



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIELA STRAUCH COSTA PINHEIRO

**DISCIPLINA JURÍDICA DAS PRÁTICAS SELETIVAS NO
EMBRIÃO E NO FETO POR MOTIVAÇÕES DE NATUREZA
PATOLÓGICA**

Salvador
2015

GABRIELA STRAUCH COSTA PINHEIRO

**DISCIPLINA JURÍDICA DAS PRÁTICAS SELETIVAS NO
EMBRIÃO E NO FETO POR MOTIVAÇÕES DE NATUREZA
PATOLÓGICA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.(a) Ana Thereza Meirelles Araújo

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIELA STRAUCH COSTA PINHEIRO

DISCIPLINA JURÍDICA DAS PRÁTICAS SELETIVAS NO EMBRIÃO E NO FETO POR MOTIVAÇÕES DE NATUREZA PATOLÓGICA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

Aos meus pais, pela dedicação e amor que sempre tiveram comigo, e ao meu namorado Eric, por toda atenção e carinho. Agradeço a Deus todos os dias pela presença de vocês em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por me proporcionar uma vida rodeada de pessoas maravilhosas, de paz e de amor.

Aos meus pais, os quais devo a minha eterna gratidão por me proporcionarem tudo que sempre tive, principalmente os valores e os ensinamentos da vida, a estrutura emocional, o carinho, o cuidado e o amor incondicional. Agradeço imensamente a dedicação de vocês na minha criação. Sem sombra de dúvidas, tenho os melhores pais que alguém poderia ter!

Aos meus irmãos, Joshua, Camila e Luana, que só trazem alegria na minha vida, e pela certeza de que vocês foram os melhores presentes que eu poderia receber de meus pais.

Agradeço a minha tia Patrícia, que, sempre com suas palavras sábias, me mostrou o que é essencial e o que importa é ser feliz, e que, mesmo de longe, me incentiva na busca da realização de meus sonhos e que sempre acreditou no meu potencial.

À minha dinda Carla, por todo carinho, tempo e contribuição que teve na minha formação.

Aos meus avós, por me proporcionarem pais e familiares maravilhosos, pela devida educação que todos nós recebemos e por todo amor que nos une.

Ao meu amor, Eric, pelo apoio, atenção e paciência que teve comigo durante toda a minha trajetória. O carinho e a cumplicidade que compartilhamos e cuidamos a cada dia só nos mostra a beleza e a certeza de que fomos feitos um para o outro.

À tia Dani e a tio Fernando, por toda contribuição e incentivo.

Agradeço também aos meus amigos, principalmente Andrea e Ticiania, que tornaram meu dia a dia bem mais agradável e feliz com a companhia de vocês.

À Katharine, por todo suporte emocional e aprendizados da vida.

À minha orientadora, Ana Thereza, que sempre foi muito atenciosa e comprometida comigo, sou grata por todos os ensinamentos.

Aos professores que tive na academia, os quais tenho a imensa admiração e a eterna gratidão por todo o conhecimento que me fora passado.

“Quem me dera, ao menos uma vez,
Que o mais simples fosse visto como o mais importante
Mas nos deram espelhos
E vimos um mundo doente”.

Legião Urbana, Índios, de Renato Russo

RESUMO

O presente trabalho monográfico visa analisar o respaldo jurídico acerca da possibilidade do descarte embrionário e da interrupção gestacional por motivações de natureza patológica, quando for possível o prévio diagnóstico da doença, levando em conta aspectos éticos e jurídicos. Deste modo, analisa-se a disciplina normativa que o Ordenamento Jurídico Pátrio conferiu ao embrião *in vitro* e ao nascituro, que é diferenciada. Em relação ao embrião *in vitro*, verificou-se legislação que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre o descarte desses organismos, e, em relação às anomalias genéticas ou síndromes que comprometem o feto, somente houve o julgamento do Supremo Tribunal Federal pela permissão da interrupção gestacional de fetos anencéfalos, o que proporciona a utilização por analogia à possibilidade de haver o aborto de outros fetos diagnosticados com patologias graves diversas e semelhantes. Assim, propõe-se questionamentos acerca das condutas de cunho seletivo, analisando princípios como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a autonomia privada. O contexto examinado acerca das práticas seletivas se faz pautado nas enfermidades de natureza grave, discorrendo-se ainda sobre a segurança do diagnóstico médico e a responsabilização que deve permear estes comportamentos seletivos. Analisa-se a realidade social diante do avanço da biotecnologia e os limites à autonomia privada, tendo em vista a preocupação com as futuras gerações, com a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético consolidada constitucionalmente. Assim, esta monografia avalia em que medida as práticas seletivas no embrião e no feto, por motivações ligadas a doenças variadas de natureza grave, podem encontrar legitimidade e legalidade no Sistema Jurídico Brasileiro, propondo-se um avanço social e jurídico acerca da matéria, uma vez que diz respeito a um cenário proporcionado pela evolução científica e que não possui regulação apta a dirimir diversas questões concernentes à matéria.

Palavras-chave: prática seletiva; embrião; feto; patologia.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the legal support for embryo disposal and for interruption of pregnancy due to pathological reasons, when the diagnosis of the pathology is possible, while taking into consideration both the ethical and legal issues. It analyzes the normal process that the legal system goes through to evaluate the embryo in vitro as well as the unborn child, which are two separate issues. Regarding the in vitro embryo, consideration was given to the legislation that determines the safety standards and mechanisms for monitoring the disposal of pathologic embryos. In relation to genetic anomalies or syndromes that may compromise the fetus, the Supreme Court has thus far only ruled to allow for interruption of the pregnancy in cases of anencephaly. This opens the door for the possibility of abortion of fetuses diagnosed with other severe pathologies. This leads to questions regarding the selection of methods to analyze principles such as human dignity, equality, freedom and privacy. The examination of the criteria for selective practices takes into consideration the serious nature of illnesses or anomalies, the certainty of the medical diagnosis, and the accountability that should permeate these selection criteria. It analyzes the advancement of biotechnology and the issues of privacy, with the concern for future generations, while preserving the integrity and diversity of the genetic heritage, which are preserved in the Brazilian Constitution. This monograph evaluates to what extent the practice of selection of the embryo and fetus, for reasons linked to pathologic conditions of a serious nature, can find legitimacy and legality in the Brazilian legal system. It proposes social and legal advances on the subject, considering that the scientific developments have developed faster than our legal system has been able to adapt with appropriate regulations capable of settling a number of issues concerning the matter.

Keywords: selective practice; embryo; fetus; pathology.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CP	Código Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	<i>Habeas Corpus</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
PMA	Procriação medicamente assistida
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O INÍCIO DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO	14
2.1 BIOÉTICA E DIREITO	14
2.2 AVANÇO DA CIÊNCIA E AS TEORIAS DO INÍCIO DA VIDA	17
2.3 A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA NO DIREITO	20
2.3.1 A situação do embrião extracorpóreo	21
2.3.2 Os direitos do nascituro	24
2.4 DISCIPLINA JURÍDICA DAS PRÁTICAS SELETIVAS	26
2.4.1 Embriões <i>in vitro</i>	30
2.4.2 Fetos	32
3 EUGENIA E A AUTONOMIA PRIVADA	39
3.1 EUGENIA	39
3.1.1 Eugenia positiva	41
3.1.2 Eugenia negativa	41
3.2 NEOEUGENIA	43
3.3 SAÚDE E ENFERMIDADE	45
3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS PRÁTICAS SELETIVAS NO EMBRIÃO E NO FETO	49
3.4.1 Dignidade da pessoa humana	51
3.4.2 Igualdade	55
3.4.3 Liberdade da pessoa humana	57
3.4.4 Autonomia privada e os seus limites	60
4 DISCIPLINA JURÍDICA DAS PRÁTICAS SELETIVAS NO EMBRIÃO <i>IN VITRO</i> E NO FETO POR MOTIVAÇÕES DE NATUREZA PATOLÓGICA	64
4.1 EVOLUÇÃO CIENTÍFICA E OS LIMITES DA CIÊNCIA	64
4.2 REALIDADE SOCIAL DAS PRÁTICAS SELETIVAS	67
4.3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À DIVERSIDADE E A INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO	70
4.4 SUPORTE MÉDICO	72
4.4.1 Descarte dos embriões <i>in vitro</i> portadores de alguma patologia	74
4.4.2 Aborto de fetos portadores de alguma anomalia	77

4.5 A IMPORTÂNCIA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 E A POSSIBILIDADE DE SUA EXTENSÃO AOS FETOS PORTADORES DE OUTRAS ENFERMIDADES	79
4.6 ALVARÁS JUDICIAIS	83
4.7 LIMITES EMANADOS DO SISTEMA JURÍDICO	85
5 CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	95

1 INTRODUÇÃO

Os avanços científicos e as novas biotecnologias redimensionam os temas referentes à vida humana, fazendo com que limites éticos e morais surjam para tratar sobre as interferências nos seres humanos em razão do desenvolvimento tecnológico.

Por conta do avanço da biotecnologia, há a possibilidade de práticas seletivas no embrião *in vitro* e no feto humanos por motivações de natureza patológica, e esta realidade contemporânea envolve bens jurídicos merecedores de proteção, pela simples constatação de abarcar questões sobre a vida e a preservação do patrimônio genético da humanidade.

Nesse sentido, diversos questionamentos de natureza moral, ética e jurídica são trazidos em prol de uma construção adequada para se chegar a uma solução a respeito da ausência de disciplina jurídica sobre alguns pontos do tema.

Como premissa do problema de pesquisa, analisa-se algumas peculiaridades em relação ao embrião *in vitro* e ao feto, e uma abordagem de tamanha importância em relação à titularização do direito à vida. No entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, o embrião extracorpóreo não titulariza o direito à vida, mas ele também não deve ser tratado como uma “coisa”. O feto, por sua vez, titulariza direito à vida, e isso é nitidamente constatado no Código Penal. Assim, tem-se que estes entes recebem tratamento jurídico diferente.

Neste ínterim, cumpre apontar também que, como exemplo da existência de particularidades do embrião *in vitro* e do feto, tem-se legislação no Brasil que sinaliza que a regra é a impossibilidade da prática do aborto, havendo exceções que irão ser devidamente mencionadas. Por outro lado, é possível que os embriões extracorpóreos sejam descartados ou doados para pesquisa, ou seja, os embriões naturalmente são submetidos a algumas práticas seletivas, o que, inclusive, origina o problema da necessidade de saber exatamente quais são as práticas seletivas que poderiam ser autorizadas. Neste ponto, faz-se relevante pontuar que somente os embriões inviáveis, ou aqueles que estejam congelados há 3 (três) anos ou mais, que irão poder ser utilizados para esta finalidade, e, por esta razão, é imprescindível saber o que significa precisamente “inviabilidade embrionária” mencionada pela Lei

11.105/05, uma vez que esta será uma condição necessária, além da autorização dos genitores, para que haja a possibilidade dos embriões serem aproveitados para pesquisa e terapia.

No presente trabalho, serão devidamente citadas e examinadas as normas jurídicas a respeito desses dois entes, quais sejam, o embrião *in vitro* e o feto (nascituro), tendo como enfoque o comportamento seletivo que pode ou não ser praticado em ambos.

Portanto, imprescindível será a análise do que significa propriamente a prática eugênica, bem como sobre os seus tipos (eugenia positiva e eugenia negativa), passando por uma apreciação do contexto histórico em que há a materialização deste método seletivo, mostrando que há influências sociais, econômicas, culturais e políticas que envolvem os fatores e critérios a serem escolhidos para a exercício da conduta, chegando-se à neoeugenia ou eugenia contemporânea.

Além disto, revelou-se necessário a averiguação de alguns princípios constitucionais que se mostram indispensáveis nos debates suscitados pela sociedade e pelos doutrinadores que possuem diferentes posicionamentos, e que são relevantes para se ponderar e se chegar a uma devida e adequada solução sobre a possibilidade jurídica de uma prática seletiva por motivação de alguma patologia. Os princípios constitucionais mais relevantes foram: o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e o da autonomia privada.

Assim, uma vez que o tema proposto tem como recorte o comportamento eugênico no embrião *in vitro* e no feto em razão da existência de alguma doença, a pertinência que os diagnósticos médicos possuem deve ser examinada como premissa essencial para se ter um laudo seguro que relate a presença de uma determinada patologia, pois, conforme pontuar-se-á, este será justamente um dos fundamentos mais fortes encontrados nas decisões judiciais que já autorizaram a possibilidade de uma conduta seletiva.

Ademais, se abordará sobre a importância de se diagnosticar os graus das possíveis enfermidades, se estas são de natureza grave ou não, uma vez que esta gradação será determinante para possibilitar a prática seletiva motivada pela patologia.

Desse modo, se avaliará os limites que a ciência deve ter diante da integridade e da diversidade do patrimônio genético da humanidade, do equilíbrio do meio ambiente, em razão da evolução científica contemporânea, bem como a importância da

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54, que permitiu o aborto do feto anencéfalo em razão do comprometimento da vida humana, e a possível extensão desta a fetos que sejam portadores de outras enfermidades, ou seja, a outras doenças genéticas que também comprometam a vida e que não tenham sido tratadas pelo Supremo Tribunal Federal, investigando assim os fundamentos pertinentes que podem se adequar a situação diversa.

Neste contexto, para se chegar à devida tutela a respeito das práticas seletivas no embrião *in vitro* e no feto por questões de natureza patológica, procurou-se transcorrer sobre toda a disciplina jurídica hodierna acerca da matéria, analisando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 e alguns alvarás judiciais, visando-se um posicionamento jurídico suficiente e eficaz ante as necessidades sociais modernas advindas do avanço científico e tecnológico.

Assim, a proposta trazida no presente trabalho é analisar quais são as práticas seletivas, por motivações de natureza patológica, sobre o embrião humano *in vitro* e sobre o feto humano, que podem ter, de fato, uma recepção dentro do direito brasileiro, bem como propor uma possível solução para a carência de tratamento legal sobre as questões apontadas.

2 O INÍCIO DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO

A evolução do conhecimento humano no ramo das ciências da vida, que é caracterizada por um progresso cada vez mais veloz, proporciona não só avanços extremamente benéficos, mas também o oposto, ou seja, pode trazer riscos bastante prejudiciais à sociedade.

Neste cenário, nascem implicações e questionamentos de ordem moral, ética e jurídica a partir das inovações biotecnológicas que são conquistadas pelo ser humano, demandando assim um posicionamento da comunidade jurídica a respeito das indagações surgidas, que necessitam de uma regulação devida e eficiente. Assim, conforme afirma Ana Thereza Meirelles Araújo, há o surgimento de novas questões éticas diante da possibilidade que existe em se poder controlar o processo natural de constituição da vida humana, bem como o surgimento desta, sendo, portanto, necessário o exame das consequências presumíveis e imagináveis antes de praticar alguma conduta, e isso deve ser feito com uma certa cautela, através da razoabilidade e do bom senso (2014, p.75).

O aprofundamento nos estudos das práticas seletivas no embrião humano *in vitro* e no feto, por motivações de natureza patológica, requer necessariamente a análise de questões primárias, ou seja, pontos basilares tidos como essenciais em relação à matéria, em prol da adequada construção finalística da pesquisa, como determinados conceitos, bem como avaliar o marco inicial da vida, posicionamentos doutrinários, legislações e avaliar as suas respectivas relações e influências sobre o tema em discussão.

2.1 BIOÉTICA E DIREITO

Diante dos variados experimentos científicos e tecnológicos que já foram e que veem sendo realizados, saindo da esfera da ficção científica e influenciando direta e indiretamente na realidade social, o estudo acerca da Bioética e do Biodireito se faz imprescindível na análise dos riscos e benefícios que a humanidade pode-se sujeitar (MALUF, 2013, p.3).

Ao tratar das teorias e paradigmas teóricos na Bioética, é importante conceituar moral e ética, e, por oportuno, vale mencionar que, por mais que alguns autores compreendam que ambos os termos não se distinguem, outros entendem o contrário, os diferenciando por uma linha bastante tênue.

Isto posto, Ana Thereza Meirelles Araújo diferencia moral e ética adotando os seguintes conceitos:

A ética mantém íntima vinculação à filosofia, constituindo-se como um estudo racional da conduta humana, pois, sua perspectiva é crítica e avaliadora. A moral está relacionada às manifestações naturais da vida humana aceita pelas pessoas e grupos de uma referida comunidade, que podem, inclusive, estar associada à religião (2014, p.26).

Portanto, numa perspectiva global, observa-se que a aplicação da ética se dá de maneira diferenciada nos variados países da sociedade internacional, pois leva em consideração as diversas culturas, religiões e ideologias das mesmas, ressaltando-se ainda o momento histórico ao qual estes fatores se situam, que pode diferenciá-los (MALUF, 2013, p.7).

