

**FACULDADE NOSSA SENHORA APARECIDA**

**COORDENAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

***ABORDAGEM LEGAL EM RELAÇÃO À EUGENIA TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ***

ALINNY VIDAL

Prof.<sup>ª</sup>. M.e. Juliano Santana Silva

APARECIDA DE GOIÂNIA

2018

**ALINNY VIDAL**

***ABORDAGEM LEGAL EM RELAÇÃO À EUGENIA TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ***

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade Nossa Senhora Aparecida – FANAP como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Profª. M.e. Juliano Santana Silva

**APARECIDA DE GOIÂNIA**

2018

## RESUMO

Tão importante como proteger a vida é proteger a saúde, pois é por meio desta que é possível definir se haverá ou não vida. Com efeito, procedimentos médicos em nascituros capazes de assegurar um nascimento com vida e a sobrevivência deste até seu desenvolvimento integral, são questões de relevância social, e que devem ser precedidas de regulamentação legal. Vez que, alguns procedimentos tais como: Reprodução Humana Assistida – RHA, levantam inúmeras questões a respeito de filiação, sucessão e herança, apesar do Supremo Tribunal Federal coadunar com a ciência eugênica concedendo permissão a diversos procedimentos desta natureza como: o aborto de anencéfalo, a reprodução humana assistida a sexagem em decorrência de mutação genética ligado ao sexo. O sentido de se utilizar a eugenia positiva é para promoção da saúde, dessa forma, faz -se necessário uma legislação capaz de regulamentar a conduta do médico envolvido no procedimento impedindo que o mesmo utilize os estudos para promoção da eugenia negativa, como esse artigo pretende trazer ao conhecimento público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Eugenia, eugenética, engenharia genética, gravidez, nascituro.

## **ABSTRACT**

Just as important as protecting life is protecting health, because it is through this that it is possible to define if there will be life. In fact, medical procedures in unborn babies capable of ensuring a and its survival until its integral development, are issues of social relevance, and which must be preceded by legal regulations. Sometimes, some procedures such as: Assisted Human Reproduction - RHA, raise numerous questions regarding membership, succession and inheritance, although the Federal Supreme Court is consistent with the eugenic science granting permission to various procedures of this nature such as: the abortion of anencephalon, the human reproduction assisted sexing due to genetic mutation linked to sex. The meaning of using positive eugenics is for health promotion, in this way, there is a need for legislation to regulate the conduct of the doctor involved in the procedure preventing it from using studies to promote negative eugenics, as this article intends to bring to the public knowledge.

**KEYWORDS:** Eugenia, eugenética, genetic engineering, pregnancy, unborn

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADI .....	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF.....	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU.....	Advocacia Geral da União
AME.....	Atrofia Muscular Espinhal
ANADEP.....	Associação Nacional de Defensores Públicos
ANVISA.....	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.....	Artigo
CASC/PGE-MS.....	Câmara Administrativa de Solução de Conflitos/ Procuradoria Geral do Estado do Mato Grosso do SUL
CCJC.....	Comissão de Constituição Justiça e de Cidadania
CF.....	Constituição Federal
CMULHER.....	Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher
CRFB.....	Constituição da República Federativa do Brasil
FIV .....	Fertilização in vitro
LOAS.....	Lei Orgânica de Assistência Social
OGM.....	Organismo Geneticamente Modificado
ONGs.....	Organizações não Governamentais
ONU.....	Organização das Nações Unidas
PL.....	Projeto de Lei
RHA.....	Reprodução Humana Assistida
STF.....	Supremo Tribunal Federal
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça
SUS.....	Sistema Único de Saúde
UNESCO.....	Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>07</b>
<b>CAPÍTULO 01. DO DIREITO À VIDA, DA DIGNIDADE HUMANA E DA SAÚDE FÍSICA E PSÍQUICA .....</b>	<b>10</b>
1.1. PRINCIPAIS TEORIAS EM RELAÇÃO AO INÍCIO DA VIDA.....	10
1.1.1. Teoria Concepcionista.....	11
1.1.2. Teoria Nidação .....	12
1.1.3. Teoria Gradualista ou Desenvolvimento.....	13
1.1.4. Teoria da Primeira Atividade Cerebral .....	14
1.1.5. Teoria Natalista .....	17
1.2. A TUTELA CONSTITUCIONAL DA VIDA .....	18
1.3. DO DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	19
1.4. A DEFINIÇÃO DE PESSOA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ...	20
<b>CAPÍTULO 02. A EUGENIA E SUA VINCULAÇÃO COM A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....</b>	<b>22</b>
2.1. EUGENIA .....	22
2.1.1. Conceito .....	22
2.1.2. Histórico.....	22
2.1.3. Eugenia como Medicina Corretiva.....	26
2.1.4. A perspectiva econômica, social e ética da eugenia .....	30
2.1.5. Eugenia e a negação cultural.....	32
2.1.6. A Eugenia segundo o Supremo Tribunal Federal .....	34
<b>CAPÍTULO 03. LEGALIDADE DA EUGENIA TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ</b>	<b>37</b>
3.1. Bioética e o Biodireito face à reprodução assistida .....	37
3.1.2. A Reprodução Humana Assistida e o Direito ao Planejamento Familiar .....	40
3.1.3. Direitos do nascituro frente a CRFB/88.....	42
3.1.4. Análise do Estatuto do Nascituro .....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>49</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo realizar um estudo legislativo em relação ao procedimento eugênico, aplicado às gestantes. É sabido que existem vários procedimentos genéticos capazes de curar ou minorar desarranjos genéticos causado por mutações naturais e ou causadas por patógenos e substâncias químicas ingeridas durante a gestação, a relevância desse trabalho é o estudo legislativo de regulamentação desses procedimentos no Brasil.

Para tanto, no primeiro capítulo, foi feito um estudo prévio e conceitual das principais teorias em relação ao início da vida, começando pela teoria concepcionista, passando pela teoria da nidificação, gradualista, da primeira atividade cerebral e chegando a teoria natalista que é adota pelo nosso ordenamento jurídico sendo descrita no artigo 2º do Código Civil. Por essa teoria entende-se que a pessoa adquire personalidade civil com o nascimento com vida, podendo herdar, suceder e ser legatário.

Enquanto o conceito ainda está em fase intrauterina a legislação brasileira o coloca protegido tipificando o aborto como crime descrito no Código Penal (art. 124 a 126) assegura a alimentação, o pré-natal e o direito ao nascimento. É nesse contexto que o presente trabalho fundamenta sua pesquisa, pois é garantido o direito à vida, à saúde e ao nascimento, mas, no entanto, a falta de regulamentação legal de procedimentos genéticos acaba por limitar o direito à saúde e por consequência restringindo a vida.

A Constituição Federal de 1988 elenca inúmeros princípios fundamentais, sendo a base de todos a dignidade da pessoa humana, pois, é seguindo esse princípio que a própria constituição bane do ordenamento jurídico as penas cruéis, a tortura, garante a propriedade privada e coloca a salvo a vida, a intimidade a honra e a imagem das pessoas. Esse princípio não está vinculado a valor e poder aquisitivo como outrora era definido, hodiernamente é inerente a existência por si só, ou seja, todas as pessoas nascem dignas e protegidas por lei.

O ordenamento jurídico brasileiro considera pessoa o sujeito detentor de direitos e deveres e, portanto, esse sujeito já adquiriu a personalidade civil, ou seja, nasceu com vida, embora a definição de pessoa seja ligada diretamente ao nascimento com vida, o conceito também goza de algumas garantias pois este, figura no plano da expectativa de direitos, para que seja efetivado esse direito o conceito precisa ter saúde, para que ao nascer tenha condições de desenvolvimento integral como pessoa. Nesse contexto é necessário que tratamentos que proporcione saúde sejam regulamentados visando a prevenção de doenças severas priorizando o nascimento com vida e não somente o nascimento.

Os tratamentos genéticos como terapia gênica, o IUGT – que um tratamento intrauterino, bem como a eugenia conhecida atualmente como eugenética, são capazes de tratar pessoas portadoras de doenças severas como: Atrofia muscular espinhal – AME, microcefalia, ataxia entre outras. A Eugenia é uma ciência que tem como fundamento gerar o bem, através do estudo para aprimoramento das características humanas consideradas ótimas.

No início do século XIX, essa ciência foi tomando forma com os avanços tecnológicos, sendo definida por Francis Galton como: uma ciência capaz de controlar os fatores mentais e sociais para alterar para melhor ou para pior as qualidades racionais, com o avanço nos estudos passou a ser tratada como uma questão de saúde, e é neste ponto que a ciência foi manipulada para que ocorresse uma seleção social também chamada de eugenia negativa – que consiste em selecionar casamentos, realizar castrações de pessoas consideradas não aptas a reproduzirem como: deficientes físicos e mentais, imigrantes, entre outros.

E nesse contexto de seleção social a eugenia negativa foi tomando espaço, foi bastante difundida nos Estados Unidos com a lei de castração que cerca de 33 estados aderiram, paralelamente aos feitos realizados nos EUA a Alemanha nazista também trabalha em programa de saúde pública conhecido como Arianização – que é a purificação da raça ariana, e para isso houve segregação étnica no país, bem como o maior genocídio já registrado conhecido como Holocausto.

No Brasil também houve um movimento eugênico por volta de 1920 a 1940 comandado por Renato Kehl, que inicialmente pregava a eugenia positiva como ciência capaz de ressaltar as melhores características humanas, mas com o decorrer do tempo e sua grande proximidade com a Alemanha nazista começou a veicular a ideia de castração compulsória, de seleção social, mas felizmente não obteve êxito.

Devido a quantidade de atrocidades cometidas no passado a Eugenia simplesmente desapareceu, por um período não se falava mais em seleção social ou aprimoramento genético. Com os avanços na genética, a Eugenia retornou como uma nova ciência denominada agora de eugenética/engenharia genética, essa nova ciência tem como objetivo promover a cura e/ou minorar os efeitos de doenças genéticas severas e a partir do estudo do genoma humano, muitos genes deletérios foram descobertos e muitas técnicas foram empregadas para inibir a expressão desse gene sem alterar a identidade de cada indivíduo.

Sendo assim, faz-se necessário saber o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação a Eugenia tendo em vista que muitos procedimentos de cunho eugênico são realizados após pedido via judicial, como é o caso do aborto de concepto anencéfalo, nos últimos anos teve um crescente aumento de pedidos judiciais para aborto de anencéfalo, tendo

em vista, que a criança não tem sobrevivência após o parto e dessa forma a o julgamento da ADPF 54, coloca um ponto final na criminalização do aborto de anencéfalo ao reconhecer que um conceito sem formação cerebral é incompatível com a vida e portanto o aborto é um meio terapêutico para a mulher, já que é possível detectar a ausência de cérebro já nos primeiro trimestre de gestação.

E no terceiro capítulo, o presente trabalho tenciona a demonstrar a importância da Bioética e Biodireito, vez que essas duas ciências corroboram para promover as normas regulamentadoras da conduta humana face aos avanços da medicina e da biotecnologia alusivo à legalidade da eugenia terapêutica da gravidez.

Destacando inicialmente a importância da Reprodução Humana Assistida – que permite às pessoas que possuem alguma patologia reprodutiva exerça seu direito ao Planejamento familiar descrito na Constituição Federal. É demonstrado também os direitos do nascituro frente a Constituição Federal e faz uma análise do projeto de lei denominado Estatuto do Nascituro, que é uma compilação do Estatuto da Criança e do Adolescente aplicando seus direitos ao nascituro.

## **CAPÍTULO 1. DO DIREITO À VIDA, DA DIGNIDADE HUMANA E DA SAÚDE FÍSICA E PSÍQUICA**

### **1.1. PRINCIPAIS TEORIAS EM RELAÇÃO AO INÍCIO DA VIDA**

No decorrer dos anos a ciência formulou diversas teorias para o início da vida. Enquanto a ciência biológica realizava experimentos para tentar colocar um ponto de partida ao início da vida, outras ciências tentavam decifrar teoricamente esse enigma, passando assim tais ciências a trabalharem concomitantemente para desvendar o mistério do início da vida.

Diante disso, importante tecer algumas considerações em relação às teorias sobre o início da vida do ser humano e sua repercussão em nosso ordenamento jurídico e conforme se verifica, existe certa divergência doutrinária quando o assunto é o início da vida e consequentemente do início da personalidade humana, ou seja, qual o momento exato em que o direito deve atuar para proteger os direitos daqueles que ainda nem nasceram. Daí o surgimento de várias teorias, como por exemplo: Teoria Concepcionista, Teoria da Nidação, Teoria Gradualista ou do Desenvolvimento, Teoria da Primeira Atividade Cerebral e Teoria Natalista.

