sopesar sobre os outros.

³² BEAUCHAMP T.; CHILDRESS J. *O relacionamento entre profissional e paciente*. In: Beauchamp T, Childress J (organizadores). *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola. 2001, p. 456.

³³ GILLET, G. *AIDS and confidentiality*. New York: Appl Philos. 1987, p 15-20.

³⁴ ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara.1993, p. 164.

E é assim que o princípio da beneficência, que estabelece a obrigação moral de agir em benefício dos outros³⁵ ganha corpo, a partir do momento em que as condutas que venha a proteger sejam voltadas a um nível global de proteção e não apenas considerado o indivíduo e o caso particularizado. A dignidade da pessoa humana, portanto, vai ser o grande catalizador da aplicação do princípio da não maleficência, que sopesará sobre o princípio da sigilosidade das informações do doador, porque visa aplicar diretamente o a garantia do direito e bem jurídico indisponível chamando de identidade.

5. CONCLUSÃO

O Direito, por ser um fenômeno mutável, nem sempre consegue acompanhar a evolução que se tem presenciado na sociedade nos últimos anos. Conceitos são reformulados para então se ter uma verdadeira integração norma-sociedade.

A atual normatização sobre o tema ligado à concepção “in vitro”, com ênfase na questão do anonimato do doador de gametas x direito em descobrir as origens genéticas, merece ter profundas reflexões em termos bioéticos, tendo em vista o problema ligado à formação da identidade da criança oriunda dessas técnicas.

O problema maior a ser verificado é justamente a violação direta dos direitos da personalidade, quando então se limita o acesso aos dados do doador do material genético. Claro que a malfada alegação de sigilosidade não pode prosperar frente aos princípios da dignidade da pessoa humana.

O problema bioético posto, portanto, vai justamente na confrontação dos arcabouço proibitivo em se divulgar os dados constantes nos cadastros de bancos de esperma ou de óvulos. Até que ponto essa previsão contratual vai prevalecer sobre a vontade de se conhecer a origem familiar?

As crianças que vão nascer dessas técnicas terão os mesmos anseios de querer buscar formar a sua identidade, buscar seu espaço no mundo, ser singular. Mas, para ser individual ela precisa fixar seu caráter, construir solidamente seu caráter que só será conseguido quando então tenha direito de saber quem são seus ancestrais.

³⁵ BEAUCHAMP T.; CHILDRESS J., op. cit. p. 260.

A simples inclusão nos registros da criança de sua descendência genética, ao lado do parentesco civil trará uma série de repercussões positivas, quando então permitirá que ela se torne um adulto plenamente sólido, com uma identidade que vai além da física, mas sim da social, com uma ordem de valores realmente saudáveis a tomar na sua vida e na sociedade em que está inserido.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara.1993.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.
- BEAUCHAMP T.; CHILDRESS J. *O relacionamento entre profissional e paciente*. In: Beauchamp T, Childress J (organizadores). *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola. 2001.
- CARRASCO, Ana Maria. *El derecho a la identidad*, In *Homoparentalidades : nuevas familias*, Buenos Aires: Lugar. 2005.
- CLOTET J. *Una introducción al tema de la ética*. Madrid: Psico 1986.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora das Américas S/A. 1961.
- COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel & GARRAFA, Volnei CROCHIK, J. L. *Preconceito, indivíduo e cultura*. São Paulo: Robe, 1997.
- DURANT G. *A Bioética: natureza, princípios, objetivos*. São Paulo: Paulus. 1995.
- GILLET, G. *AIDS and confidentiality*. New York: Appl Philos. 1987.
- GOFFMAN, Erving. *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*. Prentice Hall: Englewood Cliffs. 1963.
- LEXICON. *Dizionario Teologico Enciclopedico* - Edizione Piemme Spa, Casale monferrato, Italia. 1993.
- LESTER, E.P. *A surrogate carries a fertilised ovum: multiple crossings in ego boundaries*. In J. Psycho-Anal, Boston: Prattice Hall. 1995.
- MUSSEN, Paul Henry .*Desenvolvimento e Personalidade da Criança*. 5ª Ed. São Paulo: Harper, 2001.
- RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. *Infertilidade e reprodução assistida: desejando filhos na família contemporânea*. São Paulo: Casa do Psicólogo. 2004.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SARMENO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004.

SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, justiça, virtude moral e razão*. Curitiba: Juruá, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

VASQUEZ, Adolfo Sanchez. *Ética*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

ZAMUDIO, Teodora. Comienzo de la existencia humana. *In. Seminario de Derecho Privado. Cuestiones Bioéticas en el derecho privado*. Disponível em: <http://www.bioetica.org>. Acesso em 15 de novembro de 2012.

7. SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.: Artigo

CRFB/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ex.: Exemplo

n.º: número

ONU: Organização das Nações Unidas

p.: Página

§: parágrafo