Da mesma forma, Raul Marino Jr. conceitua ética e a moral como:

Ética é a parte da filosofia que estuda como devemos agir uns com os outros, outras espécies e sistemas naturais. É a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. A moral, por sua vez, é um sistema de normas, princípios e valores, fatos sociais que se verificam apenas nas sociedades: é o objeto da ética. Trata-se da arte de viver bem como homem e o modo de usar bem a sua liberdade (2010, p.1).

Já os autores Jorge José Ferrer e Juan Carlos Álvarez (2005, p.29-30) optaram por distinguir moral de ética apontando que “o saber moral é o conhecimento fundamentado da moralidade, que nós chamamos de ética”, e, sendo assim, adotaram a expressão “moral vivida” para se referir à moral propriamente dita, e “moral refletida” para se referir à ética.

Assim, partindo das premissas ora explanadas, e, visualizando a realidade científica da modernidade, observa-se que as ciências da vida, a biotecnologia e a ética estão entrelaçadas, e, deste modo, originam a Bioética (DINIZ, 2011, p.29).

A Bioética é um neologismo formado a partir de duas palavras gregas: *bios* e *ethos*, que significam “vida” e “relativo à ética”, respectivamente (MALUF, p.7, 2013). Este ramo do saber, por sua vez, pode ser conceituado como “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais” (LEPARGNEUR *apud* FERREIRA, 1998/1999, p.46). Ou seja, é a “ética das

aplicações dos conhecimentos da Biologia aos assuntos humanos” (MARINO JR., p.1, 2010).

Portanto, é nítido que o ramo jurídico não poderia permanecer inerte diante das revoluções criadas pelas ciências biomédicas e das situações fáticas delas advindas, posto que podem sujeitar a espécie humana a riscos de grande potencialidade, e, neste caso, o Direito aparece para exercer a sua função, regulando e impondo limites (DINIZ, 2011, p.30-31).

Assim, o avanço científico traz problemas e polêmicas de difíceis soluções, e, já que cada vez mais a sociedade se torna mais complexa, as necessidades individuais e coletivas também seguem o mesmo caminho, demandando assim dos juristas a elaboração de normas e soluções satisfatórias e eficientes aos novos anseios surgidos, criando desta forma uma nova disciplina, qual seja, o Biodireito (DINIZ, 2011, p.31).

Assim, Maria Helena Diniz diz que o Biodireito:

[...] teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade (2011, p.31-32).

Portanto, diante do cenário da evolução biotecnológica em que a sociedade se encontra, não pode-se perder de vista que os avanços devem se dar em prol do benefício humano, e não em detrimento da humanidade. E, vale dizer que alguns progressos parecem ser positivos, se analisados em um certo momento, mas, quando estudados e verificados a fundo, podem ter repercussões negativas no futuro dos seres. Assim, deve-se ter os devidos cuidados e precauções para que as descobertas e evoluções científicas não comprometam a ciência da vida.

Nesse sentido, é comum o Direito interferir cada vez mais na sociedade contemporânea, pois muitos problemas são decorridos das manipulações biológicas e, como é papel do Direito tutelar e proteger devida e eficientemente os bens considerados jurídicos, devido o seu grau de relevância social, este deve atuar ativamente nas questões surgidas a partir dos conflitos que envolvem a saúde e a vida (MEIRELLES, 2014, p.35).

Desta maneira, diversos sentidos são atribuídos e comportados pelo termo “direito”, como, por exemplo:

[...] faculdade de realizar ou não realizar um dado comportamento na zona social do permitido (direito subjetivo); realização de uma ideia universal e absoluta de justiça (direito natural); conjunto de normas éticas que organizam as relações fundamentais do Estado e da sociedade civil (direito positivo); e forma de conhecimento do fenômeno jurídico (ciência do direito) (FREIRE, 2009, p.21).

Seguramente, os seres humanos se distinguem dos demais seres vivos porque ultrapassam o plano das vivências exclusivamente instintivas, ou seja, se diferenciam por conta de não serem regidos por um determinismo biológico duro e inflexível. Dessa forma, um sistema de controle social se faz necessário para poder regular as condutas humanas, em prol de harmonizar a interação das pessoas e a convivência das liberdades individuais (FREIRE, 2009, p.22).

Assim, como resume Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, “o biodireito trata de temas essencialmente ligados à vida e às relações sociais” (2013, p.3).

Isto posto, observa-se a extrema multidisciplinariedade das questões em discussão, uma vez que abrangem esferas de estudo distintas e dizem respeito a toda a humanidade, interessando a sociedade como um todo.

Desta maneira, as diversas questões já pontuadas nada mais são do que pilares acerca do tema proposto, que irão fortalecer e solidificar os conhecimentos e possibilitar a devida construção do presente trabalho.

2.2 AVANÇO DA CIÊNCIA E AS TEORIAS DO INÍCIO DA VIDA

Numa velocidade muito grande, novas conquistas nas ciências biomédicas são descobertas e realizadas a cada dia, e a alta tecnologia aplicada à saúde implica em uma repercussão muito grande em relação às ciências da vida, que podem ser tanto positivas quanto negativas, devendo-se assim ter um cuidado muito grande no seu estudo, na sua construção e na sua atuação.

Neste contexto, nota-se que a compreensão deste progresso científico característico da realidade atual tem uma complexidade tanto biológica, quanto física, social e política, e, por esta razão, nas questões que envolvem os seres vivos se faz imprescindível a análise acerca dos limites da interferência humana (MALUF, 2013, p.8).

Assim, embora a Constituição Federal de 1988 (CF/88) promova em seus artigos 170 e 218 o incentivo econômico ao desenvolvimento científico, e, o seu artigo 5º inciso IX disponha que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, trazendo assim a liberdade da atividade científica como um direito fundamental, isso não se traduz em algo concreto e absoluto, sem qualquer limitação, pois, ao mesmo tempo, reconhece-se constitucionalmente outros valores e bens jurídicos, que podem ser potencialmente afetadas pelo “mau uso da liberdade de pesquisa científica” (DINIZ, 2011, p.30-31). Portanto, há expressamente o direito à liberdade científica, mas, simultaneamente, há a imposição de limites a este, porque se houver algum conflito entre o mesmo e um outro direito fundamental à pessoa humana, a solução se dará a partir do respeito à dignidade da pessoa humana, que tem previsão no artigo 1º inciso III da CF/88 (DINIZ, 2011, p.31).

No processo de abordagem das práticas seletivas no embrião humano *in vitro* e no feto, possibilitadas pela biotecnologia, é de suma importância se discutir qual é o momento que se entende como início da vida, uma vez que, a depender do entendimento adotado ou da teoria seguida, irá se ter uma influência na determinação da aceitação ou não da possibilidade de haver tal comportamento seletivo.

A respeito da origem da vida, tem-se a existência de diversas teorias. Rogério Miranda de Almeida e Vanessa Roberta Massambani Ruthes esclarecem que há um choque de opinião da ciência, das culturas e das religiões a respeito do início da vida, ressaltando que trata-se de uma questão de valor e de perspectiva (2010, p.113-118).

Assim, a partir do avanço científico e social, em que se possibilitou a manipulação da “origem” da vida em si mesma, os autores acima mencionados citam as seguintes teorias surgidas: a genética, a embriológica, a neurológica e a ecológica. A teoria genética é aquela que considera o início da vida com a fecundação¹; a teoria embriológica defende que é na terceira semana após a concepção que se considera o marco inicial da vida; a neurológica afirma que é quando há a constituição do sistema nervoso, uma vez que a vida se dá pelo seu funcionamento; e, por fim, a ecológica, que entende que o início da vida é no momento que o feto não se

¹ “Concepção ou fecundação é a junção do óvulo com o espermatozóide, culminando no embrião ou zigoto” (MEIRELLES, 2013, p.2).

encontra mais no útero. Nesse sentido, pode-se concluir que a visão e a interpretação são diferenciadas, embora todas as teorias mencionadas se baseiem em dados bem objetivos (ALMEIDA, RUTHES, 2010, p.113-118).

As principais teorias que tratam do marco inicial da vida, consideradas por Ana Thereza Meirelles Araújo, são três, quais sejam: a teoria concepcionista, as teorias médicas ou desenvolvimentistas e a teoria da potencialidade. A primeira teoria mencionada consiste no entendimento de que a origem da vida se dá no momento da concepção, ou seja, no instante em que o óvulo e o espermatozoide se unem; as teorias médicas, por sua vez, entendem como origem da vida a existência de individualidade humana, quer dizer, quando há indicadores biológicos que evidenciam diferenças entre as células do embrião; e, por fim, a teoria da potencialidade, que é aquela que afirma que deve-se haver a existência de diversos fatores que garantam o desenvolvimento do embrião para que haja vida, ou seja, o embrião, por si só, não significa que há vida (2014, p.119-127).

À luz da embriologia, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, por sua vez, afirma que o início da vida se dá com a fecundação, mesmo que esta seja extracorpórea. Contudo, a autora entende que, em verdade, este início aconteceria a partir da “implantação do zigoto no útero materno, através da nidação, que a viabilizaria” (MALUF, 2013, p.160).

Neste viés, impende mencionar as considerações do autor Genival Veloso de França, que sabiamente certifica:

Se a vida humana se inicia na fecundação, na nidação, na formação do córtex cerebral ou, até, no parto, isso é mais uma questão de interesses do que de princípios. Depois cabe aos que admitem seu início nos últimos estágios, (como, por exemplo, na nidação) explicarem que tipo de vida é essa que existe nas fases anteriores (2015, p.2).

Sob a ótica religiosa, tem-se que: o catolicismo considera que o início da vida começa na concepção; o judaísmo considera que se inicia no 40º dia, e que antes disso não se pode entender como tipo criminoso a interrupção gestacional; os muçulmanos condenam a prática abortiva, mas outros aceitam quando há risco para a gestante, bem como para pesquisa com células-tronco embrionárias; não há consenso dos budistas sobre o aborto e sobre as pesquisas em relação a embriões humanos *in vitro*; para o hinduísmo a vida se inicia com a fecundação; e para o espiritismo a vida se inicia concepção e se aperfeiçoa com o nascimento (BARCHIFONTAINE e KARDEC *apud* MALUF, 2013, p.148-149).

Isto posto, cumpre informar que as teorias aqui examinadas não podem ser confundidas com as teorias que tratam do marco inicial que se determina a existência da personalidade humana, pois, o início da vida não quer dizer a aquisição de personalidade jurídica, são coisas totalmente distintas (MEIRELLES, 2014, p.119).

2.3 A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA NO DIREITO

Antes de tratar dos sujeitos de direito específica e separadamente, oportuno abordar primeiramente sobre o ambiente o qual propiciou as discussões e criações acerca dos diferentes momentos da vida humana, que adveio da esfera jurídica ao examinar a vida e a busca por sua tutela efetiva.

Maria Helena Diniz, ao tratar sobre o princípio do primado do direito à vida, afirma que este deve prevalecer sobre qualquer outro direito, pois, “a vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido”, e, ao referir-se à sua tamanha importância, é válido acrescentar ainda que ela deve ser “protegida contra quem quer que seja, até mesmo contra seu próprio titular, por ser irrenunciável e inviolável” (2011, p.49).

Sendo assim, no caminho do entendimento exposto, é notável a necessidade que o ramo do direito tem em tutelar a vida humana frente ao seu possível alcance de proteger o direito à vida através de normas jurídicas, suprindo assim a necessidade humana de ter uma regulação sobre o seu bem mais precioso e possibilitando uma civilização harmoniosa.

Nessa análise, identifica-se que a CF/88 assegura em seu artigo 5º a inviolabilidade do direito à vida, considerando-o como essencial ao ser humano, havendo assim uma tutela jurídica desde o momento da concepção, o qual comprova a existência de uma pessoa, embasando assim os direitos da personalidade (MALUF, 2013, p.149).

A partir da análise das categorias dos sujeitos de direito, que são “aqueles a quem a lei – em sentido amplo – atribui direitos e obrigações, aqueles cujo comportamento se pretende regular” (KELSEN *apud* CANTISANO, 2010, p.132), observa-se que as

disposições legais do Sistema Jurídico Brasileiro atribuem ao embrião humano, ao nascituro e à pessoa natural tratamentos diferentes.

Por conseguinte, cumpre mencionar que a pessoa natural já é tida como um sujeito de direito, sendo cabível, assim, a análise individual somente do embrião *in vitro* (vida extrauterina) e do nascituro (vida intrauterina).

Todavia, antes de adentrar à abordagem particular de cada um desses entes ora citados, faz-se digna a pontuação do médico Genival Veloso de França, ao aludir que:

Ninguém desconhece o fato de a vida ser algo muito emblemático e, portanto, não pode ter seus limites em simples fases de estruturas celulares. Se o embrião humano é ou não pessoa de direito, parece-nos mais uma discussão de ordem jurídico-civil, que adota os fundamentos da fisiologia humana, embora seja difícil entender como podem existir, entre indivíduos da mesma espécie, uns como seres humanos pessoas e outros como seres humanos não-pessoas (2015, p.2).

Portanto, a partir da ideia do referido autor, tem-se que, embora seja possível a categorização de um sujeito como de direito ou não, o fato é que são indivíduos da mesma espécie, somente estando em um estágio físico ou biológico de vida distinto.

2.3.1 A situação do embrião extracorpóreo

O processo de fertilização pode ser realizado através de um meio assistido *in vitro*, o qual se dá pela obtenção de “alguns óvulos para fecundação com o espermatozoide, gerando daí os embriões que serão implantados no útero da mulher”, os quais serão criopreservados quando não implantados. Neste contexto, compete relatar que há a necessidade de se ter mais embriões fecundados do que os que de fato serão implantados, e isto se dá por questões técnicas, financeiras e emocionais (FRANÇA, 2015, p.2).

Assim, pode-se fazer as seguintes interrogações: “É questão fundamental definir se o embrião humano é "ser humano" ou "coisa"? E, como tal como deve ser tratado dentro da concepção ético-jurídica contemporânea?” (FRANÇA, 2015, p.2). Hodiernamente, a determinação da natureza jurídica do embrião pré-implantatório é um tema de muita polêmica no ramo da bioética e do biodireito (MALUF, 2013, p.179).

É imprescindível a distinção dos sujeitos de direito, uma vez que a qualificação de cada um destes reflete diretamente na esfera dos seus respectivos direitos salvaguardados. Assim, se iniciará aqui a análise pelos embriões.

Sem sombra de dúvidas, o embrião é um ser biologicamente vivente, dado que o seu desenvolvimento será claramente eficaz se estiver em um ambiente compatível para tal ocorrência. Todavia, embora haja ampla proteção constitucional à vida, prevista no artigo 5º *caput* da CF/88, o artigo 2º do Código Civil (CC)² somente salvaguardou direitos ao nascituro, quando estabeleceu o marco em que se adquire a personalidade civil, qual seja, o momento do nascimento com vida (GONÇALVES, 2011, p.56-57).

Assim, com as técnicas de fertilização *in vitro*, levantou-se o questionamento jurídico sobre qual seria o momento que se consideraria um nascituro, compreendendo-se a concepção no ventre materno como o período inicial da vida (MALUF, 2013, p.159).

Neste ínterim, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf ao tratar da fertilização *in vitro* entende que o embrião pré-implantatário não pode ser equiparado ao nascituro, porque acredita ser “necessária a nidação do zigoto para que o início da vida se efetue realmente” (2013, p.159). Entretanto, a autora acredita que, por conta da carga genética do embrião *in vitro*, este deve ser sim considerado como uma pessoa, assim como o embrião surgido por meio da fertilização convencional, porém questiona “até que ponto essa personalidade aproxima e afasta os embriões concebidos desta e daquela forma?” (MALUF, 2013, p.179).

Insta salientar ainda que, conforme Fernando David de Melo Gonçalves,

[...] a vida antes de ser princípio constitucional é pressuposto para a aplicação de todos os outros princípios, ou seja, não há Estado de direito sem proteção à vida. Portanto, ainda que a lei infraconstitucional não atribua guarida ao embrião, ela é de rigor e não pode ser olvidada. A fecundação se traduz na concepção de uma nova vida e, portanto, o embrião não pode ser alijado de qualquer direito, pois possui individualidade humana refletida na sua carga genética (2011, p.57).

Sendo assim, o referido autor conclui que, mesmo que não seja o ideal atribuir ao embrião extracorpóreo o potencial direito de personalidade jurídica, por tratar-se de um “tipo de existência biológica” e por conta da incidência da proteção constitucional ao direito à vida, possui a característica de bem indisponível (GONÇALVES, 2011, p.59).