Cada corrente doutrinária que surgiu encontrou fundamento em algum instrumento normativo brasileiro, sendo no Código Civil, Código Penal, e até mesmo em tratados que o Brasil é signatário como o Pacto de São José da Costa Rica. Todas essas teorias já bastante debatidas encontram-se veiculando ainda hoje sem pacificação em relação ao início da vida.

A Constituição Federal de 1988 protege a vida como direito fundamental, pois sem vida não há que falar em direitos assessoriais como: direito a propriedade, a liberdade, à igualdade entre outros.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988)

Neste contexto leciona Diniz (2014 p. 46):

Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual ninguém é lícito desobedecer.

O que se extrai do aludido artigo Constitucional e da interpretação de Diniz, é que independente da teoria que se adote para explicar o início da vida, ela tem que ser respeitada por todos.

### 1.1.1. Teoria Concepcionista

Para os adeptos dessa teoria a vida se inicia quando o espermatozoide se funde com o óvulo formando o zigoto. O argumento de maior propriedade para reforçar essa tese, é de que o zigoto já carrega toda informação genética necessária para que se desenvolva até a maturação e chegando finalmente ao nascimento, sem que haja qualquer intervenção exterior.

De acordo com Meirelles (2000, p. 138):

[...] que a teoria assegura é que, desde o momento da concepção, encontram-se no genoma do ser que se forma as condições necessárias para o seu completo desenvolvimento biológico. Ainda que insuficientes, tais condições são necessárias, o que vem a significar que desde a concepção existe a potencialidade e a virtualidade de uma pessoa.

Segundo Costa; Júnior (2015 p. 299):

Inexiste dúvida de que, a partir da concepção e dos primeiros desdobramentos celulares já existe vida. E esta vida carrega, naquele, ainda informe, conglomerado de células, o código genético individual que fará daquele ser um integrante único do gênero humano, diferenciado, em maior ou menor grau, de todos os seus demais congêneres.

Já Moura (2016 p. 14) declara:

Sob influência do direito francês, e com adeptos da envergadura de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a presente corrente de pensamento defende que a personalidade começa antes do nascimento, sendo que com a concepção já deve assegurar os interesses do nascituro. Vale afirmar que, mesmo nesta corrente, o nascituro titulariza somente direitos personalíssimos e os de personalidade, ficando os de conteúdo patrimonial a aguardar o nascimento com vida.

A formação dessa teoria ganha força com estudiosos de biologia que afirmam que a presença das três funções vivificadoras (alma ou *morfé*): a função unitiva, a função motora, e a envolvente, presentes no zigoto a partir da formação do núcleo com 46 cromossomos, são as primordiais para inferir que existe vida.

Em um enfoque jurídico os seguidores dessa teoria utilizam como respaldo o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 que em seu art. 2º preceitua que “ a personalidade civil

da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Esse artigo faz menção a teoria da concepção como se fosse essa a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Outro fundamento jurídico adotado pelos concepcionistas é o Pacto de São José da Costa Rica que em seu artigo 4º versa: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Dessa forma, os concepcionistas invocam os aludidos dispositivos para defenderem a tese de que tanto a ciência biológica como o nosso ordenamento jurídico reconhecem que a vida começa com a concepção.

### 1.1.2. Teoria da Nidação

Nidação é o processo pelo qual o óvulo que foi fecundado, ainda na trompa de falópio se desloca até o útero, local apropriado para o desenvolvimento do embrião. Essa primeira fase demora em torno de 06 (seis) dias – quando o embrião começa a fazer as primeiras trocas maternas – fetais.

Para os seguidores dessa teoria a vida não começa com a fecundação como a teoria Concepcionista assevera, mas inicia quando esse processo é atravessado com sucesso, pois, se o óvulo fecundado não conseguir se transportar para o útero esse produto de fecundação não terá nenhuma chance de sobreviver nas trompas de falópio.

Esta teoria apregoa que somente a partir da Nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este. (COSTA; JÚNIOR 2015 apud VASCONCELOS p. 305).

Segunda essa corrente com o fenômeno da nidação o embrião já adquire vida. Assim, é pela implantação que o ovo adquire viabilidade e determina o estado gravídico da mulher. Anteriormente a isso nada mais é do que um acumulado de células que compõe os embriões.

Segundo Maluf (2013, p.152):

No âmbito da biologia e da embriologia, a vida de um novo ser se inicia desde a própria ovulação, no momento da liberação do ovócito, estendendo-se até o momento da fixação do zigoto no útero, nidação, que torna a vida viável. [...] O desenvolvimento embrionário tem início com a fecundação. As características do novo indivíduo são determinadas pelos cromossomos herdados nesse momento do pai e da mãe. O zigoto,

guiado pela sua informação genética única, inicia rapidamente a constante divisão, diferenciação e migração celular, que irão formar todos os tecidos do organismo de forma surpreendentemente precisa. Passará por sucessivas etapas de divisões celulares até formar o indivíduo propriamente dito[...]. Esse processo denomina-se embriogênese e suas etapas são: segmentação, gastrulação e organogênese.

E Maluf (2013, p.147) assim salienta:

“Um dos primeiros questionamentos em matéria de bioética que deparamos vem a ser a própria determinação do início da vida. Assim como difícil é determinar o que é vida, para daí poder – se concluir quando ela começa”.

E Scarparo (1991, p.42), por sua vez, declara: “Não seria viável falar de vida humana enquanto o blastócito ainda não conseguiu a nidação, o que se daria somente no sétimo dia, quando passa a ser alimentado pela mãe”.

Portanto, o principal argumento científico para a adoção dessa teoria é que a partir do processo de Nidação (fixação) é que é possível acontecer a segmentação do indivíduo, mas também utilizam-se do fato que fora do útero não é possível haver vida.

Os defensores da teoria da Nidação apoiam seus argumentos também no Código de Penal, pois, só é tipificado o crime de aborto com a interrupção da vida intrauterina, outros casos são atividades atípicas e não puníveis. Dessa forma concluem que nosso ordenamento jurídico recepcionou a teoria da Nidação como teoria para o início da vida.

### 1.1.3. Teoria Gradualista ou Desenvolvimento

Essa teoria, por sua vez, não delimita um momento para o início da vida, ela afirma que a vida é possível a partir do desenvolvimento, ou seja, em cada fase: pré-embrião, embrião e feto o indivíduo vai ganhando vida. Para os desenvolvimentistas só é possível inferir que o indivíduo possui vida ao passo que ele se assemelha com espécie humana, do contrário é um amontoado de células.

Explica Meirelles (2000, p.114) que: “Entendem os adeptos da referida teoria, que o embrião humano, nas etapas iniciais do seu desenvolvimento, não apresenta ainda caracteres suficientes a individualizá-lo e, desse modo, identificá-lo como pessoa”.

Pessini; Barchifontaine (2010, p.13) esclarecer que:

Segundo a visão da genética, a vida humana começa na fertilização, quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da

Igreja católica; já na visão da embriologia a vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso por que até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez;

Essa teoria, portanto, defende que não há vida humana desde a concepção e o embrião, conseqüentemente, ainda, não tem caráter humano, sendo comparado a um mero acúmulo celular.

#### 1.1.4. Teoria da Primeira Atividade Cerebral

Esta teoria não utiliza como critério para considerar o ser vivo a aparência de espécie humana, mas utiliza-se de um critério bem mais complexo, que é a formação do sistema nervoso central - que ocorre em aproximadamente seis semanas após a concepção.

A medicina determina que a morte é decretada quando o cérebro deixa de funcionar, assim, esta teoria busca a definição da vida tendo como base a morte, ou seja, explica que a vida se inicia quando o cérebro se forma, já que a vida se extingue quando este deixa de funcionar as atividades cerebrais.

Dessa forma, os seguidores dessa teoria afirmam com propriedade que se é necessário constatar a morte encefálica para realizar a remoção de órgãos e tecidos, logo antes de existir atividade cerebral não existe vida.

Segundo Barroso, (2006, p.27):

Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso pára de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou pelo menos, comesçassem a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação, com a fecundação da chamada placa neural.

Melaré (2005, p. 01,02), por sua vez, declara que:

A vida no ser humano existe somente se as funções cardíacas e cerebrais estão em funcionamento simultâneo e regular. Sob esta ótica, não basta a pessoa estar com o coração batendo para dizer que está viva. [...] ao contrário, a Lei de transplante de órgãos declara morta a pessoa que, mesmo com atividade cardíaca, tem constatada a sua morte encefálica. Esse critério para a definição do momento da morte, para fins de doação de órgãos, absolutamente pragmático, deve servir de orientação para a definição do início da vida, em termos legais. Nesse sentido, o embrião humano, ainda sem atividade encefálica, pode ser utilizado para pesquisas em prol de outras vidas humanas.

E sob a visão neurológica Maluf (2013, p.148) explica sobre:

O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. (O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana. Outros, na 20ª semana, apenas); sob a visão ecológica, a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determinar o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela suprema corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto; finalmente, sob o enfoque metabólico, afirma-se que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve necessariamente obedecer a um marco inaugural.

Desse modo nosso ordenamento jurídico protege a vida enquanto há atividade cerebral, logo após a sua paralização não há mais proteção da vida, por que a lei reconhece que não há mais vida, caso alguém atente contra o corpo de uma pessoa sem atividade cerebral ele responderá criminalmente não por atentado a vida, mas pelos crimes contra o respeito aos mortos descritos no Código Penal artigo 209 e seguintes.

Há ainda muita divergência doutrinária a respeito do início da vida com a primeira atividade cerebral, pois não é possível inferir qual o momento exato do início das atividades cerebrais. Outro ponto divergente é o curioso caso da americana Trisha Marshal, que estava grávida e, em 1993, teve a sua morte encefálica diagnosticada após um tiro na cabeça, mas o seu corpo foi mantido em funcionamento, a pedido da família, até o nascimento de seu filho, o que acabou por se concretizar. O que explica que a vida não depende unicamente de um órgão como o cérebro, pois é possível manipular a vida mesmo com ele paralisado.

Outro argumento bastante utilizado são os julgados do Superior Tribunal de Justiça em destaque a ADI 3.510/600 que foi proposta requerendo o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança 11.105/2005 que dispõe sobre a permissão da utilização de células-tronco embrionárias obtidas a partir da fertilização *in vitro*.

Primeiramente precisa-se obter um conhecimento em fertilização *in vitro* para que possa entender o referido artigo da Lei de Biossegurança.

A fertilização *in vitro* (FIV) é uma técnica de reprodução bastante utilizada para viabilizar gestações entre casais com problemas reprodutivos, essa técnica consiste na coleta dos gametas femininos (óvulos) e dos gametas masculinos (espermatozoides). A fecundação desses gametas diferentemente da reprodução *in vivo*, ocorre em laboratório – quando os gametas são colocados em um tubo denominado proveta para que ocorra a fecundação e depois de 2 a 5 dias os pré-embriões são implantados no útero para continuar a gestação até o nascimento.

O artigo 5º da Lei de Biossegurança permite que os pré-embriões obtidos a partir da fertilização *in vitro* sejam utilizados para estudo de células-tronco, desde que, sejam inviáveis ou sejam embriões congelados a 3 (três) anos ou mais, em todos os casos os genitores têm que autorizar a utilização dos mesmos para estudo de células-tronco embrionárias.

Dessa forma versa o artigo 5º;

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:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores (BRASIL, 2005)

O Procurador da Geral da República quando propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, argumentou que o artigo feriria o dispositivo de constitucional de inviolabilidade do direito à vida, posto que a partir da fecundação já haveria vida. A Advocacia Geral da União – AGU contra arguiu invocando o dispositivo do Código Civil que preceitua que a personalidade começa com o nascimento com vida, ou seja, “o atributo jurídico da pessoa humana inicia-se, sob o enfoque jurídico pátrio, a partir do exato momento em que o feto nativivo sai do ventre da mãe por parto natural, induzido ou artificial. Assim, é o nascimento com vida que atribui personalidade jurídica à pessoa”.

A divergência que se verifica nos votos da ADI 3510 se dá devido a falta de convergência teórica com relação ao início da vida, aos que propagam que a vida se inicia com a fecundação eram pró inconstitucionalidade do referido artigo, e aos demais seguidores de outras teorias se apresentavam favoráveis ao dispositivo e, portanto, constitucional.

Desta feita a ADI foi julgada improcedente. A decisão considerou que a Lei de Biossegurança não ofende o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa “significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade” (Ministro Celso de Mello).

Nesse contexto o ordenamento jurídico brasileiro não adota teoria para instituir o início da vida, mas fixa o fim da mesma com a morte encefálica, um julgado que demonstra de forma clara esse entendimento é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54, que buscava a permissão do aborto em caso de feto anencefálico, baseado no pressuposto

de que pela ausência do cérebro o feto seria inviável, conforme se observa nos votos da ADPF 54:

“o feto anencéfalo é incompatível com a vida e por isso não é proporcional defender o feto – que não vai sobreviver – e deixar sem proteção a saúde da mulher – principalmente a mental”; (**Min. Marco Aurélio** relator)

“o Código Penal é da década de 1940 e na época não era possível prever e identificar um feto anencéfalo. Atualmente, trata-se de uma questão de saúde pública que deve ser respeitada em prol da mulher”. (**Ministro Luiz Fux**)

“não se trata do aborto previsto no Código Penal, pois o feto sem cérebro não está vivo e sua morte não tem por origem alguma prática abortiva.” (**Ministro Celso de Mello**)

O Supremo Tribunal Federal ao julgar procedente a ADPF 54 reconhece o direito materno e busca minorar o sofrimento da mulher já que é possível constatar a ausência de cérebro e a conseqüente inviabilidade do feto já nos primeiros meses de gestação.

#### 1.1.5 Teoria Natalista

Essa teoria é fundamentada no artigo 2º do Código Civil, que preceitua que o início da personalidade civil advém do nascimento com vida. A definição de nascimento com vida encontra-se na Resolução 001/1988 do Conselho Nacional de Saúde.

Art 29, VI. Nascimento vivo – é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta. (BRASIL, 1988)

A definição do momento do início da personalidade jurídica é crucial já que o nascimento acarreta a aquisição de direitos e deveres tais como: direito a personalidade, a propriedade, a herança ou à doação. Não importa em que estágio de gestação esteja, desde que apresente funções vitais ao nascer já é detentor de direitos, mesmo que apresente as funções vitais por um tempo mínimo, sendo esta, comprovada por meio de docimasia hidrostática de Galeno.

O ordenamento jurídico brasileiro adota essa teoria como marco inicial para determinar o ponto de partida da vida, mas de toda forma assegura aos nascituros a expectativa de direitos – a eles são assegurados os direitos básicos indispensáveis a concretização da expectativa de direitos como: alimentação, cuidados pré-natal, e toda assistência capaz de favorecer o desenvolvimento do embrião ao nascimento.

A consequência lógica do nascimento com vida, no sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico é a existência da pessoa natural, portadora da personalidade civil plena. Portanto, em nosso Direito, em conformidade com a maioria das legislações vigentes e em harmonia com a escola natalista, hoje generalizada em todo o mundo, soa exclusivamente dois os requisitos para que a pessoa natural tenha inicialmente a personalidade civil: a) o nascimento; b) a vida intrauterina. Em outras palavras, exige-se apenas que nasça com vida. Antes do parto, o feto não é pessoa, é uma porção da sua mãe, uma parte das víceras desta, como se afirma nas fontes romanas. Antes do nascimento o nascituro não tem vida própria e independente, pois é alimentado pelo sangue materno. Até operar-se o nascimento, o nascituro está ligado ao corpo materno, em razão mesmo da sua existência, inteiramente dependente, alimentando através da placenta cuja vida só tem existência intra-uterinamente. (SEMIÃO, 1998, p. 153 apud SILVA)

O nascituro de acordo com a teoria Natalista não possui personalidade jurídica e nem mesmo capacidade de direitos, tendo somente expectativa de direitos, que serão atribuídos logo após o nascimento com vida.

## 1.2. A TUTELA CONSTITUCIONAL DA VIDA

A vida é um bem fundamental e por isso é protegida pelo nosso ordenamento jurídico maior - a Constituição Federal. A tutela constitucional da vida encontra-se no artigo 5º, *caput*, onde assegura a inviolabilidade do direito à vida, sendo esta, um direito basilar, todos os outros direitos decorrem dela e é fundamental que seja assegurada desde a concepção. Em cada instituto jurídico temos uma fase da vida e sua respectiva proteção, assim, integrando à vida a seu titular até o óbito.

O Código Civil em seu artigo 2º estabelece a proteção do nascituro desde a concepção e assegura aos nascido a personalidade civil, a Lei 11.105/2005 art. 6º proíbe a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano, e no mesmo dispositivo encontram-se penalidades caso alguém incorra no crime descrito acima. O Código Penal por ser um instituto repressivo é onde encontra-se assegurada a proteção desde a fase intrauterina (art. 124 - aborto), logo após o nascimento (art. 123 – infanticídio) e durante toda a existência até proteção de violações corpóreas como lesão corporal. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no art. III, também atribui proteção a vida “ todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Conforme leciona Diniz (2014 p. 47):

[...] O direito à vida integra-se à pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho oneroso (CF, art. 7º), ou

prestação de alimentos (CF, arts. 5º, LXVII e 229), pouco importando que seja idosa (CF, art. 230), embrião, nascituro, criança, adolescente (CF, art.227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (CF, arts. 203, IV, 227, § 1º, II), que esteja em coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico.

A vida é o primado de todos os direitos e em razão de sua continuidade esta, não pode ser vista como direito adquirido entregando-a a mera vontade de seu titular, portanto não há como admitir mesmo que sob consenso que alguém ou mesmo o titular do direito ceife a vida humana, pois não existe direito sobre si próprio.

Não se admite qualquer ato contrário à vida de embrião, nascituro, recém-nascido, criança ou adulto, nem mesmo se acatam a eutanásia, a pena de morte, o suicídio ou o seu induzimento. A vida é resguardada, salvo nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade e exercício irregular de um direito, que excluem a ilicitude, e de aborto legal. (DINIZ, 2014 p. 50)

### 1.3. DO DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O filósofo alemão Immanuel Kant define o mundo seguindo dois critérios: o que tem preço e o que tem dignidade. O que tem preço pode ser substituído a qualquer momento, por objeto equivalente ou valor correspondente, e o que tem dignidade jamais poderá ser substituído a exemplo, a vida humana, que é digna somente pelo fato de existir.

O teólogo francês Patrick Verspieren, leciona que a palavra dignidade é um termo difícil de definir devido a sua ambiguidade, podendo ser utilizada tanto para vida digna quanto para morrer dignamente. A melhor forma de definição de dignidade seria dividi-la em quatro sentidos: um sentido social, um sentido moral, um estado da pessoa e um atributo da pessoa.

O termo dignidade em sentido social estaria ligado ao papel de reconhecimento de uma pessoa, em razão dos seus méritos pessoais ou da função que lhe é confiada – essa posição é uma demonstração de respeito.

As dignidades, assim definidas, não são inalienáveis. Na medida em que estão ligadas a função, elas podem ser retiradas ao mesmo tempo que a função ou conservadas..., o que ocorre quando se mantém a dignidade além do tempo de exercício da função; atribui-se então o título de “honorário” ou de “emérito”. (DURAND, 2014 p. 302, grifo do autor)

Em sentido moral frequentemente utilizada, a palavra dignidade está vinculada aos méritos pessoais, mas sem nenhum título social, é um reconhecimento das qualidades de uma pessoa: coragem, grandeza de alma, então diz-se que ela tem uma grande dignidade.

Dignidade como um estado da pessoa, não se refere a méritos sociais ou morais, mas sim, a sua simples existência e sua aparência. Dessa forma tem-se como digno aquele que tem aparência ideal da pessoa humana na sociedade, ou seja, um corpo apresentável que pode ser mostrado sem incomodar as outras pessoas.

A dignidade como atributo da pessoa está intimamente ligada a sua própria humanidade, isso se aproxima da Declaração Universal dos Direitos do Humanos da ONU (1948), que afirma em seu preâmbulo “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Nesse contexto devemos adotar como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito – CF. art. 1º III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

A pessoa humana não pode ser tratada como “coisa” e ser privada de sua dignidade em prol do desenvolvimento tecnológico e científico. Para tanto, apesar dos avanços tecnológico na área da medicina há também importantes imposições de limites, que impossibilitam o tratamento desumano às pessoas, pois nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível.

A bioética e o biodireito no reconhecimento da dignidade humana passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça e com os direitos humanos, possibilitando assim a evolução tecno-científica a favor da humanidade e garantindo vida digna a todos.

#### 1.4. A DEFINIÇÃO DE PESSOA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A definição de pessoa foi desenvolvida por quase todas as áreas de conhecimento, sendo elas: religiosa, política, filosófica, ciências, jurídica e tantas outras, para este estudo abordaremos brevemente o conceito que cada área construiu em relação a definição de pessoa. Dentre as áreas de conhecimento temos algumas correntes, a saber: metafísica, cosmológica, teológica, moral e política, cada área de conhecimento utilizou-se de suas ferramentas para definir o que viria a ser o conceito de pessoa.

De acordo com Camargo (2013, p. 44):

A primeira é a **cosmológica** dada pelos antigos filósofos gregos: o homem é um animal racional e um político produzido pela natureza (*physis*) mediante a atuação das quatro causas: material, formal, eficiente e final; com isto, pretendiam definir o valor e a dignidade humana [...]. A segunda é a **teológica**, dada pelos pensadores cristãos da Idade Média, que estabeleceram que a alma espiritualizada por Deus é o princípio da vida [...]. Isto não significa, necessariamente, que os pais formam só o copo e Deus cria a alma, infundindo-a no mesmo; parece mais consentâneo que os pais sejam autores do todo do filho, como um ser vivo, pois Deus criou o primeiro casal e deu a ele o poder de multiplicar-se. [...] A terceira é a **moral** dada por Kant: “age de tal modo que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outros, sempre como fim e não como simples meio”. Esta conceituação tem o mérito de estabelecer o valor absoluto do homem, sua dignidade e sua autonomia [...]. A quarta é a **existencial**, dada pela fenomenologia: pessoa é uma existência progressiva. Esta é relacional porque nossa personalidade é tecida de relações com os outros e com o mundo [...]. A quinta é a **política**, dada pelos governos, pelos órgãos internacionais, estabelecendo a pessoa com sujeito de direitos baseados na liberdade, igualdade e fraternidade [...].

Além das correntes teóricas a respeito da definição de pessoas, há também elementos que compõem o homem de maneira individual e coletiva, Camargo (2013 p. 44) afirma que os elementos que compõem a pessoa são: corpóreo, inteligente, volitivo, emotivo, espiritual, sexual, social, cósmico, histórico, livre, estético, político, teorizante e prático. Esses aspectos não são taxativos ao ser do homem, mas são um ponto de partida para estabelecer o agir da Bioética.

Na definição da Bioética, a pessoa não pode ser vista como um conjunto de tecidos ou a alma de forma isolada, pessoa é abrangente relaciona todos os elementos em um único organismo, e sendo este alterado modifica-se todo o conjunto, ou seja, a pessoa.

Na concepção jurídica, pessoa é um ente físico criado por meios naturais, dotados de especificidades e elementos exclusivamente humanos susceptível de direito e obrigações e portanto é um *sujeito de direitos*.

Na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica. No direito moderno, todo ser humano é pessoa no sentido jurídico. Mas, além dos homens, são também dotadas de personalidade certas organizações ou coletividades, que tendem à consecução de fins comuns. (MARÇAL apud MONTEIRO, 1997).

Sujeito de direito como nosso ordenamento jurídico assevera, é aquele que goza de capacidade para ser titular de direitos, sendo este natural ou criado por lei. Hodiernamente sujeito de direito tem sido equiparado a pessoa, seja natural ou jurídica, pois somente esses entes poderiam ser sujeitos de direito. Enquanto que aos nascituros é garantido uma expectativa de direitos. Dessa forma, o Direito criou a noção de ser *in spem*, ou seja, em potencial enquanto não ocorre o nascimento com vida, e logo após este, também passa a ser um sujeito de direitos.

## **CAPÍTULO 2. A EUGENIA**

### **2.1. CONCEITO**

A Eugenia é uma técnica, que na tradução do Grego consiste em “gerar o bem”, ou seja, é a ciência que estuda o aprimoramento das “características humanas ditas como ótimas” para que melhore as condições de reprodução humana.

A Técnica eugênica é dividida em dois seguimentos de estudo: a eugenia positiva e a eugenia negativa. A eugenia positiva é utilizada para fins medicinais onde é aplicada técnicas capazes de minorar ou curar deficiências genéticas severas, a partir do estudo genético.

Nas palavras, de Kehl (1929a, p.150): a “eugenia negativa apresenta vários recursos de ordem científica” para melhorar o equilíbrio entre os indivíduos “normais” e os “anormais”, entre a fecundidade dos “bem dotados” e a dos “mal dotados”.

A Eugenia negativa segue o caminho da seleção social, derivado do estudo da seleção natural desenvolvido por Darwin, nessa linhagem eugênica os cientistas acreditam que é capaz de selecionar todas as características genéticas de forma a aperfeiçoar a espécie humana, tanto físico como mental, essa foi a técnica mais utilizada mundialmente como controle social.