² CC. Artigo 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Ademais, impende mencionar um diploma legal de suma importância que trata do embrião humano *in vitro*, qual seja, a Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que traz normas de segurança e mecanismos de fiscalização desses organismos, embora haja diversos autores que questionem a constitucionalidade desta, uma vez que afirmam como direitos fundamentais do embrião a vida e a dignidade, acreditando que estes são feridos pela referida lei (MALUF, 2013, p.177).

A Lei de Biossegurança traz um dispositivo de grande relevância, que é o artigo 5^o³, o qual permite a utilização dos embriões humanos *in vitro* para pesquisa e terapia, bem como a utilização de células-tronco desde que sejam considerados como inviáveis ou que estejam congelados há 3 (três) anos ou mais, porém, deve haver o consentimento dos genitores. Ademais, o parágrafo 3^o deste dispositivo legal traz a vedação da sua comercialização, considerando esta conduta como crime devidamente tipificado.

Além disso, vale mencionar ainda os dispositivos que tratam da possível manipulação genética sobre estes embriões, a qual só poderá ser realizada nos termos do artigo 6^o, incisos II e III, 24^o e 25^o, todos da Lei 11.105/2005.

Nesse sentido, pode-se concluir que a relevância em se estabelecer um marco inicial da vida, separando-se, a partir de estudos, o ser humano em diferentes fases de seu desenvolvimento, embora trate-se de um ser uno, “mais relaciona-se com a possibilidade da utilização de embriões como repositório de tecidos do que com qualquer outro interesse terapêutico” (MALUF, 2013, p.173).

Por fim, nota-se que, embora haja proteção da vida humana, o ser humano é analisado a partir de suas diferentes fases de desenvolvimento, e, neste seguimento, há lei específica que trata dos embriões extracorpóreos, autorizando a utilização destes para pesquisa, terapia e utilização de células-tronco, caso estes

³ Lei 11.105/2005. Artigo 5^o 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.

§ 1^o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2^o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3^o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

sejam inviáveis ou congelados há 3 (três) anos ou mais, e, além disso, proíbe a comercialização dos mesmos.

2.3.2 Os direitos do nascituro

O ser que ainda vai nascer, embora já esteja concebido, é o chamado nascituro, segundo a definição corrente (MALUF, 2013, p.159).

Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sinalizam que “acirrados debates doutrinários são travados no que tange à natureza jurídica do nascituro”, e essas discussões ganham espaço diante do conceito impreciso que é trazido no artigo 2º do CC (2015, p.260).

Assim, o início da personalidade jurídica do nascituro é tratada por diversas teorias, tanto no âmbito nacional como no âmbito internacional. No Brasil, tem-se como principais correntes: a teoria concepcionista, em que considera a existência de personalidade a partir da concepção; a teoria da personalidade condicional, em que entende-se pela aquisição de direitos antes mesmo do nascimento; e a teoria natalista, que é a adotada pelo CC, a qual estabelece em seu artigo 2º uma expectativa de direitos em relação ao nascituro (MALUF, 2013, p.162-163).

Majoritariamente, parte dos autores entendem que, no direito brasileiro, o nascituro não tem personalidade jurídica, ou seja, estão de acordo com o que o CC parece se posicionar (AMARAL, 2014, p.275).

Em seguimento à teoria da personalidade condicional, destaca-se a autora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, a qual compreende que, embora o nascituro disponha de forma condicional uma personalidade, pode haver a equiparação deste perante o ser que já nasceu, uma vez que o nascituro detém

[...] desde a concepção, proteção dos direitos da personalidade, notadamente no que tange ao direito à vida (art. 5º da Constituição Federal), aos alimentos, direito a receber herança ou doação (art. 1.798 e art. 542 do Código Civil), direito à adoção, direito à integridade física, direito ao nome de família (art. 1.609, parágrafo único do Código Civil), à curatela (art. 1.779, Código Civil), direito a uma assistência pré-natal adequada (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 8º) [...] (2013, p.164).

Assim, diante dos diversos direitos ora mencionados que são atribuídos ao nascituro, trazidos por artigos de diferentes diplomas legais, observa-se que estes só corroboram com o entendimento de que, embora visualize-se que a personalidade

jurídica do nascituro é tida a partir do nascimento com vida, há disciplina jurídica que salvaguarda direitos ao nascituro (MALUF, 2013, 165-166). Dessa maneira, percebe-se que esse dispositivo legal afasta o entendimento da teoria natalista (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.261-262).

Ademais, vale mencionar ainda outros dispositivos legais que demonstram a constatação de direitos atribuídos a estes seres, como, por exemplo, o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴ (ECA), o qual prevê, em consonância com caput do artigo 5º da CF/88, a proteção do nascimento do nascituro, disponibilizando-se condições para que haja um desenvolvimento saudável e harmonioso (FARIAS, ROSENVALD, p.262).

Em face do regramento trazido a respeito dos direitos do nascituro, reconhecendo-se os direitos da personalidade desde a concepção, nota-se que a referida tutela alcançará o natimorto da mesma forma, embora este não tenha nascido com vida. Assim, pode-se concluir que “o natimorto titulariza, regularmente, os direitos da personalidade, como o direito à imagem e ao nome, exemplificativamente. Por lógico, o natimorto somente não poderá adquirir direitos de cunho patrimonial” (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.267).

Nesse sentido, impende trazer à baila o Enunciado 1 da Jornada de Direito Civil, o qual prevê que “A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura” (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.267).

Desta forma, tem-se que o nascituro encontra-se em uma posição peculiar, uma vez que, embora ainda não possua todas as condições da personalidade e não seja reconhecido como pessoa, possui proteção legislativa (VENOSA, 2011, p.137).

Diante do exposto, o autor Francisco Amaral compreende que trata-se de uma mera questão de “política legislativa”, pois, uns reconhecem a personalidade jurídica do nascituro, e outros não (2014, p.275).

Entretanto, cumpre ressaltar a compreensão de Cristiano Chaves de Farias e de Nelson Rosenvald, os quais dispõem que

⁴ ECA. Artigo 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

[...] o valor da pessoa humana, que reveste todo o ordenamento brasileiro, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno. Perceber essa assertiva significa, em plano principal, respeitar o ser humano em toda a sua plenitude (2015, p.261).

Sendo assim, “o direito à vida deve ser preservado e respeitado em qualquer circunstância”, protegendo-se, desta maneira, qualquer manifestação de vida humana (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.267).

2.4 DISCIPLINA JURÍDICA DAS PRÁTICAS SELETIVAS

A vida humana é amparada pelo direito desde a concepção, trazendo uma regulação protetiva e sancionatória em prol de uma devida tutela jurídica (FRANÇA, 2012, p.307). Entretanto, é preciso ressaltar a tamanha importância da abordagem do tema proposto, posto que a realidade social ao qual o Brasil se encontra carece de regulamentação jurídica específica referente às diversas situações práticas existentes na modernidade, proporcionadas e advindas pela biotecnologia, além da total referência a um dos bens jurídicos mais preciosos, se não o mais precioso, que é a vida.

Assim, diante da evolução científica contemporânea, houve uma necessidade de “biologização ou medicalização da lei” (DINIZ, 2011, p.32-33), pois, os conflitos de natureza médico-científica advindos do progresso tecnológico precisam ser devidamente solucionados, uma vez que há a possibilidade de acarretarem em prejuízos consideráveis à humanidade, pois podem pôr em risco bens de suma importância à humanidade, que é a própria vida humana e a diversidade e integridade do seu respectivo patrimônio genético.

Desta maneira, deve haver o devido exame das questões concernentes à abordagem do tema proposto em virtude do grau de relevância da matéria, que merece a atenção da comunidade jurídica para a sua realidade e necessidade de devida e efetiva proteção.

Destarte, a partir da possibilidade das práticas seletivas no embrião humano *in vitro* e no feto, cabe pontuar e avaliar as normas jurídicas que tratam do assunto.

Inicialmente, cumpre distinguir princípios jurídicos de regras jurídicas, diante da relevância que a teorização destas duas normas jurídicas, em relação à estrutura e

funcionalidade, veem ocupando, por conta da evolução científica no Direito Ocidental (FREIRE, 2009, p.26).

Assim, Robert Alexy certifica que a ausência de clareza e polêmica impera na distinção das regras e dos princípios, pois, segundo ele, “há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, a delimitação em relação a outras coisas – como os valores – é obscura e a terminologia vacilante” (2015, p.86-87). Deste modo, com parâmetro em determinados autores, Robert Alexy pontuou alguns dos possíveis critérios distintivos, como, por exemplo: a generalidade, o conteúdo axiológico, a determinabilidade em relação aos casos que se aplica, a forma como foi surgida, se foi uma norma “criada” ou “desenvolvida”, dentre outros (2015, p.87-89).

Todavia, devido é o enquadramento das regras e dos princípios como normas jurídicas, pois é exatamente isso que ambos são, uma vez que consistem no que deve ser, sendo, portanto, duas espécies de norma (ALEXY, 2015, p.87). Toda norma, sendo assim, seria enquadrada como regra ou como um princípio (ALEXY, 2015, p.91). Ou seja, norma jurídica é o gênero do qual os princípios e as regras são espécies advindas deste.

Neste diapasão, impera o entendimento de que a distinção entre regras e princípios seria de natureza meramente qualitativa, não se tratando, portanto, de uma diferenciação em grau (ALEXY, 2015, p.91).

O autor Humberto Ávila conceitua princípios da seguinte maneira:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (2009, p.78-79).

Segundo Ricardo Maurício Freire (FREIRE, 2009, p.26), princípios nada mais são do que “pressupostos necessários de um sistema particular de conhecimento e a condição de validade das demais asserções que integram um dado campo do saber humano”.

Portanto, princípios jurídicos são vetores que nos permitem entender o Ordenamento Jurídico Brasileiro, ou seja, são pilares que servem de ajuda e base para a compreensão a respeito de como se deve entender e interpretar o Sistema Jurídico, e, sendo assim, servindo para solucionar problemas que muitas vezes não possuem uma regulação específica.

Desta forma, os princípios são, portanto, “multifuncionais, podendo ser vislumbradas as funções supletiva, fundamentadora e hermenêutica” (FREIRE, 2009, p.29).

Cada vez mais, a doutrina e a jurisprudência têm utilizado os princípios jurídicos para resolver conflitos no caso concreto, o que significa que os intérpretes do direito devem necessariamente que compreender devidamente o que as espécies normativas dizem, para que a sua utilização seja correta e conforme ao que é proposto (FREIRE, 2009, p.26).

Neste contexto, observa-se que as normas jurídicas princípios, “por serem relacionadas a valores que demandam apreciações subjetivas do aplicador, não são capazes de investigação intersubjetivamente controlável” (ÁVILA, 2009, p.24).

Diversos são os princípios constitucionais que regem o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Deste modo, na hipótese de existência de algum conflito entre direitos, deverá haver a ponderação de interesses para a melhor e adequada solução possível, competindo aqui mencionar os principais princípios concernentes à tese em abordagem, quais sejam: a dignidade da pessoa humana; a igualdade e a luta pela não discriminação; e a liberdade da pessoa humana, analisando a autonomia privada e o seu limite.

Desta maneira, embora os princípios estejam inseridos na disciplina jurídica a respeito das práticas seletivas no embrião humano *in vitro* e no feto, na hipótese de haver a presença de alguma enfermidade⁵ nestes seres, ou seja, por conta dos princípios incidirem diretamente na análise da questão e influenciarem na decisão tomada, eles serão abordados e analisados posteriormente num tópico específico deste trabalho. A razão pela qual o exame sobre os princípios constitucionais será feita separadamente deste ponto é que, para melhor compreensão e abordagem sobre o tema, optou-se por discorrer sobre eles nas discussões e polêmicas a respeito da matéria, a qual a utilização deles será imprescindível para fundamentar e embasar os diversos posicionamentos adotados.

As regras jurídicas, por outro lado, são definidas da seguinte maneira por Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na

⁵ Para fins deste trabalho, considera-se as expressões “enfermidade”, “patologia”, “afecção”, “doença” e “anomalia” como sinônimas.

finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (2009, p.78).

As regras possuem claramente a função de descrever fatos hipotéticos na intenção de disciplinar especificamente as relações intersubjetivas nelas discriminadas, ou seja, que se enquadram na situação típica por elas descritas (FREIRE, 2009, p.29).

Assim, a partir desta análise conceitual precípua, observa-se, por conseguinte, que tem-se positivamente no Sistema Jurídico Brasileiro a respeito da matéria, e um dispositivo legal de suma importância e que jamais deve ser deixado de lado é o artigo 225º da CF/88⁶, que trata da proteção do patrimônio genético, ou seja, da preservação da integridade e diversidade do patrimônio genético da humanidade. Esse artigo trata, portanto, de um bem que necessariamente deve obter uma tutela jurídica a seu respeito, pelo seu grau de importância.

Além do dispositivo mencionado acima, tem-se também o artigo 1º inciso III⁷ e o *caput* do artigo 5º⁸, ambos da CF/88, que podem ser visualizados como proteção ao patrimônio genético.

Dessa maneira, é notável que o patrimônio genético humano deve ser observado e devidamente protegido diante do comportamento seletivo que as ciências tecnológicas possibilitaram.

Por conta disso, Ana Thereza Meirelles Araújo chama atenção à seguinte observação:

Como premissa, não se pode perder de vista que a construção do tratamento normativo das práticas eugênicas demanda a apropriação da proteção ao patrimônio genético como um limite a elas, considerando sua natureza constitucional. A dignidade, seja interpretada como fundamento, princípio ou valor, contorna a legitimidade da preservação da manifestação natural das características genéticas da humanidade, garantindo que o homem permaneça, em sua essência, sempre com um fim em si mesmo e nunca como um meio a serviço de alguma coisa ou de alguém. No plano constitucional, a partir da teoria dos direitos fundamentais, pode-se retirar

⁶ CF/88. Artigo 225º Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

⁷ CF/88. Artigo 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:

III - a dignidade da pessoa humana.

⁸ CF/88. Artigo 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 [...].

diretamente e sem controvérsias a necessária proteção do patrimônio genético (2014, p.170-171).

Isto posto, observa-se que o limite constitucional que é imposto sobre as práticas eugênicas a partir da proteção da integridade e diversidade do patrimônio genético é muito claro nos dispositivos mencionados da CF/88.

Entretanto, embora se tenha uma tutela devidamente expressa referente ao patrimônio genético da humanidade, bem como algumas regulamentações específicas que dizem respeito ao embrião e ao feto, que serão mencionadas a seguir, diversos são os problemas e conflitos existentes que não possuem uma efetiva solução e regramento a respeito possíveis para resolvê-los. Ou seja, há lacunas jurídicas a respeito dos atos seletivos no embrião e no feto que necessitam de uma maior disposição jurídica específica.

Nesse contexto, impende salientar que, na compreensão da necessidade de haver uma tutela jurídica devida, uma vez que trata-se de matéria que influencia no direito à vida, como “não se pode recusar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, com maior razão ao embrião e ao nascituro” (DINIZ, 2011, 45-46).

2.4.1 Embriões *in vitro*

Em relação à disciplina jurídica a respeito do embrião humano *in vitro*, tem-se a Lei 11.105 de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização desses organismos, reestruturando a Comissão técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e criando o Conselho Nacional de Biossegurança, visando-se um avanço científico e a proteção devida à vida e a saúde humana (MALUF, 2013, p.142).

Desta maneira, a criação da Lei de Biossegurança é de grande relevância na análise das práticas seletivas dos embriões *in vitro*, pois, dispõe em seu artigo 5º a possibilidade de se realizar terapia e pesquisa laboratorial com células-tronco extraídas de embriões inviáveis ou de embriões congelados a 3 (três) anos ou mais.

Então, na análise do descarte embrionário humano *in vitro*, há disposição jurídica sobre a sua possibilidade, uma vez que, quando a legislação em comento permitiu a sua utilização para pesquisas científicas, ao mesmo tempo autorizou a sua eliminação, que acontece posteriormente à sua utilização.

A referida lei não esclareceu o que seria um embrião inviável, ou seja, qual seria o conceito de embrião inviável, restando dúvidas acerca do possível descarte embrionário nos casos da existência de toda e qualquer enfermidade neles diagnosticada (MEIRELLES, 2014, p.105). Assim, não são poucos os questionamentos decorrentes da tentativa de se entender o que consiste o referido conceito (MEIRELLES, 2013, p.15).

A respeito disso, ao discorrer sobre o campo da biologia e da embriologia, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf afirma que “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” (2013, p.152).