Conforme discorre Kehl, R. 1929, a eugenia era considerada a chave magna da regeneração humana estando seus estudos relacionados a aplicação das questões da hereditariedade, descendência evolução e outros fatores que influenciam o comportamento humano como a educação costumes, imigração, mestiçagem, desse estudo deriva novos conhecimentos capazes de estabelecer regras e práticas para a regeneração contínua da espécie.

Contudo dado os dois seguimentos da Eugenia, a que prevaleceu sendo bastante difundida mundialmente foi a Eugenia negativa, possivelmente isso se deu pela baixa tecnologia conhecida na época e pela ambição da tão sonhada humanidade perfeita.

#### **2.1. 1. HISTÓRICO**

Em Esparta, na Grécia antiga, havia medidas em prol do controle de nascimentos, como o incentivo a mulheres “sadias” a terem filhos e a seleção pós-natal, essas medidas precedem a técnica eugênica. Os espartanos utilizavam dessa última técnica para “selecionar” os indivíduos aptos a sobreviverem, a seleção consistia em analisar os recém-nascidos, se fossem abaixo do peso, deformados ou apresentassem qualquer característica que os fizessem

fracos, eram jogados do alto do Taygeto. Assim como na Grécia antiga, outros países utilizaram de técnicas de seleção fundamentando sua utilização no aprimoramento da humanidade.

No início do século XIX, essa ciência foi tomando forma, quando Francis Galton 1883 começou a combinar o bom nascimento com a eugenia. Galton definiu a eugenia como: “ O estudo dos fatores físicos e mentais socialmente controláveis, que poderiam alterar para pior ou para melhor as qualidades racionais, visando o bem-estar da espécie”. (COUTO RCC, 1997 p. 53).

Em meados do século XX, a eugenia passou a ser difundida como uma questão de saúde, muitos países passaram a manipular várias técnicas de reprodução humana, dentre elas: o casamento entre membros das classes “aptas” para reprodução; a castração compulsória dos deficientes, dos etnicamente excluídos; dos pobres e imigrantes, assim considerados indignos de reproduzirem.

Por se tratar de uma questão de saúde pública os legisladores da época promulgaram normas para regulamentação da situação, e uma das normas mais bem aceitas foi, a lei de castração compulsória que foi amplamente difundida nos Estados Unidos da América (EUA) sendo adotada por diversos Estados como: Washington, Califórnia, Nova Jersey, Iowa entre outros. Essa lei tinha como finalidade realizar a esterilização de pessoas que se encontravam em presídios, sanatórios, casas de repouso e de imigrantes mais precisamente mexicanos. O Estado da Califórnia foi o que mais praticou a esterilização eugênica um total de 20.108 (vinte mil cento e oito) pessoas.

Diante dessa quantidade de esterilizações compulsórias legais consegue-se uma cronologia da legalização da aplicação da Eugenia nos EUA em meados do século XIX início do século XX:

1890. O Dr. F. Hoyt Pilcher do Kansas Home for the Feeble-minded (Lar para deficientes mentais do Kansas) esterilizou ilegalmente a 58 crianças e teve o apoio do conselho diretor da instituição.

1899. O Dr. Harry Clay Sharp, médico do Indiana Reformatory fazia castrações ilegais para combater o hábito do auto-erotismo, defendia e praticava a esterilização dos criminosos. (Dr. Harry C. Sharp, *The Severing of the Vasa Deferentia and its Relation to the Neuropsychopathic Constitution*, New York Medical Journal, 8 de março de 1902, p. 413, apud Edwin Black, ob. cit., p.p. 128-129).

1906. O deputado Horace Reed, de Indiana, introduz a lei de Sharp: “Ato de Prevenção da Imbecilidade”. Tal lei ordenava que se os curadores ou cirurgiões que cuidavam de crianças deficientes mentais determinassem que a “procriação não era aconselhável”, o cirurgião poderia então “realizar esta operação para prevenção da procriação...”

Indiana foi, de fato, o primeiro estado a ter lei de esterilização compulsória para pacientes mentalmente deficientes, moradores de asilos de pobres e prisioneiros (Edwin Black, ob. cit., p. 133).

1909. Leis de esterilização eugenistas em Washington contra criminosos contumazes e estupradores; em Connecticut, aplicação de vasectomia e de ovariectomia em deficientes e doentes mentais; na Califórnia, que permitia a castração e a esterilização de prisioneiros e de deficientes mentais. Em Nevada, aplicada a criminosos contumazes; em Iowa, aplicada em criminosos, idiotas, deficientes mentais, imbecis, ébrios, drogados, epiléticos, além dos pervertidos morais e sexuais.

1911. Legislação de Nova Jersey contra deficientes mentais, epiléticos e outros deficientes. Esta lei foi assinada pelo então governador de Nova Jersey, Woodrow Wilson, futuro presidente americano e fundador da Liga das Nações. ("Eugenia: o pesadelo genético do Século XX. Parte I: o início" MONTFORT Associação Cultural).

Paralelo aos EUA, a Alemanha Nazista também estudava uma forma de realizar a purificação da raça, quando, a Eugenia começou a ser utilizada como política social chamada de Arianização – que consistia não só em castrações como ocorria nos EUA, mas em exterminar os imigrantes (através do uso de câmara de gás, e outros meios) grande maioria judeus que moravam na Alemanha culminando assim no maior genocídio já visto, o Holocausto Nazista da Segunda Guerra Mundial.

O positivismo jurídico da época permitiu que a Ciência Eugênica fosse completamente distorcida a *bel-prazer* e começasse a ser difundida como uma seleção social. Um dos principais defensores do Positivismo é o austríaco Hans Kelsen que em sua obra *Teoria Pura do Direito*, defende o conhecimento racional e a pureza metodológica na aplicação da legislação, ou seja, a legislação deve ser aplicada conforme foi positivada.

Essa aplicação fria da legislação permitiu o acontecimento de atrocidades munidas de legalidade, Kelsen defendia que a norma seria inteiramente válida se houver uma outra norma que a fundamente.

Nesse sentido a validade da norma é explicada por Kelsen da seguinte maneira:

Numa consideração infra-sistemática, pode-se atribuir a cada norma jurídica válida outra norma, que fundamenta sua validade – a validade da sentença judicial, a autorização do juiz, por meio da lei, a validade da lei, a autorização do Parlamento, através da Constituição, a autorização que se outorga a uma assembleia (ou conselho) constituinte, para promulgar uma Constituição. (KELSEN, 2003 p. 23)

Dessa forma, os fatos eram justificados pelos fundamentos – que é a norma propriamente dita, dessa forma é possível afirmar que naquela época o poder legislativo se convergia a um grupo social, definindo também o que era moral e ética, sendo esses dois

derivados da norma, ou seja se a norma é positivada ela possui validade, eficácia, e é ética e moral, portanto deverá ser cumprida em sua integralidade.

No Brasil o movimento eugênico deu início em meados de 1920 a 1940 liderado por Renato Kehl também conhecido como o “pai da eugenia no Brasil” nesse período muitas publicações foram realizadas afim de prospectar seguidores para o movimento eugênico, uma das principais formas de veiculação da nova ideia foi o Boletim da Eugenia, que circulou de 1929 a 1933. Até esse período a interpretação de Kehl da eugenia era no sentido terapêutico e não seletivo.

Após sucessivas viagens realizadas a Alemanha, Kehl retorna ao Brasil com um pensamento diferente, pois o mesmo afirma em uma entrevista que o que mais lhe chamou a atenção foi a preocupação “com a capacidade racial” da população e com a produção de um número maior de “homens validos”.

Nas palavras de Kehl (1929, p. 5):

Os empreendimentos científicos criados pelos eugenistas alemães, especialmente o Instituto de Eugenia de Berlim, foram capazes de levar adiante o estudo experimental de biologia racial e antropológica em todo o Reich, o que vinha contribuindo significativamente para impedir a marcha da degeneração e para conservar as qualidades do povo alemão.

O que Kehl pretendia era adotar o posicionamento alemão e iniciar as esterilizações compulsórias no Brasil, com o fito de melhorar as características físicas e mentais, para sanar um problema muito comum da população que era a criminalidade, chegou também a sugerir a proibição de casamentos de indivíduos de raças diferentes impedindo a miscigenação.

Assim, o problema da segregação racial e da esterilização de anormais, acreditava ele, interessa tanto aos que vivem como aos que estão para nascer. O homem precisa, para o próprio bem, constituir uma humanidade de bons animais, organizando dentro dela a aristocracia dos eugenizados. (KEHL 1929, p. 153).

Assim embora o Brasil seja conhecido como um país altamente receptivo a outras culturas e hábitos, apesar de ter angariado grandes nomes brasileiros para o movimento eugênico, não recebeu de forma integral as normativas eugênicas, muitos doutrinadores acreditam que a eugenia não foi recebida integralmente pois contrariava os preceitos de Deus, e a igreja católica foi um grande empecilho para o desenvolvimento da eugenia no Brasil.

### 2.1.2. EUGENIA COMO MEDICINA CORRETIVA

Diante das atrocidades cometidas nos séculos XIX e XX em nome da Eugenia, e da promessa de evolução “instantânea” da espécie humana, o termo eugenia desapareceu da sociedade juntamente com suas técnicas de transformação social. Com a queda da Eugenia deu-se origem a uma nova ciência, totalmente reformulada, pautada na integridade da pessoa humana e respeito a sua dignidade, norteadada pela ética e a moral, capaz de propiciar condições dignas de vida, esta ciência é denominada eugenética ou engenharia genética.

Em linhas gerais:

A eugenética representa a forma contemporânea da eugenia, uma tecnociência nascida, nos anos 70, do encontro entre genética, biologia molecular e engenharia genética; eugenismo indica a forma ideológica e "utópica" da eugenética, quer dizer, a convicção de que "poder-se-á substituir os *bad genes* pelos *good genes* e criar uma nova espécie de humanidade libertada de seu mal-estar e sofrimento. (Revista Bioética v. 5 n. 2 SCHRAMM 1997.)

A eugenética ou eugenia contemporânea como alguns doutrinadores tem chamado, parte do pressuposto da manipulação genética como medicina corretiva – não para purificação de raças como outrora era conhecido, mas como um meio de minorar deficiências genéticas que além de limitar severamente o indivíduo não lhe permite vida digna, ou tão somente vida extrauterina.

A preocupação com a saúde pública, principalmente no que se refere a doenças genéticas severas levou ao desenvolvimento avançado da eugenética, nominando essa ciência de Engenharia Genética, que possibilita as correções mutacionais dos genes que ocorrem naturalmente com o passar do tempo, desenvolvendo não só características benéficas como também malélicas.

A Engenharia Genética segundo (Suzuki e Knudtson 1991 p. 103) “consiste no emprego de técnicas científicas dirigidas à modificação da constituição genética de células e organismos, mediante manipulação de genes”.

Para tanto a Engenharia Genética buscou uma forma de tornar conhecido o genoma humano, para que o mapeamento de doenças hereditárias fosse capaz de ser realizado, então foi criado o Projeto Genoma, tendo como finalidade o conhecimento das causas de doenças genéticas para que pudesse preveni-las.

Nas palavras de Diniz (2014, p. 558):

O Projeto Genoma visa o conhecimento de todo o código genético humano e de suas alterações, que são as causas de 4 mil moléstias hereditárias. Para tanto tem procurado identificar os 100.000 genes existentes nos 46 cromossomos componentes do genoma humano.

Diante da preocupação com a saúde pública, foi desenvolvida a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), assinada no ano 1990, onde em seus artigos verifica-se importância no desenvolvimento do estudo do Genoma Humano, priorizando o preceito Constitucional fundamental - a dignidade da pessoa humana.

Assim descreve a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, em seu artigo 17:

Art.17. Os Estados devem respeitar e promover a prática da solidariedade relativamente a indivíduos, famílias e grupos populacionais particularmente vulneráveis ou afetados por doença ou deficiência de caráter genético. Devem estimular, *inter alia*, pesquisa para a identificação, prevenção e tratamento de doenças causadas ou influenciadas por fatores genéticos, particularmente as doenças raras, bem como de doenças endêmicas que afetem parte expressiva da população mundial. (Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, art. 17, 1997).

Essa solidariedade e cooperação internacional é importante para o desenvolvimento científico, de países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento, garantindo a população mundial obter conhecimento para realizarem investimentos em saúde pública preventiva, diminuindo custos com tratamentos paliativos.

O Projeto Genoma foi desenvolvido para que o acesso a saúde fosse ampliado, aperfeiçoando o sistema preventivo e educativo em todos os âmbitos. Dessa forma a Portaria 277/2005 do Ministério da Saúde cria o regimento interno da Comissão Sobre Acesso e Uso do Genoma Humano, e atribui como competência dessa comissão “propor a inclusão de procedimentos, diagnósticos e terapêuticas, nas ações e serviços prestados pelo SUS”. (Portaria 277/2005 do Ministério da Saúde art.3º, II).

O que se extrai do exposto acima é que a Eugenia/ Engenharia Genética é uma ciência munida de ferramentas capazes de salvar vidas de proporcionar saúde e dignidade a todos que dela necessitam, com comprovação expressa de seus resultados, incluindo regulamentação para uso no Sistema Único de Saúde - SUS. Mas devida a falta de investimento a população não possui esse serviço, tão pouco sabem de sua existência.

Nesse diapasão, o sistema judiciário brasileiro tem enfrentado grande acúmulo de pedidos judiciais para a importação de medicamentos ainda não liberado para consumo pela

agência reguladora Brasileira responsável ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Além disso, cresce a cada ano o número de pessoas com deficiência genética severa como: Microcefalia, Atrofia Muscular Espinhal – AME, mal de Duchenne entre outras.

Enquanto a liberação de procedimentos preventivos e a comercialização de medicamentos capazes de minorar os efeitos de doenças raras não se efetiva, o poder judiciário está ficando abarrotado de pedidos para importação de medicamentos, e custeio de medicação de alto custo pelo SUS:

A demanda é tão grande, que no setor responsável pela distribuição de medicamentos aos postos de saúde da Capital, há uma área específica para atender as ações judiciais. O aumento dos casos judicializados foi vertiginoso entre 2015 e 2016, passou de 3.233 para 5.795, crescimento de 79,2%. Já em 2017, até junho, foram 1.683 ações na área da saúde, 29% do total registrado no ano passado, de acordo com dados do TJMS. (YANH, 2017)

Com o fito de evitar a judicialização da saúde, foi criada a CASC/PGE – Câmara Administrativa de Solução de Conflitos, que tem como objetivo solucionar os pedidos na área da saúde inclusive firmar acordos com a Administração direta e indireta.

Barroso (2008, p. 26) fala da efetividade da judicialização:

No contexto da análise econômica do direito, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável. Em 2007, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, já foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico. Tal opção não se justificaria, pois se sabe que esta política é significativamente mais efetiva que aquela no que toca à promoção da saúde.

O modelo de medicina preventiva é a melhor maneira para garantir dignidade as pessoas, evitando custos exacerbados e litigâncias desnecessárias. Procedimentos como da Engenharia Genética podem minorar as deficiências genéticas severas assegurando aos portadores não só o direito de nascer vivo, mas ter uma vida digna.

DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto

qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. (BRASIL, 2008).

O formato de saúde pública presenciado no Brasil apresenta inúmeras barreiras tanto financeira quanto cultural que distanciam as novas tecnologias e priva de um desenvolvimento integral e até mesmo de gozar da dignidade da pessoa humana que a Constituição Federal assegura. A grande entrave a aplicação da biotecnologia é saber até que ponto não está sendo ferido o patrimônio genético humano.

Nesse contexto leciona Diniz (2014 p. 561):

Urge a tomada de medidas, inclusive legislativas, que orientem os cientistas em seu trabalho, na seara da biotecnologia, para salvaguardar a sobrevivência da espécie humana e o respeito à dignidade do ser humano, evitando sua coisificação, pois os questionamentos acima levantados, ligados aos avanços biotecnológicos, dirigem-se aos valores fundamentais do homem, visto que, como veremos, a biotecnologia poderá lesar alguém ou alterar sua qualidade de ser único e irrepetível e até modificar seu patrimônio genético, transformando sua identidade e a das gerações presentes e futuras.

Para que seja tomada as devidas precauções quanto ao uso indiscriminado de tecnologia para modificação genética, a Lei nº 11.105/2005 denominada lei de biossegurança, impõe limites a produção e utilização de OGM – Organismo Geneticamente Modificado e células-tronco, permitindo a utilização desta última para fins de pesquisa e terapia, as células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*.

A lei de biossegurança sempre foi alvo de muitos questionamentos, para alguns autores ela fere o que já está estabelecido da ética e da moral, para os defensores da biotecnologia é a regulamentação para dirimir inúmeros problemas sociais como: a fome e a cura para muitas doenças. O STF resolveu essa questão na decisão da ADI 3510 em que foi colocado em julgamento a constitucionalidade do artigo 5<sup>a</sup> da lei de biossegurança afirmando a transgressão do direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem

a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (BRASIL, 2008)

Por fim o STF julgou improcedente a ADI certo de que todo esforço para que a população obtenha saúde é válido e a Lei de Biossegurança define o que tem que ser realizado e os limites a serem estabelecidos para manipulação de material genético humano.

### 2.1.3 A PERSPECTIVA ECONÔMICA SOCIAL E BIOÉTICA DA EUGENIA

A história da humanidade é caracterizada por avanços científicos, tecnológicos, sociais e ambientais. A cada progresso ou evolução é levantado críticas positivas e negativas a respeito da matéria. Em âmbito jurídico a ética tem sido alvo de críticas principalmente no campo da Bioética – onde tem-se assuntos de grande repercussão social como: a reprodução humana assistida, procedimento com feto anencéfalo e as modalidades de morte consentida.

Conforme Singer (1994, p. 410):

Uma parte importante da ética normativa corresponde à ética aplicada, que trata de questões como o aborto, a eutanásia, sobre se há justificativa em criar e em matar animais para a alimentação e sobre a obrigação de compartilhar nossa riqueza com aqueles que vivem em extrema pobreza em outros países.

As indagações acerca da Bioética e da ética em si, se fundamentam na preocupação social com a saúde e com procedimentos genéticos que vêm sendo utilizados ao longo dos anos para viabilizar a vida humana. A bioética tem como objetivo precípua nortear as pesquisas, impondo limites as condutas humanas, a fim de que não sejam utilizadas para desenvolver humanos clonados ou selecionar os nascimentos com finalidade de purificar a humanidade.

Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e o direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera, portanto, questões onde não existe consenso moral, como a fertilização *in vitro*, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas com células-tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações. (MALUF p. 6, 2013).

Portanto, a ética é o gênero e a bioética espécie que trabalha diretamente com a área médica, impondo limites e regras para utilização de novas descobertas. O emprego da técnica eugênica sob o prisma da ética é a utilização de melhoramento não seletivo, mas assegurado de vida digna à população. O poder legislativo também é parte fundamental no avanço da

ciência, pois, regulamenta a utilização de novas técnicas impedindo que as mesmas firam os princípios constitucionais.

Numa perspectiva econômica a eugenia contemporânea pode minorar custos ao Estado no que tange a remédio de alto custo para aplicabilidade paliativa, utilizando-se de técnicas de engenharia genética e propiciando saúde e dignidade à população e evitando doenças severas como microcefalia, atrofia muscular espinhal entre outras. Por outro lado, há a preocupação com o patrimônio genético humano, que diante de manipulações sucessivas pode acabar por se perder.

Lenza (2008, p.589) explica da seguinte forma:

Referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica.

Há controversas entre juristas, filósofos, biólogos e as entidades sociais como igrejas e ONGs, a respeito da eugenia – da possibilidade de intervenção genética para aproximar o ser humano do que se considera normal. Pois, essa intervenção pode ser considerada terapia ou melhoramento, o que difere é o resultado: na terapia tem-se o resultado indivíduo saldável, já no melhoramento o resultado é um indivíduo selecionado.

Essa decisão sobre instrumentalizar ou não o genoma humano, é o que Habemas (2004) chama de “inserção da moral em uma ética da espécie humana” é poder da escolha de corrigir ou não os defeitos genéticos que surgem ao decorrer das gerações, essas escolhas não afetam um único indivíduo, mas também todas as gerações subsequentes. Os pais já são responsáveis pelo fato de seu filho nascer; e propusemos que também devem ser responsáveis pela sua condição. Mas devemos também ser responsáveis pela condição de todos os seres humanos que nascerem daqui em diante?

É essa responsabilidade que coloca o judiciário em uma posição enrijecida a respeito do tema, tendo em vista, que uma regulamentação de terapia genética aplicada ao SUS, conferiria um dispêndio de verba pública pela onerosidade do tratamento, por outro lado cria-se outra questão, se não for disponibilizado no SUS, aumentará a desigualdade de oportunidade entre ricos e pobres.

Frias (2013 p. 112) aponta as opiniões controvertidas:

Os conservadores optam por proibir a utilização de terapias genéticas herdáveis. Os libertários propõem a ideia de um “supermercado genético”, diluindo as novas

responsabilidades em um mercado sem regulação estatal. E os liberais sugerem que o Estado aceite a responsabilidade advinda da passagem do acaso à escolha.

Por se tratar de um tema novo com muitos caminhos a ser seguido, a utilização de intervenção genética terapêutica ainda é um sonho da medicina, que precisa sanar todas as questões biológicas para que seja esclarecida todas as questões jurídicas para uma utilização segura que proporcione solução e não problemas à saúde.

#### 2.1.4. EUGENIA E A NEGAÇÃO CULTURAL

Desde a entrada da ciência eugênica no Brasil, os cientistas enfrentaram muitos problemas na sua admissibilidade pelo caráter seletivo que empregaram à ciência. O Brasil sendo um país predominantemente de orientação religiosa católica, não encontrava fundamentação jurídico-religiosa para que as questões apresentadas pelos defensores da eugenia fossem colocadas em prática. Por outro lado, tinham motivos suficientes para refutar a ideia pois, aos seus olhos os cientistas queriam “brincar de Deus”.

A igreja católica sempre se posicionou a favor da ciência desde que os métodos utilizados fossem para beneficiar todas as pessoas, que curassem as doenças e não modificassem a natureza humana, e conforme Anjos (2006, p. 15), “ desde as primeiras manifestações biotecnológicas, surgem os questionamentos acerca da ousadia humana de brincar de Deus”.

Esse foi o grande empecilho enfrentado por Kehl na luta para a aplicação da eugenia Alemã no Brasil, ele propunha a seleção matrimonial, educação sexual e a reprodução humana fatores que a igreja católica assevera como as leis de Deus. Nesse enfrentamento com a igreja católica esteve também outros cientistas que buscavam a aprovação da lei de esterilização para impedir que os degenerados procriassem, assim eram chamados: os criminosos, doentes mentais, e os que carregavam alguma doença que os colocavam na condição de inaptos.

A autoridade pública, todavia, não tem poder direto sobre os membros dos súditos; e por isso nunca pode atentar diretamente contra a integridade do corpo, nem por motivos eugênicos nem por quaisquer outros, se não houver culpa alguma ou motivo para aplicar pena cruenta. O mesmo ensina S. Tomás de Aquino, ao estudar a questão de os juízes humanos poderem ou não ocasionar qualquer dano ao súdito para prevenir males futuros, o que concede quanto a outros danos, mas nega com razão no que respeita à lesão corporal: ‘Nunca ninguém deve ser castigado sem culpa pelo juízo humano com a pena de flagelo, a fim de ser morto, mutilado ou atormentado’ (PIO XI, 1930).

A igreja por outro lado sempre respondeu a ciência com firmeza ao defender que a espécie humana não deveria ser punida, mutilada ou atormentada sem que houvesse alguma

culpa. Renato Kehl (1934, p.1) em resposta a negativa da igreja afirmava que a “esterilização não é castração, como se fazia com os rapazinhos outrora tornados eunucos para adquirirem a voz de soprano e cantarem no coro das igrejas”. Insistia que a “esterilização é simples, sem perigo e nada altera quanto aos prazeres da vida”.

E os embates entre igreja e ciência caíram por terra quando um grupo de intelectuais da época reafirmaram que o problema do Brasil não era uma questão racial mais uma questão social e política que aos brasileiros deveria ser disponibilizado educação, saúde, moradia que dessa forma sanaria os problemas com as gerações de degenerados.

No Brasil não é permitida a esterilização eugênica, pois é considerada uma pena cruel conforme disposto na Constituição Federal art. 5º, XLVII, *e*, sendo inadmissível penas de castração e esterilização ainda que o criminoso tenha cometido delito impulsionado por um desvio de sexualidade. (DINIZ 2014, p. 190)

No intuito de distanciar e barrar qualquer pretensão de castração ou esterilização compulsória, foi editada a Lei 9.029/95 que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de emprego, bem como define como crime a indução ou instigamento à esterilização genética, com pena de detenção de um a dois anos e multa.

Há, porém, reconhecimento científico e jurídico que em algumas situações específicas é mais viável realizar a esterilização, pois a não realização acarretaria em danos irreversíveis à saúde da mulher e do conceito (especificamente). Dessa forma a Lei 9.263/96 em seu art. 10º, II, permite a esterilização voluntária mediante laudo de 2 (dois) médicos devidamente assinado atestando a inviabilidade reprodutiva da mulher e a probabilidade do conceito não sobreviver.

Nestes termos:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I – [...];

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. (BRASIL. 9.263. 1996)

Mesmo havendo consentimento da mulher em realizar a esterilização voluntária, a mesma tem que cumprir os requisitos previsto em lei, pois se trata de uma decisão irreversível e poderá ser responsabilizado na forma da lei as esterilizações diversas do descrito no ordenamento jurídico.