Então, o Decreto nº 5.991 de 22 de novembro de 2005 regulamentou os dispositivos da Lei nº 11.105/05, bem como alguns incisos e o §1º do artigo 225 da CF/88, dentre outras coisas. O que importa aqui é a menção dos artigos 63 ao 67 deste decreto, os quais dispõem sobre a pesquisa e a terapia com células-tronco embrionárias humanas obtidas por fertilização *in vitro*, e, mais precisamente, o artigo 3º inciso XIII, o qual dispõe sobre os embriões inviáveis, sendo imprescindível a sua transcrição:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

XIII - embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião;

Assim, nota-se que não há uma definição exata quanto ao que consiste embriões inviáveis. Vale dizer ainda que depende-se da medicina, pois esta, que auxiliou no processo de instituição da Lei de Biossegurança, é justamente o ramo que tem a capacidade de construir precisamente a sua definição (MEIRELLES, 2013, p.15).

Além disso, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf assinala que a questão a respeito do descarte dos embriões humanos *in vitro* que são congelados é muito delicada quando se trata da reprodução humana assistida, e esta constatação é vislumbrada por diversos países, uma vez que verifica-se que a legislação pertinente de cada um impõe prazos distintos para a criopreservação, lembrando que no Brasil o prazo máximo é de 3 (três) anos, conforme prevê o artigo 5º inciso II da Lei de Biossegurança (2013, p.177).

Ademais, Fernando David de Melo Gonçalves (2011, p.60-61) recorda a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, que fora proposta pelo Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, em que solicitou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/05, a qual fora julgada improcedente.

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) pela total improcedência reconheceu que o artigo 5º da Lei de Biossegurança não merecia reparo, e, sendo assim, liberou pesquisas científicas com células-tronco. Tal julgamento demonstrou claramente a desvinculação à preceitos religiosos, que eram uma das razões às quais impediam, de certa forma, a evolução científica, em detrimento das milhares de pessoas portadoras de alguma deficiência, e que almejavam pela criação de novos tratamentos (GONÇALVES, 2011, p.60-61).

Ainda, importante citar a existência da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015, a qual, atentando à harmonização da utilização das técnicas de reprodução assistida diante dos princípios médicos que dizem respeito à ética, bem como considerando a legitimidade e a pretensão de combater a infertilidade humana, que diz-se traduzir em um problema de saúde, visando-se a evolução científica, dispõe em sua ementa que “adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia”.

A despeito das diversas e inovadoras formas de intervenção sobre o embrião *in vitro*, e toda a atenção merecedora frente a proteção deste e do ser humano que pode vir a se tornar, não há qualquer indício de criação de um novo bem jurídico. O que se utiliza aqui para resguardar o embrião *in vitro*, além da regulamentação específica citada, qual seja, a Lei de Biossegurança, instrumentos já existentes que visam a proteção da vida e da integridade humana, até mesmo antes do nascimento do ser (CASABONA, 2012, p.28-29).

2.4.2 Fetos

Na atualidade, um tema muito tratado por todos e que envolve grandes polêmicas é o aborto, que acarreta em discussões ético-jurídicas e provoca diversas opiniões

divergentes. Diante dessa problematicidade, Maria Helena Diniz propõe que deve-se ter em vista a dignidade humana como vetor e base para que se encontre uma solução legal, legítima e justa (DINIZ, 2011, p.53).

Nesse sentido, antes de discorrer sobre a disciplina jurídica que trata do aborto, cumpre dizer o conceito modernamente adotado para defini-lo, uma vez que o Código Penal (CP) não o faz. Aborto, portanto, “é a interrupção do curso normal da gravidez, com a conseqüente morte do produto da concepção” (BARROS, 2009, p.72), é a “remoção ou expulsão prematura de um [...] feto do útero resultando na sua morte ou sendo por esta causada” (MALUF, 2013, p.257).

Hodiernamente, encontra-se defensores de duas posições diversas, quais sejam: os que defendem a descriminalização parcial ou total do aborto e os que entendem em mantê-lo como crime, com punição mais ou menos severa que a já existente (DINIZ, 2011, p.60). Todavia, vale registrar que, na contemporaneidade, “em quase todas as legislações do mundo, o aborto não amparado legalmente é punido como um crime praticado contra uma vida humana em formação e que tem o direito de prosseguir e nascer” (FRANÇA, 2012, p.307).

Ainda, antes de adentrar na regulamentação jurídica a respeito do aborto, incumbe mencionar que, mesmo que a gestante tenha a sua vida e a sua saúde resguardada, a mulher não é o objeto deste crime, mas sim a vida que se encontra dentro dela, havendo, dessa forma, a punição em relação à integridade do feto. Por conta disso que, mesmo que a prática abortiva seja praticada pela gestante, ou seja, ainda que a mesma pratique o aborto sobre si, haverá sanção, uma vez que se resguarda justamente a existência da vida intrauterina (FRANÇA, 2012, p.307).

Assim, em relação à disciplina jurídica da interrupção gestacional, tem-se, perante a CF/88, como já mencionado, o *caput* do artigo 5º, que trata da inviolabilidade do direito à vida. Entretanto, pela simples leitura deste dispositivo constitucional, percebe-se que o mesmo não prevê literalmente a proibição da prática abortiva, pelo fato de não assegurar de forma expressa o direito à vida desde a concepção. Nesse sentido, cumpre mencionar o CC, que prevê em seu artigo 2º que a partir do nascimento com vida que a pessoa adquire personalidade civil, ressaltando os direitos do nascituro desde a concepção (BARROS, 2009, p.70).

O legislador penal, por sua vez, no capítulo dos crimes contra a vida, estabeleceu o aborto como um deles, como um crime contra a pessoa. Todavia, deve-se atentar

para o fato de que o CP prevê, expressamente, a legalidade do aborto em duas situações, embora essas hipóteses não digam respeito ao tema proposto. As situações as quais o aborto é legalmente aceito são: no caso do aborto necessário, em que a gestante corre risco de vida, e, sendo assim, o médico pode proceder com o processo de abortamento do feto, que consta no inciso I do artigo 128 do CP; e no caso do feto ser resultante de estupro, em que chama-se de aborto sentimental, humanitário ou ético, que está previsto no inciso II do referido dispositivo legal⁹.

Portanto, o aborto é um crime tipificado pelo CP, e, sabe-se que a prática jurídica tem, como um de seus deveres primordiais, o dever de proteger os bens jurídicos, ou seja, bens que se encontram sob a tutela jurídica, uma vez que considerados com um grau de relevância maior, e que, por conta disso, deve-se salvaguardar estes bens em prol da existência do indivíduo e dos seus direitos. Deste modo, o bem jurídico vida é protegido pelo nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro, quando a legislação prevê a ilegalidade do abortamento dos fetos fora das hipóteses legalmente previstas, ou seja, em virtude da consequência referente à proteção do bem jurídico vida, há um limite material à intervenção criminal (SILVA, 2013, p.65).

No Brasil, a codificação penal, a partir de dois critérios, trouxe quatro formas distintas de aborto. Os critérios utilizados para diferenciar os tipos de aborto foram: a existência ou não do consentimento da gestante e a natureza do agente, que, a partir destes, pode caracterizar um: “aborto provocado pela própria gestante, aborto provocado sem o consentimento desta, aborto provocado com o seu consentimento e, finalmente, o realizado pelo médico” (FRANÇA, 2012, p.307).

Assim, quanto à causa que provocar o aborto, Maria Helena Diniz o classificou em três modalidades, quais sejam: espontânea, a qual não há qualquer intenção na interrupção gestacional, e que esta ocorre naturalmente, seja por defeito estrutural do feto ou por condições de saúde da gestante; acidental, que é aquele ocorrido por um agente externo, ou seja, por um susto, emoção ou queda, sem que exista um ato culposos; e provocado, que é a interrupção da gestação de forma deliberada, realizada pela própria gestante ou por um terceiro qualquer, com ou sem o consentimento da mesma (DINIZ, 2011, p.55).

⁹ CP. Artigo 128º Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Logo, o aborto provocado pode ser “mediante o concurso de causas extrínsecas ou de agentes externos, de ordem física, química ou mecânica, para atender a motivos terapêuticos, eugênicos, econômicos, morais, sociais, psicológicos etc., podendo ser, portanto, criminoso ou legal” (DINIZ, 2011, p.55). A natureza deste aborto é uma prática caracterizada como criminosa que vai de encontro à própria consciência médica (espírito e da finalidade da medicina), e isso se depreende do Código de Ética Médica, que dispõe em seu capítulo I, n. VI que “o médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade” (DINIZ, 2011, p.55-56).

Outrossim, impende mencionar ainda dois dispositivos do Código de Ética Médica: o artigo 15 do capítulo III e o artigo 30 do capítulo IV, que dispõe que é vedado ao médico “descumprir legislação específica nos casos de [...] abortamento, manipulação ou terapia genética”, bem como “usar da profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime”.

Ademais, além das modalidades tipificadas como crime, a doutrina existente, ao tratar sobre os crimes contra a vida, prevê a existência do aborto eugenésico, que seria aquele praticado na intenção de evitar o nascimento de uma criança que tenha alguma enfermidade a qual não há cura ou alguma deformidade, que, por sua vez, trata-se de uma conduta proibida à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro (MALUF, 2013, p.258).

Neste ponto, cumpre mencionar que o diagnóstico que é feito na fase pré-natal tem como finalidade detectar a existência de doenças que o feto porventura possa obter, embora o Sistema Jurídico Brasileiro vede a interrupção gestacional dos fetos portadores de uma determinada anomalia, seja ela genética ou cromossômica, à exceção da anencefalia (MEIRELLES, 2013, p.9).

Portanto, o fato de um feto ser defeituoso, ou ter uma possibilidade de assim ser, não autoriza o ato de o abortar, retirando-lhe o direito à vida, bem como não isentará a pena sobre esta prática cometida ao feto. Sendo assim, tem-se a necessidade de um amparo e uma proteção à vida de um deficiente (FRANÇA, 2012, p.310).

A respeito da interrupção gestacional, especificamente em relação ao abortamento em razão de um comportamento seletivo, tem-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF) do STF, que dispõe em sua ementa:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Brasília-DF, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgado em: 12 abr. 2012. Acórdão Eletrônico Dje-080 Divulgado em: 29 abr. 2013. Publicado em: 30 abr. 2013.)

O julgamento mencionado é imprescindível na abordagem do tema proposto e na análise para se solucionar o problema de pesquisa, uma vez que é uma disciplina jurídica que autoriza a prática seletiva do feto na hipótese deste ser portador de uma determinada anomalia, qual seja, a anencefalia.

Assim, tem-se que, sem prejuízo da vedação legal, discute-se a possibilidade de haver uma legitimação das práticas seletivas em relação ao feto, ou seja, do denominado aborto eugênico ou seletivo, por conta de se identificar no feto uma afecção cujo comprometimento é de natureza grave e/ou em razão da inexistência de expectativa de vida extrauterina deste, e que é justamente a situação do feto diagnosticado com a anomalia chamada de anencefalia, a qual o ministro relator da ADPF nº 54 entendeu pela sua atipicidade, autorizando a antecipação da gestação (MEIRELLES, 2013, p.6).

Sob este norte, relevante salientar o embasamento ao qual o ato abortivo do feto anencéfalo tem respaldo, que é o privilégio da vida da gestante, o psíquico desta e de sua família, sendo de extrema importância o diagnóstico e o laudo médico que indicará a conduta abortiva, a antecipação terapêutica do parto (MALUF, 2013, p.259).

Assim, questiona-se a possibilidade de extensão dos argumentos que fundamentaram o julgamento da ADPF 54 a outros fetos, por razões de outras afecções graves, que impossibilitem a vida extrauterina destes.

Isto posto, em 27 de maio de 2015, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), por unanimidade, concedeu habeas corpus favorável à interrupção de gravidez de fetos gêmeos siameses¹⁰.

Conforme decisão da Câmara ora citada, os fetos siameses, segundo os laudos médicos, possuem uma enfermidade grave do tipo dicefalia, apresentando duplicação da coluna vertebral, quatro membros e coração único, que, inevitavelmente, os impedirá de ter vida depois que nascerem. Contudo, insta salientar que nem todos os casos de gêmeos siameses são enquadrados num laudo médico o qual afirma a impossibilidade de vida.

Desta forma, o diagnóstico dos gêmeos siameses, neste caso relatado pelo tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, se assemelha ao do feto anencefálico, pois ambos são caracterizados pela ausência de potencialidade de vida extrauterina. E, sendo assim, o entendimento dos desembargadores foi no mesmo sentido, de permitir a prática abortiva, cumprindo dizer que a decisão será da paciente, que poderá prosseguir com a gestação ou interromper a gestação, desde que haja uma

¹⁰ HABEAS CORPUS. GEMELARIDADE IMPERFEITA, ALTAMENTE RARA E GRAVE. IMPETRANTE QUE SE INSURGE CONTRA A SENTENÇA NA QUAL A MM JUÍZA JULGOU EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, O PROCESSO EM QUE SE PRETENDIA A OBTENÇÃO DE ALVARÁ JUDICIAL, COM O FIM DE AUTORIZAR A INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

3. Diante dos documentos que instruem a inicial, entre os quais se destacam exames e laudo médico da Fiocruz, aliados ao laudo pericial atestado pela médica designada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conclui-se, com base em opinião estritamente científica, que os gêmeos siameses são portadores de uma anomalia insuperável, que não os permitirá sobreviver após o parto, independentemente de qualquer intervenção médica. Da análise probatória decorre, outrossim, os graves riscos que envolvem a gestação, como polidramnia, hipertensão, complicações relacionadas ao procedimento de parto e a possibilidade de a paciente se tornar estéril para o resto de sua vida. Na hipótese dos autos, os fetos em questão foram classificados como toracoabdominopófagos, espécime das mais raras e graves da gemelaridade imperfeita, cuja sobrevivência após o parto, repita-se, não se revela possível, segundo a opinião médica.

4. Há que se destacar a grande similitude entre a hipótese dos autos e os casos de interrupção de gravidez decorrentes de anencefalia, cujas consequências são absolutamente idênticas, ou seja, a morte do feto após o parto. Afigura-se, pois, um equívoco ignorar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade de interpretação que considere a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como uma conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal.

[...]

8. Além de não haver nenhuma contradição com a ordem constitucional, a conduta pretendida pela paciente tampouco se afigura típica, ante a ausência de potencialidade de vida para que os fetos se tornem pessoa humana.

ORDEM CONCEDIDA, a fim de assegurar à paciente o direito de tomar a decisão sobre a antecipação terapêutica do parto, desde que haja viabilidade médica para o procedimento, cuja execução não configurará os delitos de aborto previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus nº 0023285-95.2015.8.19.0000, Oitava Câmara Criminal. Relator: Des. Claudio Tavares de Oliveira Junior. Julgado em 27 mai. 2015.)

viabilidade médica para proceder com aborto, e isso não irá configurar uma ilegalidade.

Logo, diante da análise dos casos expostos, que tratam da autorização judicial para a interrupção gestacional, em razão de duas anomalias graves, percebe-se que os fundamentos utilizados nos julgamentos são basicamente os mesmos, sobretudo por conta dos fetos possuírem uma patologia fatal, que não os permitirá sobreviver após o parto. Deste modo, surgem discussões e questionamentos acerca da extensão do ato permissivo do Estado, em relação à prática abortiva seletiva de fetos diagnosticados com outras afecções graves, pois não há regulação legal que supra as diversas situações fáticas existentes na realidade contemporânea.

Insta salientar que, o Anteprojeto de Reforma do CP ampliou as hipóteses as quais pode haver a interrupção gestacional, cabendo assim apontá-las (MEIRELLES, 2013, p.11):

Há previsão de abortamento quando a mulher for vítima de procedimento de reprodução artificial sem o seu consentimento; quando, sobre o feto, houver diagnóstico de anencefalia ou outras doenças físicas e mentais graves; quando houver risco à vida ou à saúde da gestante; por desejo da gestante até a 12ª semana da gestação (terceiro mês); ou, ainda, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições de arcar com a maternidade (MEIRELLES, 2013, p.11).

Nota-se, portanto, que a segunda hipótese ora elencada consiste num comportamento de natureza eugênica, uma vez que legitima o aborto de fetos portadores de alguma deficiência mental ou física, não sendo critério de análise o fator viabilidade de vida (MEIRELLES, 2013, p.11).

Ademais, sabe-se que a função primordial do direito é a de estruturação de determinada ordem econômica e social, bem como a sua respectiva garantia (BATISTA, 2007, p.21).

Assim, a partir da análise das disposições já mencionadas, o que se propõe no presente trabalho é uma reflexão sobre as verdadeiras necessidades humanas, os seus respectivos valores e em que medida há uma preocupação com a saúde dos seres humanos, visando uma proteção do seu patrimônio genético e, finalmente, a importância da existência de regramento jurídico voltado para dirimir questões concernentes às práticas seletivas por motivações de natureza patológica.

3 EUGENIA E A AUTONOMIA PRIVADA

A possibilidade de haver uma intervenção sobre o processo de constituição e de surgimento da vida humana, proporcionado pela Genética e pela biotecnologia, é uma prática vista como destemida e promissora, entretanto, é imprescindível que este exercício seja realizado à luz da responsabilidade, tendo em conta que diversas consequências podem decorrer deste ato, e que, diante da importância de suas implicações, não podem ser deixadas de lado, devendo ser devidamente refletidas. Portanto, a possibilidade de se realizar uma determinada conduta não faz com que esta seja, de imediato, aceita ou admitida, na perspectiva moral ou jurídica (MEIRELLES, 2014, p.75).

Logo, por mais que um determinado ato seja viável pela Ciência, ou seja, que haja a possibilidade de ser realizado na prática, isso não significa que possa ser considerado como um fator autossuficiente, pois há outros fatores que devem ser observados e ponderados previamente à conduta (MEIRELLES, 2014, p.75).

Desta forma, visualiza-se que uma interferência no processo de surgimento de uma vida humana deve obedecer um determinado limite, entrando assim na esfera da autonomia privada, que será minuciosamente estudada num tópico específico deste capítulo.

3.1 EUGENIA

O estudo científico da seleção natural de Charles Darwin e a eugenia do cientista britânico Francis Galton merecem destaque no exame das práticas seletivas no embrião humano *in vitro* e no feto. Deve-se ter em mente que, o início dos estudos a esse respeito se deu pelo lançamento do livro *Origem das Espécies* de Darwin, que afirmava que na luta pela vida somente os mais fortes e aptos iriam sobreviver, ou seja, entende-se que há uma seleção natural (DARWIN *apud* MEIRELLES, 2014, p. 78-79).

Entretanto, foi com o desenvolvimento dos estudos acerca da eugenia, realizados por Galton, que a compreensão sobre a transmissão de caracteres genéticos entre as gerações ganhou relevância, notadamente quanto a sua contribuição positiva na

melhora de determinados atributos humanos. Nesse sentido, são esclarecedoras os apontamentos de Daniel Soutullo (2006, p.27) sobre o cientista britânico:

Para Galton, la translación de la idea de selección natural desde el mundo de las especies animales a las sociedades humanas era mucho más que una simple analogía. En su creencia, respondían exactamente al mismo mecanismo, concebido, además, a la manera de Herbert Spencer, como una lucha despiadada y sin cuartel en la que los más débiles sucumbían inexorablemente frente a los más fuertes y aptos.

No seu entendimento, Galton afirmou que a eugenia seria justamente a ciência que procura versar sobre todos os fatores que são passíveis de interferir em uma melhoria na qualidade da raça humana, física e mentalmente (GALTON *apud* MEIRELLES, 2014, p. 78-79).

Convém assinalar que a eugenia propunha uma alternativa aos aspectos negativos trazidos pela seleção natural, já que conduzia este comportamento em uma direção evolutiva correta, conforme assevera Sergio Cecchetto:

Desde el punto de vista eugenista, tanto la comunidad civilizada como las ciencias de la salud y la higiene se encontraban asociadas en una dirección anti-darwiniana, y ello comprometía el patrimonio genético humano y el futuro de las naciones. Era un fenómeno sobradamente conocido que “los peores” tenían a su favor una tasa diferencial de reproducción por sobre “los mejores”, más dotados, más inteligentes, más capaces, más fuertes física y moralmente hablando. El remedio propuesto era, entonces, colaborar con la “selección artificial” conducida por el hombre mismo en la dirección evolutiva correcta, fácil de reconocer con la sola observación minuciosa de la historia escrita en los cuerpos.

Los factores eugénicos que colaboraban con el futuro desarrollo biológico del hombre se reducían a aquellos que tenían su origen en el mismo individuo (aspectos biológicos) y los que provenían del medio en el cual éste actuaba (aspectos sociales) (2008, p.45-46).

Ressalte-se que o supramencionado autor evidencia o estigma cruel que envolve a seleção natural darwinista, salientando que a eugenia atende à função de substituí-la, de forma menos selvagem e igualmente eficaz:

El ofrecimiento eugenésico de Galton era visto, a su modo, como un presente benévolo, humanitario y misericordioso, por cuanto buscaba reemplazar a la cruel selección natural por otros procedimientos igualmente eficaces y menos salvajes. La eugenesia, desde esta perspectiva, se proponía como alternativa para combatir la forma más radical del darwinismo social encarnada en figuras como Ernst Haeckel (CECCHETTO, 2008, p.46).

Ademais, na afirmação de sua teoria, Galton tinha em mente que as qualidades positivas e negativas eram transmitidas hereditariamente. Desta forma, compreende-se dois tipos diferenciados de práticas eugênicas, quais sejam, a positiva e a negativa (MEIRELLES, 2014, p.82-84).

3.1.1 Eugenia positiva

A eugenia positiva é caracterizada pelo ato de se buscar o prevalectimento das melhores características, das particularidades desejadas, ou seja, “é o caso de escolha de determinadas características, através da seleção de gametas ou embriões de pessoas com traços físicos e intelectuais específicos, do estímulo ao casamento e união de pessoas selecionadas” (MEIRELLES, 2014, p.84-85).

Na intenção de expor e esclarecer o que este tipo de classificação eugênica pretendia, o autor Sergio Cecchetto o fez da seguinte maneira:

La orientación positiva intentaba favorecer la reproducción de los individuos juzgados valiosos haciendo para ello promoción y prevención de la salud, desterrando el consumo de alcohol y tabaco, enseñando puericultura a las madres jóvenes, estimulando “buenos” casamientos entre personas “sanas”, sosteniendo con ayudas a familias eugénicas numerosas (2008, p.45).

Ou seja, o intuito que a prática eugênica positiva se embasava, segundo o autor supramencionado, era exatamente de promover uma reprodução entre os indivíduos que eram considerados como “melhores”, visando boas características que iriam ser passadas de um ser para o outro, e isso se faria justamente através de “bons casamentos” (CECCHETTO, 2008, p.45).

Cumprir mencionar ainda que, como afirmam Lilian Denise Mai e Emília Luigia Saporiti Angerami, além de haver uma estimulação da procriação sobre determinados indivíduos, outras medidas também influenciam na viabilização da origem de seres saudáveis e perfeitos, como, por exemplo: a assistência antes e durante o parto da gestante, os cuidados com a nutrição da pessoa e a prática de exercícios físicos, a existência de saneamento básico adequado, o controle e devido trato de enfermidades que existam, etc. Portanto, diversas eram as ações que, além de serem aceitas pela sociedade, incentivavam um cenário de uma política de serviços voltados à assistência na esfera da saúde reprodutiva, da saúde da infância e do aspecto mental (2006, p.254).

3.1.2 Eugenia negativa

Já as práticas eugênicas negativas, por sua vez, são aquelas que evitam a transmissão das características e pretensões que não se desejam. São exemplos de

eugenia negativa “o caso da esterilização, dos diagnósticos que apontam doenças e patologias variadas, da contracepção por motivos biológicos e do abortamento por anomalia identificada” (MEIRELLES, 2014, p.86).

Lilian Denise Mai e Emília Luigia Saporiti Angerami certificam que, a eugenia negativa buscava a minimização dos “seres não-eugênicos ou disgênicos”, e isso era realizado essencialmente pela limitação sobre a procriação destes seres assim considerados, propondo-se inclusive um controle do estado sobre a reprodução e sobre quem poderia se casar, que se fazia através da exigência de exames pré-nupciais e de estudos na área da genética. Além disso, o aborto eugênico era defendido quando havia a existência de determinadas causas que poderiam decorrer em uma degeneração, como, por exemplo, doenças venéreas e o alcoolismo, bem como havia a discussão sobre a possibilidade de se afastar ou curar enfermidades mentais (2006, p.254).

Ademais, determinados elementos sociais, tidos como desfavoráveis ou prejudiciais por muitos eugenistas, eram desestimulados através da propaganda contrária à má procriação, que se utilizava de medidas de esterilização e contraceptivas. Dentre os fatores considerados inferiores, estavam a condição socioeconômica e a cor da pele. Contudo, tal visão se mostrou flagrantemente equivocada, haja vista que discernia fatores da vida social sob um enfoque biológico (MAI, ANGERAMI, 2006, p.254).

As classes “elitistas” viam na eugenia um instrumento científico de melhoramento social, levando em consideração seus preconceitos e anseios. Não obstante, algumas medidas eram amplamente discutidas, tal como o aborto eugênico (notadamente por setores como a Igreja e alguns grupos de médicos), enquanto outras eram facilmente aceitas (MAI, ANGERAMI, 2006, p.254).

Por certo, associar os preconceito sociais aos conceitos biológicos, reputando como idôneos aqueles indivíduos que se amoldam ao padrão de ser-humano “ideal”, leva à errônea interpretação sobre os elementos essenciais da vida humana, que, em verdade, devem ser aferidos puramente pela ciência – sem deixar espaço às credices sociais. Nesse sentido, são esclarecedoras as lições de Lilian Denise Mai e Emília Luigia Saporiti Angerami:

Em síntese, além de proporcionar incentivo e impulso aos cuidados reprodutivos, a configuração do movimento eugenista baseou-se em um conceito biológico de raça superior ou inferior, discriminou determinados indivíduos a partir da configuração de um ideal de homem, utilizando-se de argumentos tidos como científicos para tal, e interpretou condições de vida,

resultantes da forma de organização social, como sendo consequências da hereditariedade dos indivíduos (2006, p.254).

Sergio Cecchetto, por sua vez, caracteriza a prática eugênica negativa da seguinte maneira:

Y la negativa, que tendía desalentar, limitar, prevenir o prohibir la reproducción de aquellos individuos tachados de "indeseables", mediante esterilizaciones, impedimentos para consumir uniones interraciales, denegación de autorizaciones médicas de casamiento, etc., en el convencimiento de que las costumbres de la sociedad urbana y la medicina del momento estaban empeñadas en permitirles sobrevivir a los más inaptos (2008, p.45).

O autor acima descreveu a seleção eugênica do tipo negativo como sendo uma prevenção ou proibição em haver uma promoção de indivíduos que não são desejáveis, e que esta prática era feita de diversas maneiras diferentes, mas que a sociedade urbana e a medicina atuavam em sentido contrário, ou seja, na propiciação da sobrevivência dos seres considerados "inaptos" (CECCHETTO, 2008, p.45).

Neste enfoque, pode-se concluir que o tema abordado trata-se de uma conduta eugênica negativa, porque a seleção por motivação patológica implicará no descarte embrionário ou no abortamento do feto, caso se entenda possível a sua prática.

Entretanto, conforme examinado, a depender da perspectiva de análise, as condutas podem ser caracterizadas como de uma natureza eugênica positiva ou negativa, pois, uma vez que não se deseja ou não se pretende a existência de determinada característica, que é a prática da eugenia negativa, está-se, no mesmo momento e da mesma forma, se desejando ou pretendo uma outra, e isso é a eugenia positiva (MEIRELLES, 2014, p.84).

3.2 NEOEUGENIA

Ante o exposto, cumpre mencionar que, a eugenia, ao mesmo tempo que é histórica, como percebido nas abordagens anteriores, também é contemporânea – neoeugenia. Ela é histórica em razão de ter ocorrido, na antiguidade, diversas proibições e regras diante dos possíveis relacionamentos e procriações, uma vez que percebiam que as características entre ascendentes e descendentes eram transmissíveis, havendo assim um comportamento seletivo perante seres humanos (MEIRELLES, 2014, p.76). Pode-se citar aqui, como exemplo ilustrativo, a "política

eugenista” de Hitler, a qual tinha a intenção de praticar o aborto eugênico para que se inibisse o nascimento de crianças defeituosas, pretendendo-se assim uma melhoria da raça (DINIZ, 2011, p.70). Ademais, a eugenia pode ser também visualizada como contemporânea porque há uma interação com o campo da genética humana e com as tecnologias que visam a reprodução dos humanos, caracterizada pela frequente utilização e pela acessibilidade que possui (MEIRELLES, 2014, p.76).

Assim, ao utilizar o termo “neoeugenia”, a autora Ana Thereza Meirelles afirma que se trata de uma expressão utilizada

[...] em referência às formas contemporâneas, trazidas pelos avanços da medicina especializada e da biotecnologia, de propiciar escolhas seletivas, pautadas em critérios que são formados a partir das informações trazidas pelos recursos empregados no processo procriativo (2013, p.12).

Portanto, a busca pela perfeição do ser humano é observada no decorrer da história, ou seja, não se trata de uma novidade trazida pela atualidade. Neste ínterim, Fabiola Villela Cortés e Jorge E. Linares Salgado registram que há três elementos que são visualizados de forma constante em diferentes contextos históricos, quais sejam: a ideia de que é possível que os seres humanos sejam aperfeiçoáveis; a ideia de que existem seres sub-humanos, ou seja, seres humanos inferiores; e, por fim, a ideia de que a perfeição biológica e psicológica são ligadas a um progresso em sentidos sociais diferentes (2011, p.190).

Assim, conforme abordado, o histórico da humanidade informa que as escolhas que eram feitas pela raça humana buscava o seu aperfeiçoamento, e este exercício era realizado com embasamento em critérios distintos, de acordo com as necessidades e valores que cada comunidade tinha. Entretanto, com a descoberta da Ciência, num cenário de novos valores, vontades e necessidades, depara-se com um panorama de complexidade em relação às práticas seletivas, podendo assim se descrever a relação que existe entre o valor das descobertas científicas e a devida proteção ao patrimônio genético da humanidade como altamente tensa (MEIRELLES, 2014, p.77).

Desse modo, há uma dificuldade maior no estabelecimento dos fatores que são capazes de se apresentarem como significativamente importantes na pesquisa das novas práticas eugênicas – neoeugenia –, e isso é ocasionado pelos acontecimentos históricos da humanidade, que são qualificados pela complexidade (MEIRELLES, 2014, p.76). Daí porque se observa que, a abordagem prévia dos

primeiros atos seletivos praticados envolvendo os seres humanos fora feito anteriormente a este tópico.

3.3 SAÚDE E ENFERMIDADE

A dimensão biológica na avaliação do conceito de saúde é inegável. Todavia, no cenário atual, pode-se constatar que há outros aspectos que devem ser considerados como parte da saúde, uma vez que refletem e afetam o bem-estar, a satisfação e a vida das pessoas em geral (MEIRELLES, 2014, p.60).

Desta maneira, Moacir Scliar afirma que, para se definir o conceito de saúde, deve-se ter em mente o reflexo cultural, social, econômico e político, e, sendo assim, conclui que a saúde não irá ser a mesma para todos os indivíduos, uma vez que a classe social, a época e a localidade em que a pessoa se encontra irá influenciar diretamente nesta definição. Essa análise se dará por meio dos valores e concepções de diferentes esferas (filosóficas, religiosas e científicas) que cada sujeito possui (2007, p.30).

Ante o exposto, é imprescindível mencionar a definição de saúde adotada pela Organização Mundial de Saúde, que a estabelece como uma condição conjunta do bem-estar físico, mental e social, ou seja, não somente na falta de doença. Nesse sentido, pode-se concluir que o estado de saúde perfeito é relativo, pois, trata de aspectos e condições que não são uniformes em cada ser (SEGRE, FERRAZ, 1997, p.539).

Desta forma, pode-se concluir que a concepção do que é saúde, através dessa dinâmica, nada mais é do que uma construção individual do sujeito atrelada ao livre desenvolvimento da personalidade, pois, cada um tem o seu próprio padrão de como se sentir bem, em relação a diversos aspectos. Sendo assim, a realidade contemporânea da sociedade deve ser observada e refletida na análise do conceito de saúde, considerando, desse modo, o indivíduo em sua totalidade (MEIRELLES, 2014, p.61-62).

Nesse sentido, Georges Canguilem, por sua vez, define “doença” como “um comportamento de valor negativo para um ser vivo individual, concreto, em relação de atividade polarizada com seu meio” (2012, p.161), concluindo ainda que a

existência da medicina se dá pelo simples fato dos homens se sentirem doentes, e, uma vez que estes sabem da existência deste ramo do saber, eles têm conhecimento sobre o que consiste de fato a doença (2012, p.166).

Assim, o autor supramencionado, na abordagem sobre o que consiste o normal e o patológico, compreendendo este último como um “normal diferente”, assim dispôs:

[...] conceito de normal não é um conceito de existência, suscetível, em si mesmo, de ser medido objetivamente. [...] o patológico deve ser compreendido como uma espécie do normal, já que o anormal não é aquilo que não é normal, e sim aquilo que é um normal diferente (CANGUILHEM, 2012, p.144).