### 2.1.5. A EUGENIA SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Hodiernamente o ordenamento jurídico brasileiro passa por dificuldades pelas mudanças sociais e ambientais que ocorrem quase que instantaneamente, o grande empecilho muitas vezes é a estranheza causada pela complexidade do tema ou até mesmo de técnicas a serem utilizadas para solucionar essas questões.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal – STF tenta balizar esses problemas e dar entendimento as novas legislações promovendo a aceitação popular de procedimentos médicos desde que esses não firam a dignidade da pessoa humana. Por se tratar de problemas que afeta toda a população brasileira, faz-se necessário legislar de forma preventiva e curativa. Esse foi um dos questionamentos levantados pela Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, na ação direta de inconstitucionalidade cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 5.581/2016.

Na ADI 5.581 a ANADEP levanta inúmeros questionamentos a respeito da Lei 13.301/2016 precisamente sobre o art. 18, *caput*, a respeito do limite imposto a percepção do benefício de prestação continuada (previsto na Lei 8.742/93 art. 20) de três anos, à criança vítima de microcefalia, enquanto que para outras deficiências e para os idosos esse benefício é vitalício, gerando uma desigualdade social. Nesse ponto há dupla interpretação, pois a Lei 8.742/93 não dispõe de prazo limite para o recebimento do benefício, e sendo a pessoa portadora de microcefalia independentemente se oriunda do Zica vírus ou outra mutação genética deve ser assistida nos mesmos moldes da lei.

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (BRASIL. 8.742.1993).

Art. 18. Fará jus ao benefício de prestação continuada temporário, a que se refere o art. 20 da Lei nº 8.742/93, pelo prazo máximo de três anos, na condição de pessoa com deficiência, a criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*. (BRASIL.13.301. 2016).

Além do pagamento do benefício limitado a três anos, também foi levanta a questão da descriminalização do aborto contido no art. 124 e 126 do Código Penal em casos de microcefalia respeitando conforme consta do art. 226 § 7º da Constituição Federal o planejamento familiar que é livre decisão do casal, competindo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

É salutar que não ocorra a igualdade de tratamento entre crianças portadoras de microcefalia e o anencéfalo, visto que, o portador de microcefalia possui desenvolvimento cerebral precário, mas mesmo assim possui condições de vida extrauterina, a o anencéfalo não terá vida extrauterina e, portanto, o aborto é um meio terapêutico para a gestante que optar em realizar. Ademais, como dito pelo relator Marco Aurélio, no julgamento da ADPF 54, “aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível”.

Além da divergência da concessão do benefício de prestação continuada levantada na ADI/ADPF 5.581, outra indagação merece atenção que é a não cumulatividade do benefício de prestação continuada com a licença-maternidade, deixando as famílias que possuem filhos portadores de microcefalia em uma condição de vulnerabilidade ainda maior, visto que, por ser um benefício de caráter assistencial somente as pessoas de baixa renda são beneficiárias.

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. (BRASIL. 8.742.1993).

§ 2º O benefício será concedido após a cessação do gozo do salário-maternidade originado pelo nascimento da criança vítima de microcefalia. (BRASIL.13.301.2016).

As pessoas portadoras de microcefalia possuem um tratamento de alto custo podendo chegar de R\$ 3 a R\$ 5 mil reais por mês, que consiste em medicação, fisioterapia, acompanhamento médico fisiatra, neuropediatra, neurologista, geneticista, fonoaudiólogo e terapeuta ocupacional, para que com todos os estímulos a criança consiga se desenvolver o quanto a deficiência lhe permite. A não cumulatividade do benefício de prestação continuada com o salário-maternidade, impossibilita que as crianças tenham um tratamento adequado, e viola o princípio da dignidade humana previsto na Constituição Federal.

Ainda, a Lei 13.301/2016 prevê regulamentação de programas de assistência que incentive os órgãos sensoriais das crianças vítimas de microcefalia para serem devidamente tratadas pelo Sistema Único de Saúde, mas que ainda não apresenta estrutura para serem realizados, pois o sistema de saúde brasileiro ainda é muito decadente.

A medicina preventiva tem uma enorme importância, pois é através dela que possibilita a detecção de enfermidades que são assintomáticas. A prevenção em casos de doenças genética como; Microcefalia, AME, Ataxia dentre outras, precede do exame chamado diagnose pré-natal – que visa detectar doenças geradas por alterações hereditárias possibilitando

salvar a vida do concepto através de terapia gênica ainda no estágio fetal, com o escopo de eliminar ou diminuir os efeitos do gene anormal.

Ferroni (1999, p.12) discorre sobre a técnica de terapia gênica: “Os médicos têm procurado empregar a terapia genética em útero (IUGT) para corrigir doença hereditária do feto antes de seu nascimento” [...]. Essa técnica também pode ser aplicada em células germinativas, ou seja, espermatozoide e óvulo, só que essa terapia não é aconselhável nem permitida ético e juridicamente, pois constitui alteração na identidade do concepto, e por não se tratar de terapia e sim alteração consistiria na eugenia negativa – ou seja aprimoramento da espécie humana.

Conforme assevera Diniz (2014, p.593):

Apenas podemos acatar a eugenia positiva, que emprega medidas prudentes, com finalidade terapêutica, tendo em vista a obtenção da cura, a diminuição do sofrimento do portador do mal genético ou a prevenção, como o aconselhamento genético, desde que não induza à esterilização do portador de alguma deficiência física ou mental, ao aborto eugênico, à proibição de casamento daqueles que possuem alguma tara genética.

Neste contexto, faz-se necessário distinguir o bem que se pretende realizar, permitindo que as pessoas não só tenham nascimento com vida, mas que essa vida seja digna, saudável e que a pessoa possa se desenvolver integralmente. Pois o nascimento por si só não pode ser mais importante que a saúde, portanto tratamentos capazes de fornecer uma vida melhor às pessoas portadoras de alguma doença genética, tem que ser regulamentado e fornecer condições de ser utilizado, garantindo saúde a população desde a concepção.

A decisão da ADPF 54 permitindo-se o aborto de anencéfalo, demonstra o quanto a corte superior está convergindo com a ciência, propiciando um sistema judiciário que ampara a população e se molda a cada novo acontecimento social, científico e ambiental. Nesse contexto, extrai-se que o posicionamento do STF em relação a eugenia positiva, é de acolhimento desta ciência, tendo em vista, sua capacidade curativa de desordens genéticas, ainda na fase intra-uterina, o que contribui para que o desenvolvimento fetal seja completo.

## CAPÍTULO 3. LEGALIDADE DA EUGENIA TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ

### 3.1. BIOÉTICA E O BIODIREITO FACE À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A Bioética é a ciência desenvolvida a partir da necessidade de regulamentação das atividades de medicina e meio ambiente, é a junção de biologia e ética, sendo norteadas pelos princípios da autonomia, beneficência e imparcialidade. Apesar de muito ser discutido a bioética é um ramo da ética e não da biologia. Guy Durant (1995, p. 22) assim a definiu: “é a pesquisa de soluções para os conflitos de valores no mundo da intervenção médica”.

O Biodireito, por sua vez, é a ciência que estuda as relações jurídicas entre o Direito e os avanços tecnológicos da medicina e da biotecnologia (MALUF 2013, p. 16). Bioética e Biodireito associados estudam e regulamentam todos os assuntos que envolvem biotecnologia como: reprodução humana assistida, terapia genética, transplantes de órgão entre outros.

A reprodução, a descendência e a constituição de família sempre foram problemas que inquietavam a sociedade, desde os ensinamentos mais primitivos o casal após sua união matrimonial deveria constituir uma família, ou seja, deveriam ter filhos, como observado em: (Gênesis 1,28) “E Deus os abençoou, e Deus lhes disse: Frutificai e multiplicai-vos, e enchei a terra”, essa importância da procriação atravessou gerações:

Código de Hamurabi, 2000 a.c. previa a intervenção de terceiro no lar conjugal para sanar a falta de procriação; Código de Manu, 1200 a.c. preocupados com a questão da descendência, possibilita, ante a esterilidade do marido, que seu irmão se inseminasse sua esposa, garantindo a prole (MALUF 2013, p. 193).

Assim a importância da prole sempre foi um fator constante na sociedade, que atualmente é passível de ser solucionado graças ao desenvolvimento biotecnológico, e com esse aprimoramento de técnicas, desenvolveu-se a reprodução humana assistida – que consiste basicamente em alteração do processo reprodutivo natural.

A Reprodução Humana Assistida – RHA, é a intervenção do processo natural de procriar para que pessoas que possuam alguma patologia como esterilidade e infertilidade, possam ter condições de procriar. Muitas podem ser as causas dessas patologias, a RHA não possibilita a cura, mas intervém no processo natural para que as pessoas possam realizar o desejo natural de maternidade e paternidade.

No aspecto clínico a reprodução assistida:

Implica em um conjunto de técnicas, a saber: relação programada, inseminação artificial intrauterina e fertilização extracorpórea, que abrange a fertilização *in vitro* clássica e a fertilização *in vitro* por meio de injeção intracitoplasmática de espermatozoide. (MALUF 2013, p. 19)

Todos esses procedimentos são acompanhados por uma equipe multidisciplinar para acompanhar os genitores, pois só é possível verificar o sucesso do procedimento na ocorrência da gravidez. Faz-se necessário também um aparato médico para realizar exames nos genitores e seus gametas para que não haja transmissão de patologias ao concepto.

O Processo de Reprodução Humana Assistida, foi ganhando força paulatinamente e já vem sendo desenvolvido a muitos anos iniciando em: 1791 John Hunter, inseminou a esposa de um lorde inglês utilizando o esperma deste (GAMA 2003, p.672); 1875 e 1890, concluiu-se que a fertilização é constituída pela união de um espermatozoide com o de um óvulo, essa observação foi realizada em peixes e mamíferos (LEITE 1995, p.18); 1932 OGINO e KNAUSS conseguem obter o período fecundo de uma mulher; 1945 Jean Rostand percebeu que os espermatozoides submetidos a frio, e com emprego de glicerol, conservava sua viabilidade por muito tempo. (LEITE 1995, p.31).

No Brasil, o desenvolvimento da primeira Reprodução Humana Assistida foi em 1983 e ainda hoje não temos uma legislação que regulamenta a RHA, a orientação que se tem é a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina que adota técnicas éticas para o desenvolvimento de técnicas de RHA.

Os avanços tecnológicos principalmente na área da saúde têm o condão de melhorar a vida do homem e para tanto, tem que haver regulamentação legal para que futuras lides jurídicas em torno do tema possam ser solucionadas da melhor maneira possível com fundamentação legal.

Assim, leciona Diniz (2014, p. 748):

“Todavia, será mister que se tenha muita cautela ao legislar sobre a reprodução humana assistida, para que não se caia numa terrível armadilha, tornando os riscos mais reais do que aparentam ser, trazendo desgraça à humanidade, como o incesto, a eugenia, a coisificação do ser humano, a desproporcional quantidade de embriões descartados em relação ao número de gestações bem-sucedidas etc.

Essa ausência legislativa implica não só em resolução de lides futuras, mas também na filiação e na sucessão conforme previsto no Código Civil 2002, onde, no artigo 1.597 presume ser filho se concebidos na constância do casamento: o filho havido de fecundação artificial homologa, ou seja, ambos os gametas são do casal e havidos por inseminação artificial heteróloga, ou seja, o gameta masculino é de outro homem não o do que compõe o casal, desde

que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL. 10.406/2002 art. 1597. Vade Mecum Saraiva, 2018, p. 219).

O grande problema da concepção heteróloga é essa autorização prévia do marido, como não há legislação a respeito de RHA, não há forma para se fazer essa autorização, correndo-se o risco de crescer o número de ações negatória de paternidade em decorrência do divórcio, para tentar coibir essa atuação o poder legislativo enfraqueceu a paternidade consanguínea e fortaleceu a filiação por afetividade.

Assim, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reconhece voluntariamente a paternidade de uma criança com a qual sabia não ter vínculo biológico não possui o direito subjetivo de propor posteriormente uma ação negatória de paternidade. (Gomes, 2008). Essa é uma das formas de estancar o número crescente de ações negatórias de paternidade.

**Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade c.c. declaratória de nulidade de registro civil. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido** (Superior Tribunal de Justiça -STJ Recurso Especial: REsp 1003628 DF 2007/0260174-9, Ministra NANCY ANDRIGHI).

A elaboração de uma norma regulamentadora de RHA deve atender aos princípios da bioética, protegendo a vida a saúde física e mental respeitando também a natureza do procedimento de RHA que é a substituição do processo natural de procriação devido a patologias que impeçam a concepção natural, não sendo um método curativo de esterilidade e infertilidade. A legislação deverá impedir que as técnicas de RHA sejam utilizadas de forma indiscriminada para seleção de características humanas, culminando assim nas práticas eugênicas negativas de seleção de características consideradas “perfeitas”.