Cecil G. Helman, por sua vez, define doença da seguinte maneira:

Doenças são as chamadas entidades patológicas que compõem o modelo médico de saúde debilitada, como diabetes e tuberculose, e que podem ser especificamente identificadas e descritas pela referência a certa evidência biológica, química ou outra. De certa forma, doenças são vistas como “coisas” abstratas ou entidades independentes que têm propriedades específicas e uma identidade recorrente em qualquer configuração em que possam aparecer (HELMAN, 2009, p.119). [...] Doença é frequentemente vista como um desvio destes valores normais e acompanhada por anormalidades na estrutura ou função dos órgãos ou sistemas corporais (HELMAN, 2009, p.120).

Desse modo, nota-se que diversas são as suas possíveis procedências, e, vale dizer também que, variados podem ser os seus respectivos graus.

Insta salientar, como bem pontua Ana Thereza Meirelles Araújo, que “a Medicina não é uma ciência exata e nem sempre disporá de conceitos técnicos que assegurem o esclarecimento sobre a significação de todas as patologias genéticas que possam ser diagnosticadas” (2014, p.146).

As doenças as quais o presente tema se refere podem ser classificadas em dois tipos, quais sejam: as doenças compatíveis com a vida, a qual não impossibilita a vida e a criança convive com a presença da mesma. É o caso de algumas síndromes genéticas, como a Síndrome de Down, e de outras deficiências; e as doenças incompatíveis com a vida, as quais não há que se falar em vida fora do útero materno. Tem-se, como exemplo desta segunda, o feto portador de anencefalia (MEIRELLES, 2013, p.9-10)

Por conta disso, a aceitação sobre a possibilidade dos atos seletivos serem praticados tendem a ser baseados e fundamentados somente a partir de enfermidades de natureza grave, em razão de sua magnitude efêmera, que comprometem a continuidade da vida e/ou qualidade de vida extrauterina, bem

como não são passíveis de serem modificadas ou extintas através de um tratamento médico-científico.

Assim, a exemplo ilustrativo, pois se estudará mais especificamente à frente, tem-se a permissão da possibilidade do abortamento dos fetos portadores de anencefalia, estabelecida pelo STF, que, em sua decisão, justificou o seu entendimento justamente na questão do feto anencefálico possuir uma anomalia de nível grave, que caracteriza-se precisamente na ausência de vida ou de potencialidade de vida humana fora do útero.

Neste seguimento, cumpre discorrer sobre o direito à saúde da gestante, pois, de acordo com o voto do ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADPF nº 54, o princípio da proporcionalidade não se coaduna somente com a proteção de um dos seres envolvidos na relação, ou seja, não diz respeito apenas em amparar o feto que não tem expectativa de vida extrauterina, pois há, em contrapartida, os direitos da mulher, que não podem ser reconhecidos como um “sacrifício desarrazoado”. O ministro entende que a obrigação imposta à mulher em manter a gestação deste feto assemelha-se à tortura, sendo um pedido que não deve ser feito e nem imposto a ninguém, pois vai de encontro a princípios constitucionais básicos, como a “dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres”.

Ademais, além das consequências psicológicas severas, o acórdão da ADPF nº 54 traz dados da Organização Mundial de Saúde e do Comitê da Associação de Ginecologia e Obstetrícia Americana, bem como relatos de diversos médicos, os quais revelam que a gestação de um feto anencéfalo apontam riscos físicos maiores do que uma gestação comum.

Pode-se apontar aqui alguns dos possíveis problemas que a gestante pode ter em consequência à gravidez decorrente de uma gestação de um feto anencefálico:

[...] a eclampsia, a embolia pulmonar, o aumento do volume do líquido amniótico e até mesmo a morte [...] um prolongamento da gestação para além das 40 semanas que atinge a gestação normal, desconforto respiratório, problemas hipertensivos e, principalmente, pode gerar à gestante e à família um grande estresse psicológico, que acarretaria à mãe a necessidade de apoio psicoterapêutico no pós-parto (MALUF, 2013, p.268).

Neste ponto, impende mencionar o artigo 226 §7º e §8º da CF/88, que dispõem que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, cabendo ao Estado propiciar e assegurar recursos para o exercício desse direito.

Sendo assim, o ministro relator Marco Aurélio concluiu que a interrupção gestacional de feto portador de anencefalia não caracterizaria nem mesmo um aborto eugênico, uma vez que trata-se este de um natimorto, não cabendo se igualar a uma deficiência grave. Senão veja-se:

Cumpra rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina.

[...]

De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Brasília-DF, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgado em: 12 abr. 2012. Acórdão Eletrônico Dje-080 Divulgado em: 29 abr. 2013. Publicado em: 30 abr. 2013.)

Entretanto, nem todos são adeptos ao entendimento de que o feto anencéfalo é um natimorto, como, por exemplo, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, que se posiciona da seguinte maneira acerca da consideração da declaração de morte encefálica:

[...] como o anencéfalo apresenta, em alguns casos – principalmente naqueles em que nasce com vida clínica –, lesões totais apenas no cérebro, sendo que o cerebelo e, principalmente, o tronco cerebral funcionam normalmente ou, ao menos, mantêm um mínimo de atividade, seria descabido o diagnóstico de natimorte cerebral, pois para a declaração de morte encefálica primaz que todo o encéfalo fique irreversivelmente lesionado, e não somente a sua parte principal – o cérebro. Além disso, para a declaração de morte encefálica é indispensável a ausência de capacidade respiratória sem o auxílio de respiradores mecânicos, o que ratifica a necessidade de lesão total de todo o encéfalo. No entanto, em alguns casos, dependendo do grau de lesão do tronco cerebral, os fetos portadores dessa anomalia são capazes de respirar sem o auxílio de qualquer tipo de aparelho (2013, p.191).

Isto posto, observa-se que o feto portador de anencefalia, bem como em alguns casos dos gêmeos siameses, como o já citado, em que a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro autorizou o abortamento, são seres diagnosticados clinicamente com uma anomalia de natureza grave, pois tratam-se

de situações em que não há existência de vida, ou não haverá, quando o feto deixar o útero.

Logo, pode-se concluir que o conceito de saúde é amplo, abrangendo diversos aspectos e fatores da vida. No estudo das práticas de cunho seletivo em razão de alguma afecção, especificamente, observa-se que a importância da realização do ato tem uma justificativa voltada na existência de uma enfermidade grave, que, por sua presença, irá comprometer e até mesmo impossibilitar a vida do ser humano quando este deixar o útero, daí a relevância voltada ao seu estudo.

Por oportuno, impende pontuar que, embora haja o direito à saúde da gestante, a autora Maria Helena Diniz, ao falar em sacrificar um embrião e/ou feto que porventura seja defeituoso, e que esteja destinado à morrer, entende que não se trata de uma conduta que é legalmente amparada como uma possível causa justificativa de um estado de necessidade (2011, p.74).

3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS PRÁTICAS SELETIVAS NO EMBRIÃO E NO FETO

Na busca da melhor abordagem referente ao tema proposto, impende pontuar e avaliar determinados princípios constitucionais, uma vez que derivam da Ordem Jurídica Brasileira e são grandes argumentos possíveis de serem utilizados na construção e na defesa de entendimentos distintos.

Na atualidade, grandes conflitos são oriundos da dificuldade de se lidar com as diversas situações complexas compreendidas nas mais variadas áreas do conhecimento. Assim, faz-se necessário saber como solucionar estes conflitos que envolvem assuntos transdisciplinares (MALUF, 2013, p.25).

Neste tópico, portanto, observa-se, novamente, a multidisciplinariedade do presente trabalho, sendo de fácil constatação a necessidade do estudo referente ao Direito Constitucional, que trata-se de um tronco comum de todo o Direito, do qual emanam diversos ramos e princípios fundamentais, desempenhando, assim, a função de manter a unidade substancial do Sistema Jurídico. Vale dizer que além de servir como centro e fonte de toda a esfera jurídica, o Direito Constitucional também tem o papel de submeter todos os ramos do Direito a um processo de filtragem

constitucional (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 46). Sendo assim, pode-se afirmar que, por ser o direito um sistema o qual segue princípios harmônicos, tem-se que a legislação infraconstitucional deve necessariamente ser norteadada por estes de maneira coerente (MALUF, 2013, p.25).

Deste modo, compete citar o objeto do Direito Constitucional, que, segundo Dirley da Cunha Junior:

O Direito Constitucional tem por objeto o conhecimento científico e sistematizado da organização fundamental do Estado, através da investigação e estudo dos princípios e regras constitucionais atinentes à forma do Estado, à forma e ao sistema de Governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, à composição e funcionamento de seus órgãos, aos limites de sua atuação e aos direitos e garantias fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 44).

Além disso, impende trazer também o conceito de princípios jurídico-constitucionais adotado por José Afonso da Silva, qual seja:

São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual [...] (2015, p.95).

Assim, ao tratar sobre as normas de direitos fundamentais, o referido autor analisa a sua natureza e eficácia, acrescentando que os direitos fundamentais são estabelecidos no direito positivo, tratam de situações jurídicas (objetivas e subjetivas) e estão a favor da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana (SILVA, 2015, p.181).

Logo, o exame dos princípios constitucionais se faz imprescindível na análise de uma prática seletiva de embriões e de fetos, pois o Direito Constitucional é uma esfera da ordem jurídica a qual sistematiza todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro, interagindo com os diversos ramos do Direito, bem como submetendo-os a um processo de constitucionalização.

Ademais, nobres são as conclusões de Robert Alexy que, em um sentido amplo, envolvendo permissões e proibições, expressa a definição dos princípios como “mandamentos de otimização”, por compreender que estes podem ser satisfeitos nos mais variados graus, e que a medida desta satisfação não depende apenas dos possíveis fatos, mas ainda das possibilidades jurídicas (2015, p.90), devendo-se pontuar que, de acordo com Immanuel Kant, “um fim é um objeto da escolha (de um

ser racional)” e que esta “escolha é determinada relativamente a uma ação no sentido de levar a efeito esse objeto” (KANT, 2010, p.154).

Ainda, cumpre mencionar o artigo 5º §1º da CF/88, o qual dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, valendo-se explicitar ainda o apontamento de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual dispõe que

[...] assim como as normas constitucionais em geral assumem feições distintas de acordo com a função que exercem no âmbito da Constituição, manifestando-se por meio de diferenciadas técnicas de positivação, também as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não constituem, no que diz com este aspecto, um complexo homogêneo (2015, p.265-266).

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, diz que a positivação dos direitos fundamentais traduz-se na integração do Ordenamento Jurídico positivo “dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo”, afirmando assim que não basta uma mera ou qualquer positivação, pois, se assim fosse, os direitos ora em discussão seriam “esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional” (2003, p.377).

Isto posto, vale dizer que eventuais conflitos surgidos pelos princípios são solucionados através de dois mecanismos, quais sejam: a ponderação e a harmonização dos princípios em questão (SARLET, 2015, p.75).

Ressalte-se que a análise dos princípios deve ser feita tendo em vista o princípio da unidade, que é aquele que conduz a interpretação “tomando por parâmetro a sua unidade sistemática” (SILVA NETO, 2013, p.168), competindo, neste íterim, mencionar o conceito de Estado Unitário adotado por José Joaquim Gomes Canotilho, que diz que é “aquele que, num determinado território e para a população que nele vive, tem um suporte único para a estabilidade (ou estadualidade)” (2003, p.359).

Assim, segue-se alguns dos princípios constitucionais escolhidos como mais relevantes para a construção do objetivo final do atual trabalho

3.4.1 Dignidade da pessoa humana

Na instituição dos direitos e garantias fundamentais, individuais ou coletivos, a CF/88 exerceu um papel não só de preservação, mas também de promoção da dignidade

da pessoa humana (MALUF, 2013, p.22). Nela, tem-se expressamente alguns dispositivos que buscam esta referida proteção e efetivação da dignidade da pessoa humana, como, por exemplo: o artigo 1º inciso III, que diz que 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: [...] a dignidade da pessoa humana”; o artigo 3º, que traz alguns objetivos fundamentais; o artigo 5º *caput* afirmando ainda que “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”; e o artigo 170, o qual garante que o desenvolvimento econômico deve estar atrelado à existência digna.

Deste modo, observa-se que a vida humana é adotada como uma fonte primária de todos os direitos fundamentais e de todos os bens jurídicos, como, por exemplo, a liberdade, a propriedade, a igualdade e a segurança (MALUF, 2013, p.23).

A partir dos dispositivos legais já mencionados, dentre outros, nota-se que o Estado tem o dever de assegurar o mínimo a todos os seres humanos. E, neste sentido, cumpre mencionar ainda o artigo 5º inciso III da CF/88, que prevê que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, exprimindo assim a ideia de que não se deve empregar experimentos tecnológicos decorrentes dos avanços científicos que diminuam ou prejudiquem a dignidade da pessoa humana (MALUF, 2013, p.24).

Deste modo, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2007, p.236-237).

Impende citar também a definição adotada por Anderson Schreiber, o qual compreende a dignidade da pessoa humana como “o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana”, embora pontue que esta descrição não pode ser tida de maneira rígida, mas que deve ser percebida “por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio

substrato cultural”, concluindo assim que “não consiste em um conceito de aplicação matemática” (2014, p.8).

No mesmo sentido, tem-se o apontamento de José Joaquim Gomes Canotilho, o qual, ao tratar de uma ideia inclusiva da comunidade constitucional (republicana), diz que esta é baseada no “multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico”, compreendendo, portanto, que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana não se trata de “verdades ou fixismos políticos, religiosos ou filosóficos” (2003, p.225-226).

Ademais, como bem pontua o autor Maurício Requião, a busca pela efetivação da dignidade da pessoa humana deve partir do caso em concreto particularmente, pois apesar deste princípio ser um “atributo de todos os sujeitos, é possível que o seu conteúdo se forme de modo diferente para cada um dos indivíduos” (2014, p.16). Sendo assim, nota-se que a concreção da dignidade da pessoa humana se perfaz de acordo com a individualidade de cada sujeito (REQUIÃO, 2014, p.18).

Isto posto, nota-se que, não há uma definição inquestionável, pois, conforme já explicitado, varia a partir da concepção de vida de cada ser humano, da cultura e do momento histórico em que uma determinada sociedade se encontra. Desta forma, observa-se a insatisfação dos juristas, uma vez que visam a “segurança e previsibilidade às soluções dos conflitos que possam surgir na vida social”, podendo-se concluir, portanto, que há no meio jurídico uma necessidade de se propor os relevantes atributos que compõem a dignidade da pessoa humana, mesmo que não se rejeite o caráter aberto que este princípio possui (SCHREIBER, 2014, p.8-9), pois, “a despeito da dificuldade de formação de concepção ontológica sobre a dignidade da pessoa humana, a tentativa de alcançá-la constitui substrato importante para a sua realização” (REQUIÃO, 2014, p.15).

Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que

[...] alcançar uma definição precisa do seu âmbito de proteção ou de incidência (em se considerando sua condição de norma jurídica), não parece ser possível, o que, por sua vez, não significa que não se possa e não se deva buscar uma definição, que, todavia, acabará alcançando pleno sentido e operacionalidade apenas em face do caso concreto, como, de resto, é o que ocorre de modo geral com os princípios e direitos fundamentais (2007, p. 232).

Além disso, a autora Ana Thereza Meirelles adverte que

O viés heterônomo da dignidade, refletido por um compromisso do Estado em prol de toda sociedade com a preservação incondicional de

determinados bens jurídicos, não deve ser a justificativa para desprezar a necessidade de construir o seu sentido também a partir da autonomia, revelada pelo respeito à vontade dos indivíduos (2013, p.4-5).

No entanto, a partir do viés autônomo, a dignidade da pessoa humana se depara na necessidade de se construir limitações aos desejos postos à prática reprodutiva, preponderando assim a proteção constitucional ao patrimônio genético da humanidade. Além disso, a vontade das partes também é dificultada pela ausência de regulamentação adequada que verse sobre o ato e que impeça uma possível prática seletiva (MEIRELLES, 2013, p.5).

Desta maneira, contata-se que, embora deva-se respeitar a dignidade da pessoa humana ao tratar da bioética, pois o princípio em questão trata-se de um paradigma da ordem jurídica, sendo considerado como premissa fundamental, “o fundamento e o fim da sociedade e do Estado, devendo prevalecer esse princípio sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico” (MALUF, 2013, p.26), tem-se que considerar a análise a partir de um contexto, um cenário do qual a vontade das partes, expressada pelo princípio da autonomia da vontade, também deve ser apreciada, assim como a igualdade e a liberdade da pessoa humana, sempre tendo em vista a proteção à diversidade e à integridade do patrimônio genético.

Neste ínterim, imprescindível trazer à baila o posicionamento do autor Maurício Requião, que, ao tratar da relação entre a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana, entende a primeira como elemento de concreção da segunda (REQUIÃO, 2014, p.13). Contudo, tal raciocínio será abordado e esclarecido especificamente em tópico posterior, no qual irá se discorrer sobre a autonomia privada e os seus limites.

Ademais, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que a liberdade e a igualdade são “elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais” (2015, p.263)

Diante de tudo o quanto exposto, ao conceituar dignidade da pessoa humana, pode-se concluir que, na procura de “uma definição necessariamente aberta mas minimamente objetiva (no sentido de concretizável) impõe-se justamente em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica” (SARLET, 2007, p.232-233). Além disto, compete ressaltar neste ponto que, segundo o autor Emmanuel Kant, a faculdade que os seres humanos têm de ater-se a um

determinado fim, de maneira racional, é justamente o que faz destes uma humanidade propriamente dita. Senão veja-se:

A perfeição natural é o cultivo de quaisquer faculdades para o fomento de fins anunciados pela razão. Que isto seja um dever e, deste modo, em si mesmo um fim, e que o cultivo de nossas faculdades, mesmo desconsiderando a vantagem que isso nos concede, está baseado num imperativo incondicional (moral) e não num imperativo condicional (pragmático) pode ser demonstrado da maneira que se segue. A faculdade de fixar-se um fim – qualquer fim que seja – é o que caracteriza a humanidade (enquanto distinta da animalidade). Por conseguinte, está vinculada também ao fim de humanidade em nossa própria pessoa a vontade racional, e assim o dever de tornar a nós mesmos dignos da humanidade pela cultura em geral, no sentido de procurar obter ou estimular a faculdade de realizar todas as modalidades de fins possíveis, na medida em que isso é para ser encontrado num ser humano ele mesmo (KANT, 2010, p.161).

Neste esteio, Anderson Schreiber observa a importância da compreensão do propósito que este princípio tem ao integrar o Sistema Jurídico, qual seja, “proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações” (SHREIBER, 2014, p.8).

Assim, pode-se notar a tamanha importância que este princípio possui frente às discussões acerca da possibilidade de uma prática de cunho seletivo perante embriões *in vitro* e/ou feto, uma vez que a dignidade da pessoa humana rege o Ordenamento Jurídico Brasileiro e está intimamente relacionada com a vida de um ser humano, embora se fale em expectativa de vida destes seres ora em discussão.

3.4.2 Igualdade

O princípio da igualdade faz parte da estruturação do regime geral dos direitos fundamentais, não sendo somente um “princípio de Estado de direito, mas também um princípio de Estado social” (CANOTILHO, 2003, p.426-430), pois, pode-se dizer que ela “constitui o signo fundamental da democracia”, e, portanto, não permite as distinções e os privilégios que são admitidos num regime unicamente liberal (SILVA, 2015, p.213).

Assim, pode-se dizer que a igualdade representa a efetivação da justiça, do bem comum de todos e traz segurança jurídica, se apresentando em dois aspectos, quais sejam: formal e material, em que o primeiro é perante a lei e o segundo é a

igualdade substancial (AMARAL, 2014, p.26-27), a igualdade real, conduzida pelo princípio da democracia social e econômica (CANOTILHO, 2003, p.351).

Ao tratar do presente princípio, vale salientar que um tratamento diferenciado pode ser tido como uma concreção da igualdade, e, portanto, estar em consonância com o que prevê a CF/88. Sendo assim, André Ramos Tavares esclarece que “a igualdade implica o tratamento desigual das situações de vida desiguais, na medida de sua desigualação” (2015, p.453). Desta maneira, se faz necessário a identificação de determinados elementos ou da verificação das variadas circunstâncias em que se visualiza uma igualdade ou desigualdade, para saber se pode haver um comportamento distinto ou não (TAVARES, 2015, p.454).

Neste ínterim, vale dizer que cada pessoa tem suas peculiaridades, demandando assim um determinado zelo, que, sendo assim, o Direito vem e o assegura devidamente a partir de uma regulamentação em respeito às necessidade de cada um (TAVARES, 2015, p.454).

Assim, tem-se o artigo 5º da CF/88, o qual dispõe que “todos são iguais perante a lei”, garantindo assim o princípio da igualdade. Entretanto, vale ressaltar que, conforme pontua José Joaquim Gomes Canotilho, ser igual perante a lei não se traduz somente na aplicação desta em observância a igualdade, pois, além da lei dever tratar todos de forma igual, a igualdade também se dirige ao legislador, que, na criação do direito, o deve fazer de maneira igual para todos os cidadãos (2003, p.426). Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva explicita que este “princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei” (2015, p.217).

Diante da inviolabilidade do direito à vida, há previsão constitucional que demonstra que a carga do diploma legal visa proteger os deficientes ou portadores de necessidades especiais, vedando qualquer forma de discriminação, conforme se depreende dos artigo 3º inciso IV e do artigo 203 inciso IV.

Além disso, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao tratarem sobre as liberdades, afirmam que o Estado democrático não só é um meio para assegurar as liberdades, como também é um “meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais” (2015, p.263).

Ademais, interessante se faz a menção do entendimento do autor Georges Canguilhem, o qual, como já abordado, considera o “patológico” como um “normal

diferente” (2012, p.144), e, nesse sentido, compreende que viver com malformações ou afecções é possível, podendo-se sempre fazer alguma coisa, e, sendo assim, “qualquer estado do organismo, se for uma adaptação a circunstâncias impostas, acaba sendo, no fundo, normal, enquanto for compatível com a vida” (2012, p.142).

Neste raciocínio, percebe-se que o que o autor supracitado faz é igualar conscientemente seres humanos tidos como “normais” dos seres humanos tidos como “patológicos”.

Além disso, especificamente em relação à interrupção gestacional, insta ressaltar que esta “não tem como pano de fundo critérios raciais, étnicos ou de natureza semelhante, busca-se, apenas, por fim à situação torturante na qual se encontra a gestante” (MEIRELLES, 2013, p.16).

Por derradeiro, cumpre dizer ainda que, embora haja abstração em relação aos princípios, deve-se ter em mente determinados critérios objetivos para que se torne possível concretizar estas normas, pois caso contrário poderá ocorrer arbitrariedades (TAVARES, 2015, p.454).

Logo, tem-se que, embora se possibilite a realização de um determinado ato de cunho seletivo, levando ao descarte de um embrião *in vitro*, bem como à interrupção gestacional, em razão de um diagnóstico que afirme a existência de uma determinada patologia ou afecção, observa-se que, conforme ponderações acima, com respaldo em dispositivos legais e enxergando-se como vetor de condutas lícitas e legítimas o princípio da igualdade, não se deixa de vislumbrar uma possibilidade de discriminação no ato da prática seletiva. Apesar disso, tem-se este princípio como de suma importância para assegurar que não haja violação a esse direito.

3.4.3 Liberdade da pessoa humana

As discussões que envolvem o direito à liberdade culminam na necessidade de se verificar em que medida o seu conteúdo sopesa a vontade das partes na realização de uma prática seletiva no embrião humano *in vitro* ou no feto, assim como a proteção ao direito à saúde da gestante e ao patrimônio genético da humanidade, que preserva a sua diversidade e integridade frente as novas técnicas biotecnológicas.

A liberdade, segundo José Afonso da Silva, “consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal” (2015, p.235), e, sendo assim, conclui que na medida em que há evolução da humanidade, em que o conhecimento é desenvolvido e informações são fornecidas, há uma amplitude da liberdade, pois esta é uma contínua conquista, afirmando, portanto, que observando-se a história verifica-se que há libertação do ser humano em razão do “conhecimento e consequente domínio das leis da natureza, na medida em que, conhecendo as leis da necessidade, atua sobre a natureza real e social para transformá-la no interesse da expansão de sua personalidade” (SILVA, 2015, p.232-235).

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao tratarem sobre as liberdades, dispõe que estas “são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades” (2015, p.263). Assim, conforme já mencionado, os referidos autores entendem que o Estado democrático pode ser justificado como um caminho para que a liberdade de cada um seja tutelada e, ao mesmo tempo, estimulada, além de servir como solução para eventuais conflitos diante de pretensões que se confrontam em razão da liberdade (MENDES, GONET, 2015, p.263).

Dessa maneira, insta ressaltar que o princípio ora em discussão é de grande relevância não só para o direito civil propriamente dito, mas um valor para o direito em geral (AMARAL, 2014, p.24).

Aqui, insta salientar a previsão constitucional do artigo 226 §7º¹¹, o qual dispõe acerca da proteção do Estado ao planejamento familiar, pautado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, proibindo qualquer medida coercitiva da esfera privada e oficial. Assim, tem-se que a reprodução humana advém do livre planejamento familiar protegido na CF/88, o qual é incentivado e respaldado em alguns direitos fundamentais, como a liberdade e a autonomia privada. Todavia, deve-se compreender a limitação que abarca estes princípios, uma vez que envolve decisões acerca de procedimentos reprodutivos que envolvem questões a respeito

¹¹ CF/88. Artigo 226º A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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.

do patrimônio genético da sociedade, também protegido constitucionalmente (MEIRELLES, 2013, p.3).

Nesse sentido, Ana Thereza Meirelles aponta que a condução de um procedimento de reprodução humana têm sido realizado nas suas mais variadas fases, ou seja, tanto na fase pré-conceptiva, na pós-conceptiva ou pré-implantacional, bem como na fase pré-natal, e isso vem sendo efetuado com respaldo apenas na vontade das partes, levando-se à constatação de que dá-se margem à ocorrência de uma violação aos direitos que são garantidos constitucionalmente. Nesse sentido, conclui ainda que declarar que o direito à procriação não induz somente na consequência de se ter o acesso aos procedimentos de reprodução assistida devidamente assegurados (2013, p.2-4).

À vista disso, cumpre assinalar também a informação trazida por Maria do Céu Patrão Neves, que avalia o Parecer de nº 44 de julho de 2004 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e conclui que este, ao tratar sobre a prática da procriação medicamente assistida (PMA) se pauta em dois fundamentos, quais sejam: a “fidelidade ao desígnio original das técnicas de PMA” e a reserva do uso desta prática a “razões médicas”, constatando-se que a utilização deste procedimento biotecnológico é a assistência médica aos dotados de infertilidade, tida como doença, não sendo, portanto, um opção alternativa a quem possa reproduzir pelo método natural (2009, p.132-133).

Assim, observa-se que a finalidade primordial a qual decorre a utilização da prática da PMA se perfaz por conta da condição de infertilidade que uma determinada pessoa possui, sendo disponibilizada a esta poder proceder com esta técnica. Ocorre que, há na prática a atuação de comportamentos seletivos, ou seja, a procura de utilizar deste avanço científico para que se selecione o embrião *in vitro* o qual não possua qualquer sinal patológico, visando a reprodução apenas dos seres saudáveis. E, em relação ao feto, pratica-se clandestinamente a interrupção gestacional caso este se apresente, através de descoberta por exames clínicos, alguma anomalia ou deformidade qualquer.

Neste ímpeto, tem-se que ponderar os princípios ora em análise, juntamente com os dispositivos legais em vigência para que se proteja o patrimônio genético da humanidade, não havendo que se falar em eliminação de seres humanos meramente por serem portadores de alguma mera enfermidade, o que é ilícito.

Deste modo, a liberdade da pessoa humana é resguardada, mas a partir do momento que invade outras liberdades e/ou outros direitos, tem-se que verificar a prevalência do que se considera primordial à situação. E, nesse sentido, importante transcrever o entendimento de Immanuel Kant, o qual dispõe que o direito é “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade” (2010, p.54), afirmando assim que a liberdade “é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes” (KANT, 2010, p.58).

3.4.4 Autonomia privada e os seus limites

O exercício da autonomia privada, tendo em vista o possível ato de concretização das práticas seletivas no embrião *in vitro* e no feto, deve ser observado e adequadamente justificado pela ética e pelo direito.

Neste passo, faz-se necessário, primeiramente, discorrer um pouco sobre o posicionamento de alguns autores em relação aos seus respectivos entendimentos a respeito do que consiste a autonomia privada, princípio fundamental do direito privado.

Assim, Francisco Amaral se posiciona da seguinte maneira:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. É uma das mais significativas representações da liberdade como valor jurídico [...] (2014, p.84).

Hubert Lepargneur, por sua vez, ao tratar do conceito de autonomia, o compreende como um fundamento da dignidade, afirmando assim que “a raiz da dignidade pessoal é a autonomia individual do ser pensante e livre, por isso responsável” (2009, p.180-182).

Neste passo, impende citar o entendimento de Maurício Requião, o qual afirma que, em regra, “a realização da dignidade da pessoa humana passará justamente pela necessidade de garantir aos sujeitos o uso da sua autonomia”, revelando assim que a autonomia não vai de encontro com a dignidade, mas contribui para a efetivação desta (2014, p.28). Desta forma, tem-se que “a limitação da autonomia como forma de promoção da dignidade é exceção e deve ser tratada como tal” (REQUIÃO, 2014,

p.28).

Ademais, Francisco Amaral se pronuncia em relação à diferenciação entre “autonomia da vontade” e a “autonomia privada”, dizendo que estas não podem ser confundidas, uma vez que a primeira tem um sentido subjetivo e a segunda objetivo, sendo um “poder de vontade no direito, [...] concreto e real” (2014, p.84).

Roxana Cardoso Brasileiro Borges, por sua vez, também versa sobre a distinção entre a “autonomia da vontade” e a “autonomia privada”, esclarecendo que a “autonomia privada contestou o dogma da vontade ao afirmar que o puro consenso não é capaz de criar direito, mas apenas o consenso que for previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico ou aquele consenso ou acordo que não o contrariar”, chamando assim atenção para as consequências práticas que esta diferenciação possui, uma vez que não há uma conexão automática entre a vontade e a produção de efeitos jurídicos, e, sendo assim, a autonomia da vontade tem como problema prático a noção de ausência de limites no ramo jurídico (2005, p.50-53).

Desta maneira, nota-se que a vontade por si só não tem cunho jurídico, mas que terá caso esteja condizente com a CF/88, com as leis e com a ordem pública, valendo-se acrescentar ainda, de acordo com o entendimento de grande parte da doutrina, a moral e os bons costumes (BORGES, 2005, p.54).

Diante de tudo o quanto exposto, verifica-se que o caminho traçado da autonomia da vontade para a autonomia privada segue a mudança do direito liberal para o social, que é caracterizado por ser intervencionista, e este episódio no Sistema Jurídico Brasileiro ocorreu muito pelo advento da CF/88, em que “a liberdade sem limites preconizada pelos privatistas clássicos teve suas fronteiras delimitadas pela defesa de outros interesses da sociedade”, destacando-se a promoção da dignidade da pessoa humana e de uma sociedade mais justa (BORGES, 2005, p.54-55).

Isto posto, cumpre pontuar que para se obter sucesso na garantia da finalidade a qual a reprodução humana almeja, comportamentos seletivos são praticados. Neste ínterim, algumas condutas foram enquadradas e tidas como proibitórias e outras são regidas pelo privado no exercício de sua autonomia, governada pelo desejo específico de se ter filhos saudáveis, considerados perfeitos e/ou até mesmo com um determinado tipo fenotípico. Deste modo, deve-se chamar atenção para a avaliação dos limites normativos que devem necessariamente reger esses desejos de reprodução, sempre considerando a necessária proteção constitucional em

relação ao patrimônio genético da humanidade (MEIRELLES, 2013, p.2), assim como a dignidade da pessoa humana e uma sociedade mais justa, como já mencionado.

Nesse sentido, Roxana Cardoso Brasileiro Borges declara que “as fronteiras da autonomia privada são postas numa faixa cinzenta cujo objetivo é equilibrar, de um lado, o interesse do indivíduo e, de outro, o interesse dos demais indivíduos” (2005, p.56).

Logo, pode-se concluir que os princípios emanados da Ordem Jurídica Brasileira, além de servirem como vetores e bases para a construção de um entendimento sólido e harmônico entre a ética e a realidade científica, são claramente limites que devem ser observados e argumentados para se chegar a uma adequada e devida proteção do patrimônio genético, frente às condutas seletivas a partir de determinados diagnósticos, em razão da carência de disciplina normativa específica que trate sobre o assunto (MEIRELLES, 2014, p.183).