Há um tipo de seleção de características que é um procedimento benéfico ao conceito, essa técnica é a sexagem, é um procedimento seletivo com finalidade terapêutica, que consiste em selecionar o sexo do conceito, para evitar que seja transferido genes deletérios ligados ao sexo, essa técnica também não possui legislação regulamentadora, sendo utilizado por mera orientação ética.

Outra questão da falta de legislação no país, conforme (Freitas, Siqueira e Segre, 2008) é relacionado ao número de embriões implantados que aumentou o número das gestações múltiplas exponencialmente no Brasil, gestações essas consideradas um problema de saúde pública, devido aos riscos causados às mães, às crianças pela precariedade do sistema público de saúde.

Apesar dessa omissão legislativa, muitos projetos de lei já foram apresentados conforme MALUF (2013, p. 207 – 208) descreve:

O PL 1.184/03, apresentado pelo Senador José Sarney, prevê quando ao destino do embrião que ele seja transferido a fresco; autoriza a doação de gametas; quanto à elegibilidade de acesso às técnicas, privilegia as mulheres solteiras ou casais; não autoriza a gestação de substituição nem a redução embrionária; prevê que o número máximo de embriões a serem produzidos como sendo dois e também visa possibilitar a quebra de sigilo do doador no caso de necessidade clínica, privilegiando assim a filiação social.

O PL 2.855/97, apresentado pelo Dep. Confúcio Moura, prevê quando ao destino do embrião que ele seja criopreservado, autorizando ainda o descarte dos mesmos; autoriza a doação de gametas; quanto à elegibilidade de acesso às técnicas, privilegia as mulheres solteiras ou casais; autoriza a gestação de substituição, mas não autoriza a redução embrionária; não menciona um número máximo de embriões a serem produzidos nem se posiciona quanto à possibilidade - ou não - da quebra do sigilo do doador no caso de necessidade clínica, privilegiando assim a filiação social.

O PL 120/03, apresentado pelo Dep. Roberto Pessoa, dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida; autoriza a doação de gametas; prevê a possibilidade da quebra do sigilo do doador no caso de necessidade clínica, privilegiando assim a filiação social.

O PL 90/99, apresentado pelo Dep. Lúcio Alcântara, reapresentado em 2001, dispõe sobre a reprodução assistida e prevê a transferência a fresco de embriões, vedando o descarte; veda também a redução embrionária, entendendo-a crime; autoriza a doação de gametas; possibilita a quebra do sigilo do doador em caso de necessidade médica, como preveem os arts. 9º e 10º.

Dessa forma, a grande problemática de saúde no Brasil não se refere tão somente a gestão de recursos financeiros, mas também na forma em que se trata e utiliza técnicas novas, na demora em aprovar uma legislação que abarca todas as técnicas biotecnológicas – podendo ser esse um dos maiores desafios, pois, como visto acima, projetos de lei foram apresentados, mas são poucos ou pontos que se convergem. Em virtude dessa ausência legislativa, novos problemas de saúde pública estão aparecendo e outros tantos viram enquanto perdurar essa omissão.

### 3.1.2. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A reprodução humana assistida é o meio pelo qual se possibilita a constituição de descendentes, que não são possíveis pelo processo natural, visto que, o casal apresenta alguma patologia como infertilidade ou esterilidade, ou por que é um casal homossexual. A constituição de filhos é um direito assegurado na Constituição Federal no art. 226 § 7º denominado planejamento familiar e é assegurado a todos, podendo exercê-lo livremente tanto para conceber um filho, quanto para não o fazê-lo.

O planejamento familiar descrito no art. 226, § 7º da Constituição Federal, define que é incumbência do casal, definir quando e quantos filhos terão, não podendo ser coagidos a realizar esterilização, tampouco a reproduzirem. Muitas vezes esse direito de descendência e planejamento familiar está sendo exercido de forma negativa, ou seja, ao invés dos casais planejarem ter filhos, planejam não os terem.

§7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, 1988 art. 226, §7º).

A Lei 9.263/96, regulamenta o disposto na Constituição Federal, garante a liberdade de escolha a limitação da prole ao casal, veda qualquer prática de esterilização compulsória e descreve os requisitos para a esterilização voluntária, incumbe ao Estado promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

O Código Civil de 2002 em seu capítulo II é dedicado a filiação, e dispõe no artigo 1.596, duas formas de reprodução humana assistida: a homóloga e a heteróloga. Na reprodução homóloga os gametas masculino e feminino são do próprio casal, por outro lado na reprodução heteróloga o material genético do homem é de um doador estranho a constituição do casal, e é onde são levantadas muitas questões, quanto a filiação e sucessão, pois no próprio dispositivo a reprodução heteróloga é permitida desde que tenha prévia autorização do marido, mas não dispõe a forma que será realizada essa autorização.

A reprodução humana assistida apesar de ser uma técnica médica praticada no Brasil a muitos anos, não possui legislação que regule essa prática, no entanto, ela é executada fundamentada por uma resolução do Conselho Federal de Medicina, que embora norteie o método a ser aplicado no procedimento, não regulamenta lides processuais com base em filiação. A carência legislativa implica também no número de crianças geradas a cada gestação, pois convencionalmente são implantados 4 (quatro) óvulos fertilizados, sendo que todos possuem a mesma capacidade de desenvolvimento, dessa forma há um aumento de gestações múltiplas colocando a mãe e os conceitos em risco.

No que tange a reprodução assistida homoafetiva masculina, é outra questão que seria passível de solucionar com a devida regulamentação legal, pois, na reprodução homoafetiva masculina verifica-se a presença de mais de dois indivíduos no processo, o doador de sêmen, a doadora do óvulo e do útero (estranha a relação, não necessariamente tendo que ser mesma

pessoa), e o outro parceiro, que no registro de filiação discute-se se ele teria que realizar adoção da criança concebida, e ainda a mãe seria a que gerou a criança (MALUF, 2014).

Dessa forma o STF, tem conhecido tanto a filiação afetiva quanto a propriamente biológica, pois com essas transformações sociais correntes, impossibilita que as famílias tenham uma formatação previa e em muitos casos o genitor biológico é só um doador, que não pretende ter nenhuma relação afetiva com a criança que carregará seu material genético, e há casos também de múltiplas paternidades e maternidades.

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (BRASIL, 2017).

Questões dessa magnitude sem regulamentação como a reprodução assistida, abre muitas discussões, pois apesar de não haver uma lei, são práticas realizadas a muitos anos, pautada em uma normativa ética do Conselho Federal de Medicina. É necessário que se firme uma legislação pois o que está em jogo são direitos constitucionais, e ainda que a vontade de constituir uma prole seja considerada, ninguém pode dispor de um direito para que se alcance outro.

### 3.1.3. DIREITOS DO NASCITURO FRENTE A CRFB/88

O nascituro na definição geral é aquele que ainda vai nascer, mas que já foi concebido. Sendo um ser já concebido merece proteção, e este é um assunto de grande discussão em âmbito jurídico, pois não há uma convergência do momento exato em que se inicia a vida, não podendo assegurar com precisão quando inicia os direitos e deveres daquele conceito. No Brasil adotamos a teoria natalista conferindo capacidade para contrair deveres e adquirir direitos ao nascituro a partir do seu nascimento com vida.

Antes do nascimento pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme o art. 2º do Código Civil, não há personalidade civil, porém a lei põe a salvo, desde a concepção, os seus direitos. (Namba 2009, p.21). Apesar de não haver personalidade civil, por se tratar de uma expectativa de direitos, ao nascituro é garantido o direito à alimentação e ao pré-natal, à curador e à herança, demonstrando que mesmo de forma parcial há o reconhecimento do nascituro como pessoa que possui “personalidade jurídica formal, no tocante aos direitos personalíssimos” [...] MALUF (2013, p. 159).

Acrescenta Diniz (2008 p. 4): “ pela análise dos dispositivos do Código Civil para que um ente seja pessoa e adquira personalidade jurídica, será suficiente que tenha vivido por um segundo”. Não há no ordenamento jurídico brasileiro normatização quanto ao período de vida para que a pessoa adquira personalidade jurídica, bastando que a mesma nasça com vida, afastando, contudo, qualquer direito aos natimortos.

Do mesmo modo a expectativa de direito e deveres do nascituro, permite a ele tratamento igualitário assegurando-lhe o respeito e a dignidade da pessoa humana, pois a dignidade está vinculada a vida, e tanto o nascituro quanto o embrião estão vivos, embora não nascidos, dessa forma, não se pode banalizar a vida realizando descarte de embriões viáveis, realizar aborto de nascituro viável ou colocar a vida de ambos em risco, pois todas essas atitudes constituem crime.

A vida se inicia com a fecundação e a vida viável com a gravidez. O início legal da consideração jurídica da personalidade, posto as ideias colocadas, é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher. (NAMBA, 2009, p.28)

Os direitos do nascituro são garantidos na Constituição Federal, e no Código Civil e sua violação gera reparação moral, sendo que o nascituro é titular de direitos personalíssimos, pode receber doação, pode ser beneficiado por legado ou herança, pode a ele ser nomeado curador quando da falta do pai e a destituição do poder familiar da mãe, para defender seus interesses, e à violação a sua vida tipifica crime.

Assim como ao nascituro é garantido a alimentação Lei 11.804/2008 art. 6º, o pré-natal Lei 8.069/90 art. 8º, deverá também ser assegurado de forma ampla e universalizada os tratamentos genéticos a fim de realizar correções de doenças genéticas severas, minorando seus efeitos ou até mesmo curando. Esses procedimentos são conhecidos como os tratamentos eugênicos que são realizados em estágio intrauterino fornecendo ao nascituro subsídio suficiente para o desenvolvimento e o nascimento com vida.

Cirurgias intrauterinas, como a feita em caso de uropatia obstrutiva, mediante drenagem para corrigir obstrução da bexiga, evitando a morte do feto assim que nascer, a hidrocefalia, em que se aplica a encefalocentese, ou seja, drenagem cerebral ou de hérnia do diafragma, que provoca o desenvolvimento parcial ou impede o desenvolvimento pulmonar do feto. (DINIZ 2014, p. 155)

Todos esses tratamentos embora invasivos são capazes de salvar a vida do nascituro e garantir a ele um desenvolvimento pleno, incorrendo em responsabilização civil e penal caso algum tratamento seja realizado com o intuito de prejudicar o nascituro e/ou leva-lo a óbito. Ao passo que terapia gênica ou genoterapia pode salvar vidas e minorar sofrimentos corrigindo doenças genéticas, a falta de legislação para regulamentar sua atuação impede que seja utilizada de forma universalizada, excluindo pessoas de baixa renda por não conseguir arcar com o tratamento.

Dessa forma, apesar de o nascituro ainda não ter nascido, ele é detentor de direitos personalíssimos e, portanto, deve ser protegido pela sociedade e pelo Estado, que deverá criar políticas públicas capazes de instruir pais, médicos, enfermeiros e toda equipe que trabalha diretamente com o conceito, para garantir a ele pleno desenvolvimento. Ainda, todo procedimento médico vinculado ao nascituro deverá ser precedido de lei, regulamentando a atuação do médico, e inibindo o mesmo de realizar procedimentos eticamente vedados na tentativa de alcançar a purificação da raça humana ou melhoramento genético humano.

#### 3.1.4. ANÁLISE DO ESTATUTO DO NASCITURO

Diante de todos os contradizeres a respeito da proteção do nascituro, foi elaborado em 2007 o projeto de Lei nº 478/2007 em defesa do nascituro, para assegurar seus direitos e impedir que o aborto seja descriminalizado, protegendo inclusive o aborto do nascituro concebido por ato de violência, por ser medida extrema, sendo equipara a pena de morte.

No dispositivo de lei é conceituado o nascituro como ser humano concebido, mas ainda não nascido e inclui na proteção os conceitos *in vitro* e toda a forma de concepção aceita eticamente. Os autores do projeto de lei fizeram uma transcrição do art. 227 da Constituição Federal modificando os termos criança e adolescente por nascituro, na tentativa de maximizar os direitos do nascituro igualando à crianças e adolescentes.

O referido estatuto visa conceder a proteção integral ao nascituro elevando-o ao *status* de pessoa, ou seja, conferindo personalidade civil e assegurando todos os direitos como se nascido fosse, e, por conseguinte acabou colocando um novo marco de início da vida na

concepção jurídica, pois o Código Civil adota a teoria natalista, o projeto de lei está adotando a teoria concepcionista.

O Projeto de Lei foi aprovado pela Comissão de finanças e tributação em 2013 e segue tramitando na Câmara do Deputados, onde aguarda a apreciação e votação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC); Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CMULHER).

Esse projeto de lei além de conferir mais direitos aos nascituros protegendo sua vida e saúde, está em partes confrontando o direito constitucional da mulher ao planejamento familiar quando proíbe o aborto em caso de estupro:

Art. 13. O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado

Grandes questões podem ser extraídas desse artigo, a começar pela vedação do aborto em caso de violência sexual, que é uma modalidade permitida, pois o Estado não consegue disponibilizar a essa mulher tratamento e acompanhamento psicológico para que ela consiga ter condições de reconhecer que o filho não tem culpa e possa cria-lo dignamente, e por isso muitas delas recorrem ao aborto. A incumbência do criminoso a pagar pensão alimentícia, como consequência de seu ato de violência, é uma questão muito delicada pois, a mulher já sofreu tanto por passar por uma violência tão degradante, ter que rever o criminoso só iria aumentar seu sofrimento.

Por outro lado, incumbir ao Estado o pagamento de pensão alimentícia como forma de incentivo a aprovação do estatuto e a vedação total ao aborto, não propicia uma reparação do dano sofrido pela mulher, além de sobrecarregar a máquina pública, e acabar por incentivar o crime. Essas são questões de grande repercussão social, pois de todo modo está assegurando um direito em detrimento de outros.

Nos artigos 9º, 10º e 11º do referido projeto de lei trata de uma proteção integral e incondicional ao nascituro, impedindo que seja realizado aborto até mesmo quando está em risco a vida da mãe e quando o feto é anencéfalo, questão esta, já debatida e decidida pelo STF no julgamento da ADPF 54:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. (...) o feto anencéfalo, mesmo biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica. (Supremo Tribunal Federal - STF. ADPF 54/DF.Voto Relator min. Marco Aurelio, p.30)

Diversos direitos já previstos em dispositivos esparsos como no Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, Constituição Federal, Código Penal e Código de Processo Civil, foram compiladas no Estatuto do Nascituro de forma a garantir uma proteção integral ao mesmo. Mas, no entanto, o Estatuto é omissivo quanto a tratamentos que possam beneficiar o nascituro impedindo que desenvolva doença genética severa que possa leva-lo a óbito.

Muitos desses direitos extraídos de outras legislações como o Estatuto da Criança e do Adolescente e transmutado para o nascituro, não observaram que o ambiente onde se encontra o nascituro (útero) não lhe permite gozar de alguns direitos que os nascidos criança e adolescente podem gozar livremente. Para conferir mais direitos aos nascituros deve-se legislar à medida que a medicina avança, permitindo que os tratamentos médicos que possam contribuir para o nascimento com vida seja praticado no momento certo.

O projeto de lei do estatuto do nascituro precisa passar por muitas modificações para ser aprovado, pois no formato em que foi escrito inviabiliza os direitos maternos, sacrifica direitos adquiridos, tanto direitos maternos, paternos e embrionário. É certo que a intenção do legislador era maximizar os direitos do nascituro, mas o fez de forma inviável ferindo decisões do STF e indo na contramão do Código Civil e da teoria que determina o início da vida.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho monográfico realizado apresentou como objetivo o estudo legislativo de regulamentação de processos eugênicos no Brasil, e para tanto, foi feito a demarcação do início da vida segundo o ordenamento jurídico, estudando às cinco principais teorias em relação ao início da vida até chegar a teoria natalista adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A relevância desse estudo é desvendar qual o principal motivo do aumento revelado a cada ano no número de pessoas que nasceram com deficiências genéticas severas, sendo que existe tratamento genético amplamente estudado capaz de curar ou minorar os efeitos dessas doenças.

Dessa forma, foi adotado o método dedutivo onde a partir de fatos particulares observados e comprovados, foi possível chegar a uma conclusão. Neste contexto, foi conceituado a vida (instituto) de maior proteção no ordenamento jurídico brasileiro, pois, a vida precede os outros direitos.

No decorrer do presente trabalho foi demonstrado o conceito de Eugenia e como essa ciência passou por inúmeras mudanças desde o século XIX quando foi amplamente divulgada, e praticada nos ditames do direito positivo, onde o que era positivado era legal, moral e deveria ser aceito. Dessa forma, a ciência que tinha como termo inicial promover o bem a humanidade, passou a realizar seleção social, editar lei de castração compulsória, escolha de casamentos como forma de selecionar características vistas como ótimas, enfim, diante de tantas atrocidades a eugenia deixou de ser vista como ciência e não foi mais praticada.

A eugenia reapareceu no século XXI, mas, não com o mesmo nome, foi denominada eugenética e engenharia genética, e aos poucos se tornou a esperança de muitas pessoas, pois, a partir do estudo do genoma humano foi possível identificar inúmeros defeitos genéticos e corrigi-los ainda na fase intrauterina, permitindo vida digna e saudável, podendo agora ser utilizada como medicina corretiva.

Dentro da engenharia genética técnicas de reprodução foram desenvolvidas tendo maior destaque a Reprodução Humana Assistida — RHA, que é o método pelo qual casais portadores de alguma patologia ou casais homossexuais possam ter descendentes, através da fusão (óvulo e espermatozoide) em laboratório. Apesar de a RHA ser uma técnica desenvolvida a muitos anos, no Brasil não existe uma regulamentação legal para o procedimento, a orientação que segue é a Resolução do Conselho Federal de Medicina que orienta como deve ser o procedimento.

Essa falta de regulamentação legislativa para um procedimento amplamente realizado é um grande problema discutido no presente trabalho, pois, gera conflitos de filiação entres os

doadores do material genético, o pai ou a mãe adotiva e o registral. Para minorar esses conflitos e diminuir a judicialização o STF aceita atualmente a pluriparentalidade registral, o que não resolve a questão, podendo ser criadas outras lides futuramente em torno do assunto, no tocante à herança.

A partir de todo estudo realizado no presente trabalho é possível analisar com clareza o Projeto de Lei 478/2007 denominado Estatuto do Nascituro, onde o legislador propõe a ampliação dos direitos do nascituro, para isso ele faz uma compilação dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente juntamente com o Código Civil e o Penal, sem, no entanto, observar que o ambiente onde se encontra o nascituro não lhe permite gozar de muito direitos. O que esse projeto deveria prever é o direito da criança nascer saudável, para que assim pudesse gozar de todos os direitos.

Por fim, extrai-se da pesquisa realizada é que o Supremo Tribunal Federal tem aceitado a ciência eugênica e seus procedimentos na medida em que esses promovem a saúde tanto para a gestante quanto para o concepto, no entanto, deixando ainda a desejar no (quesito) regulamentação legal e enquanto o poder legislativo não convergir com a ciência médica, regulamentando questões de extrema relevância social, os brasileiros pleitearam seus direitos judicialmente, abarrotando a máquina pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, MF. **Dignidade humana em tempos biotecnológicos: uma introdução**. In: CNBB. A dignidade da vida humana e as biotecnologias. Brasília: Edições CNBB; 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição**. In: SARMENTO, Daniel; 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: Revista Jurídica: UNIJUS. Minas Gerais: UNIUBE, 2008. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 28/04/2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Diário Oficial da União nº 191-A, de 5-10-1988.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto São José da Costa Rica: Brasília, DF. Diário Oficial da União - Seção 1 - 9/11/1992, Página 15562. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso em 06/11/2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União de 31-12-1940. Vade Mecum OAB e concursos / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 7. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Diário Oficial da União de 5.1.1916.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)> Acesso em 04/05/2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm)> Acesso em 08/05/2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm)> Acesso em 04/05/2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm)>. Acesso em 26/09/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11-1-2002. Vade Mecum OAB e concursos / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 7. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos, II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CNTBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Vade Mecum

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm)> Acesso em 05/05/2018.

OAB e concursos / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 7. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Portaria 277, de 22 de fevereiro de 2005. Aprova o Regimento Interno da Comissão sobre Acesso e Uso do Genoma Humano, Brasília DF. Disponível em <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt0277\\_22\\_02\\_2005.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt0277_22_02_2005.html)> Acesso em: 21/04/2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Procurador Geral da República e Presidente da República. Relator: Ministro Ayres Brito. 29 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em 05/11/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em 21/11/2017.

CAMARGO, Marculino. **Manual sintético de bioética: o agir da vida/** Curitiba: Juruá, 2013.

COSTA, R. M.; JÚNIOR, C. G. apud VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **Teorias Jurídicas acerca do início da vida humana.** São Paulo: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca: ISSN 1983-4225 – 300 v.10, n.2, dez. 2015.

COSTA, Raphael Mendonça; JÚNIOR, Cildo Giolo apud FLORES, Paulo Thompson Flores. **Teorias Jurídicas acerca do início da vida humana.** São Paulo: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca: ISSN 1983-4225 – 300 v.10, n.2, dez. 2015.

COUTO RCC de M. **Eugenia, loucura e condição feminina.** Cad Pesqui. São Paulo 1994 agosto; n.90 p.53

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** - 9 ed. rev., aum. e atual. de acordo com o Código de Ética Médica – São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil comentado.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4

DURAND, Guy, apud Verspieren, Patrick. **Introdução geral à Bioética: história, conceitos e instrumentos;** tradução de Nicolás Nyimi Campanário – 5. ed. – São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2014.

DURAND, Guy. **A bioética: natureza, princípios e objetivos.** São Paulo: Paulus, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KAELBER, Lutz. **Eugenics: Compulsory Sterilization in 50 American States.** University of Vermont. 2009. Disponível em < <https://www.uvm.edu/~lkaelber/eugenics/CA/CA.html>> Acesso em: 15/03/2018

FRIAS, Lincoln. **Ética e genética: a moral da medicina genética corretiva.** Veritas, v. 58, n. 1, jan./abr. 2013, p. 99-117. Disponível em <[revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/download/7762/9028](http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/download/7762/9028)> Acesso em 08/05/2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil (abrangendo o código de 1916 e o novo Código civil).** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 589.

LFG - Rede de ensino Luiz Flávio Gomes. **Para STJ, não é possível anular o reconhecimento de paternidade realizado de forma espontânea e sem vícios de consentimento.** 2008. Disponível em < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/150917/para-stj-nao-e-possivel-anular-o-reconhecimento-de-paternidade-realizado-de-forma-espontanea-e-sem-vicios-de-consentimento>> Acesso em: 08/05/2018

MALUF, Adriana Caldas de Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito.** Editora Atlas.São Paulo. 2013.

MARÇAL, Vinicius de Medeiros. **Sujeito de Direito: Direitos de personalidade e sua disponibilidade relativa.** Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2343/1874> Acesso em 21/11/2017.

MEIRELLES, Jussara Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELARÉ, Márcia Regina Machado. **Início da vida: OAB-SP critica ação contra pesquisa com embriões.** Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 31 de maio de 2005

MOURA, Alessandro. **As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional..** Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/538/380>>. Acesso em: 20 de out de 2017.

PEDROSA, Paulo Sérgio R. **Eugenia: o pesadelo genético do Século XX. Parte I: o início.** MONTFORT Associação Cultural. Disponível em <http://www.montfort.org.br/bra/veritas/ciencia/eugenia1/>> Acesso em, 08/05/2018

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida.** In: MIGLIORE, Alfredo D.B.; SCALQUETTE, Ana Cláudia; Lima, Cíntia R.P; BERGSTEIN, Gilberto (Coord.) São Paulo: LTR, 2010. p.13.

PIO XI. Carta encíclica casti connubii del Papa Pío XI **sobre el matrimonio cristiano.** Roma, 31 de diciembre del año 1930. Disponível em < <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/index.html#encyclicals>> Acesso em: 08/05/2018.

SILVA, Danúbia Cantieri apud Semião. **A Tutela constitucional da vida embrionária: a ADI 3510 à luz do ativismo judicial.** Disponível em < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15430](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15430)> Acesso em 22/11/2017.

Singer P. **Ethics.** Oxford: Oxford University Press, 1994.

SUZUKI & KNUDTSON. **Genética – conflitos entre la ingeniería genética y los valores humanos.** Madrid, Tecnos, 1991.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SCHRAMM, Fermin Roland. **Eugenia, Eugenética e o Espectro do Eugenismo: Considerações Atuais sobre Biotecnociência e Bioética.** Disponível em <[www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/.../484](http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/.../484). v.5 n. 2> ISSN: 1983-8034. Acesso em: 17/04/2018.

YANH, Natalia. **Medicamento Spinraza será adquirido para atender ações judiciais no país. O anúncio feito na semana passada pelo Ministério da Saúde.** Correio do estado, Mato Grosso do Sul, 25 dez. 2017. Caderno Saúde Alto Custo. Disponível em < <https://www.correiodoestado.com.br/cidades/medicamento-spinraza-sera-adquirido-para-atender-acoes-judiciais/318188/>> Acesso em: 08/05/2018