Neste diapasão, ao tratar sobre a abertura que os princípios consagram, dependendo do ponto de vista que o interessado deste tenha, o ilustre jurista Hans Kelsen assim dispôs:

Se essas fórmulas não encerram nada mais que a ideologia política corrente, com que toda ordem jurídica se esforça por se paramentar, a delegação da equidade, da liberdade, da igualdade, da justiça, da moralidade, etc. significa unicamente, na falta de uma precisão desses valores, que tanto o legislador, quanto os órgãos de execução da lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. Por que as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc. diferem tanto, conforme o ponto de vista dos interessados, que, se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis. Em todo caso, a delegação dos valores em questão não significa e não pode significar que a oposição entre o direito positivo e a concepção pessoal que eles possam ter da liberdade, da igualdade, etc. possa dispensar os órgãos de criação do direito de aplicá-lo. As fórmulas em questão não têm portanto, de modo geral, grande significado. Elas não acrescentam nada ao estado real do direito (2013, p.168-169).

Isto posto, pertinente são os apontamentos de Robert Alexy, que, ao examinar a possível colisão entre princípios, em que um se encontra no sentido permissivo e o outro, contrapondo, no sentido proibitivo, um destes terá que ceder, mas que isso não quer dizer que o que está cedendo seja tido como inválido, pois, o que se tem em verdade é, sob determinadas condições, a precedência de um diante do outro. Logo, no caso concreto, pesos distintos são atribuídos aos princípios, havendo a precedência daquele que tiver, portanto, o maior peso (2015, p.93-94). Lembrando

que, “conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2015, p.94).

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet ao tratar sobre os conflitos decorrentes de uma contradição vislumbrada em concreto sobre determinados valores ou bens, mencionou que, de acordo com o posicionamento amplamente adotado pela doutrina e jurisprudência atual, o princípio da proporcionalidade se divide em três elementos, quais sejam: a adequação, por meio de um controle sobre a viabilidade, tendo em vista alcançar a finalidade que se deseja; a necessidade, que diz respeito a ser um meio menos gravoso e menos restritivo; e a proporcionalidade em sentido estrito, que busca o equilíbrio entre o meio escolhido e o fim que se deseja, sendo também denominado de razoabilidade ou justa medida, uma vez que uma medida desproporcional pode ser, simultaneamente, adequada e necessária (2015, p.412-416). Deste modo, pode-se dizer que são medidas restritivas que visam proteger os direitos fundamentais (SARLET, 2015, p.415).

Assim, pode-se afirmar que o direito busca um equilíbrio entre este e o saber científico concretizado pelas novas descobertas (MALUF, 2013, p.141). Ou seja, “propugna por contribuir para evitar a atuação anárquica da Ciência ou a falta de desenvolvimento coerente nos processos científicos” (MEIRELLES, 2014, p. 183).

Por derradeiro, nota-se que deve haver uma harmonia entre o desenvolvimento científico, a evolução da humanidade, e a proteção dos bens jurídicos, podendo-se utilizar dos princípios ora abordados para fundamentar um determinado comportamento como permissivo ou proibitivo.

4 DISCIPLINA JURÍDICA DAS PRÁTICAS SELETIVAS NO EMBRIÃO *IN VITRO* E NO FETO POR MOTIVAÇÕES DE NATUREZA PATOLÓGICA

Toda a sociedade, não só no âmbito nacional, deve respeitar a vida humana na esfera ética e jurídica, pois o biodireito, como ramo do conhecimento já caracterizado, tem uma “efetiva noção de amor e inserção” (MALUF, 2013, p.129).

Assim, a partir da repercussão social que os avanços científicos vêm tendo na atualidade, surgem muitas discussões e polêmicas, que acarretam questões difíceis de serem solucionadas, que são desafiadas pelos juristas na elaboração de uma tutela satisfatória e que atenda às novas necessidades da sociedade, de maneira a proteger a pessoa humana (DINIZ, 2011, p.31).

Nesse contexto, embora diversos dispositivos e diplomas legais do Ordenamento Jurídico Brasileiro sejam visualizados e pertinentes à disciplina jurídica das práticas seletivas no embrião humano *in vitro* e no feto, os quais foram citados e abordados especificamente no tópico 2.4, bem como há também a existência de documentos internacionais que tratam do biodireito e da biossegurança, em que alguns serão identificados e analisados a seguir, a verdade é que “o tratamento normativo da eugenia no Brasil é, inegavelmente, incipiente”, uma vez que carece de maiores explicações em relação a determinados conceitos legais e a extensão que alguns dispositivos têm a respeito de suas respectivas aplicações (MEIRELLES, 2013, p.13).

4.1 EVOLUÇÃO CIENTÍFICA E OS LIMITES DA CIÊNCIA

No estado atual em que a sociedade se encontra, caracterizada pela disposição de diversas técnicas, extremamente eficazes e precisas, decorrentes da biotecnologia, descortina situações bastante inovadoras e perspectivas promissoras em relação à ciência da vida. Entretanto, a capacidade que se está tendo no ato de interferir na matéria viva nem sempre é uma prática controlável (CASABONA, 2012, p.19-20). Neste cenário, um dos riscos que se busca prevenir é justamente o de haver uma modificação em relação ao equilíbrio dos ecossistemas e da biodiversidade, bem

como a mutação sobre a evolução natural das espécies (V. MUÑOZ *apud* CASABONA, 2012, p.20).

Ao verificar a tutela jurídica em âmbito nacional, como já mencionado, a CF/88 proclama o direito à liberdade científica em seu artigo 5º inciso IX, garante o desenvolvimento econômico em seu artigo 170, desde que observado a existência digna, pautado nos ditames da justiça social e visando resguardar o meio ambiente, e, ainda, traz em seu artigo 218 a promoção e incentivo desse desenvolvimento científico.

Já na esfera internacional, alguns documentos são de suma importância, cabendo citar: a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, assinada pelo Brasil, que prevê a dignidade e a igualdade a todos, bem como a livre participação do progresso científico e de seus benefícios; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que fora ratificada pelo Brasil, a qual dispôs sobre o direito à vida em seu artigo 4º¹²; a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, adotada pelo Conselho da Europa em 04 de abril de 1997, a qual observa que o uso inadequado da biologia e da medicina pode pôr em risco a dignidade da pessoa humana, dispondo que o bem-estar e os interesses da humanidade impera sobre a ciência ou alguma importância específica; a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos adotada em 1997 pela Organização das Nações Unidas (ONU), que visando o respeito a direitos e garantias fundamentais instituiu diretrizes para as pesquisas genéticas, sendo de imensa importância ao presente trabalho monográfico os artigos 1º¹³, 2º¹⁴ e 6º¹⁵ deste referido documento; a Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica, a qual prevê parâmetros éticos diante da biotecnologia; e a

¹² Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 4º Direito à vida 1. 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.

¹³ Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Artigo 1º O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade.

¹⁴ Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Artigo 2º a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas. b) Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade.

¹⁵ Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Artigo 6º Nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana.

Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, proclamada pela ONU em 1975, a qual, por considerar o avanço científico e tecnológico fatores relevantes ao desenvolvimento social e econômico da sociedade humana, visa os benefícios que destes podem vir e busca neutralizar os eventuais riscos negativos, afirmando a livre determinação dos povos e respeitando os direitos humanos, a liberdade e a dignidade (MALUF, 2013, p.129-139).

Sendo assim, as referidas Convenções e Declarações no âmbito internacional adotam um sistema regulatório de biossegurança, e, no âmbito nacional, tem-se a Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que representa o diploma legislativo deste tema (MALUF, 2013, p.142).

Deste modo, os riscos provenientes do avanço científico demonstram de forma cristalina que a biossegurança traz uma limitação necessária sobre a sua atuação, uma vez que trata-se de uma assunto cuja matéria e prática ultrapassa as fronteiras dos Estados. Sendo assim, Carlos Maria Romeo Casabona entende que um dos obstáculos para a regulação da biotecnologia pelo direito é justamente se houver uma regulamentação normativa de forma isolada, ou seja, se em outros locais não fora adotado as mesmas precauções e controle, o que acarretará em “paraísos genéticos” ou “paraísos biotecnológicos”, tendo assim um exercício mais lucrativo (2012, p.19-20).

Destarte, uma consideração e importância expressa nas constituições modernas, nas declarações e convênios internacionais que tratam dos direitos humanos, e até mesmo um tratamento diferenciado na esfera do Direito Penal e de outros ramos do Ordenamento Jurídico, vem ocorrendo a respeito de grande parte dos bens jurídicos que podem ser comprometidos em razão de alterações no genoma humano (CASABONA, 2012, p.28).

A vida humana, a integridade física e psíquica (futura) do concebido, bem como o embrião *in vitro*, são uns do bens jurídicos que merecem uma intensificação necessária sobre sua proteção, ante as novas formas de ofensa a estes, que antigamente não se imaginava ou não parecia ter a mesma relevância que se tem hoje em dia (CASABONA, 2012, p. 28-29).

Assim, otimista são as palavras dos autores Léo Pessini e Christian de Paul de Barchinfontaine, que acreditam positivamente na tamanha responsabilidade que a

humanidade vem tendo com o futuro, certificando que necessita-se “de uma ética que ultrapasse os interesses individuais e corporativistas e abra as perspectivas do futuro de toda a humanidade” (2009, p.5).

4.2 REALIDADE SOCIAL DAS PRÁTICAS SELETIVAS

Conforme explicitado, não só a Lei Máxima do país, que é a CF/88, como diplomas internacionais relativos à genética, à biotecnologia e aos direitos humanos – como, por exemplo, o Conselho da Europa, que em sua Recomendação nº 1.110/89 protege aquela “diminuta célula” desde o momento da concepção, por considerá-la como pessoa –, há proteção sobre o nascituro e sobre o embrião (MALUF, 2013, p.173).

Além disso, impende mencionar ainda o artigo 196 da CF/88, o qual assegura que a saúde é um dever do Estado e é um direito de todos, devendo ser garantido através de políticas sociais e econômicas, buscando-se com isso a diminuição de doenças.

Antigamente, a eugenia era visualizada na proibição de algumas pessoas se casarem e em políticas de esterilização. Ocorre que, na atualidade, com a criação *in vitro* dos embriões, e, em razão desta prática possibilitar atos de cunho seletivo, pode-se dizer que trata-se de “*um processo de transição para um eugenismo individual ou liberal, de um eugenismo privilegiando a espécie para um eugenismo centrado em escolhas individuais e entregue, fundamentalmente, ao mercado*” (LOUREIRO, 2006, p.9-11).

Todavia, reconhecendo-se “as condicionantes do pluralismo mundividencial”, impende esclarecer que não se atribui ao embrião “a mesma proteção incondicional da vida que é usufruída pelas pessoas titulares de direitos fundamentais”, mas tem-se que ter em mente que “*a vida humana pré-pessoal não pode estar simplesmente à disposição como um qualquer bem de consumo em concorrência mercantil*” (HABERMAS, 2006, p.86).

Ao analisar os embriões, vale dizer ainda que a reprodução humana assistida permite a produção de uma elevada quantidade de embriões, que, por sua vez, quando não são utilizados, ficam crioconservados (MALUF, 2013, p.176), e, neste ponto, impende mencionar a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de

Medicina, a qual, como já mencionada, dispõe que as técnicas de reprodução humana assistida deve-se perfazer através da adoção das normas éticas.

Além disso, impende lembrar que, conforme a Lei de Biossegurança, a comercialização dos embriões *in vitro* é crime, sendo, portanto, vedada a sua prática, e que permite-se a pesquisa e a terapia nestes seres, assim como a utilização de células-tronco destes, uma vez que sejam tidos como inviáveis ou que estejam congelados há 3 (três) anos ou mais, e isso somente pode acontecer a partir do consentimento dos genitores.

Em relação aos fetos, pode-se dizer que, na atualidade, quando estes seres, produtos da concepção, apresentam condições capazes de motivar uma alteração patológica que não seja caracterizada como compatível com a plenitude da vida deste ser e com a integração do mesmo na sociedade, há a indicação médica para que seja realizada a prática interruptiva da gestação até a 24ª semana (FRANÇA, 2012, p.311).

Consideram alterações patológicas incompatíveis com a plenitude de vida e integridade social aquelas que ocasionam retardo mental de tal intensidade que causem dependência física e socioeconômica do indivíduo; alterações do sistema nervoso e/ou osteomuscular por aberrações cromossômicas desequilibradas, em diversas gênicas e em fetos que sofreram a ação de agentes físicos, químicos de comprovado potencial teratogênico (FRANÇA, 2012, p.311).

A realidade é que, para se evitar cada vez mais o nascimento de seres humanos defeituosos, está ocorrendo a ampliação das indicações do aborto, contatando-se uma valorização do indivíduo frente as disponibilidades médicas. Ocorre que, desta maneira, faz com que surjam questionamentos a respeito da razão a qual os meios da biotecnologia hodierna devam-se posicionar a favor, lembrando sempre que o direito à vida está consagrado nos documentos jurídicos, cuja dignidade da pessoa humana é um dos maiores fundamentos, e não pode haver a sua violação (FRANÇA, 2012, p.311).

No julgamento da ADPF nº 54, o Ministro Gilmar Mendes trouxe em seu voto que os “estudos indicam que praticamente a metade dos países membros da ONU reconhece a interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia do feto”.

Neste ínterim, impende assinalar que alguns bioeticistas

[...] afirmam a impossibilidade de interromper a gestação por motivos fincados na superioridade da vida, impassível de disponibilidade e intervenções não naturais, no dever de tutelar o feto como um ser humano,

e, também, na tradução que a conduta antecipatória pode exalar: a realização de práticas eugênicas (MEIRELLES, 2013, p.10).

Ademais, compete trazer alguns dados estatísticos para se dimensionar a realidade a qual o tema em discussão se respalda, senão veja-se:

Segundo relatório elaborado pela UNICEF, o Brasil tem uma taxa de mortalidade materna de cerca de 260 mortes por cada 100.000 nascimentos e uma em cada 140 mulheres corre o risco de morrer em consequência de uma gravidez; [...]. Mundialmente, cerca de 13% da mortalidade maternal é atribuída a abortos inseguros. (MALUF, 2013, p.261-262).

Logo, a partir destes números, constata-se que as mulheres que praticam o ato abortivo se sujeitam a inúmeros riscos diretos, aumentam assim o índice da taxa de mortalidade da gestante (MALUF, 2013, p.261-262).

Um fato que, apesar de não dizer respeito especificamente ao tema em discussão, mas sim em relação à realidade fática do aborto na sociedade brasileira, é que as gestantes que possuem capacidade financeira alta têm condições de se submeterem à prática abortiva em condições melhores do que as que têm capacidade financeira baixa, uma vez que há uma disponibilidade médica maior para as mulheres que podem pagar médicos e se internarem em hospitais particulares. Assim, desta situação, o que ocorre é que as mulheres que não possuem renda se submetem ao ato abortivo sem as devidas precauções e instruções, pondo em risco a própria vida. Ou seja, não há uma democratização em relação às disponibilidades médicas (FRANÇA, 2012, p.311).

Isto posto, cumpre apontar que um dos fundamentos aos quais os defensores da legalização do aborto se embasam é pautado justamente na mortalidade materna e nos problemas e riscos de saúde advindos da conduta abortiva, que, caso houvesse o acesso a métodos seguros, estas consequências seriam evitadas (MALUF, 2013, p.262).

Assim indica Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf:

[...] o aborto induzido ou a interrupção voluntária da gravidez tem um risco de morte para a mulher entre 0,2 e 1,2 em cada 100 mil procedimentos com cobertura legal realizados em países desenvolvidos. Esse valor é mais de dez vezes inferior ao risco de morte da mulher no caso de continuar a gravidez. Pelo contrário, em países em desenvolvimento, em que o aborto é criminalizado, as taxas são centenas de vezes mais altas, atingindo 330 mortes por cada 100 mil procedimentos (2013, p.262).

Nesse contexto, José Gomes Temporão, ex-ministro da saúde brasileiro, ao compreender a problemática decorrente do aborto como uma questão de saúde pública, informa que o aborto clandestino ocasiona “25% dos casos de esterilidade,

9% dos óbitos maternos, gerando uma média de 600 internações/dia por motivos de complicações decorrentes”, sendo adepto assim da descriminalização do aborto (MALUF, 2013, p.262).

A partir da realidade fática ora trazida, tem-se que a prática abortiva, em que há a interrupção gestacional e expulsão do feto do útero materno, caracteriza um cenário de grande índice de mortalidade e outros riscos de saúde à gestante, sendo muito realizado e sem observância, portanto, da legislação vigente, a qual proíbe a sua prática indiscriminada e sem obedecer aos dispositivos legais já trazidos, os quais preveem algumas poucas hipóteses permissivas, como, por exemplo, se a gestante estiver em risco de vida ou se tiver sido vítima de estupro.

Por derradeiro, a partir dos fatos trazidos, pode-se concluir também que uma gestante sem condições aquisitivas que, portanto, não tem acesso às disponibilidades médicas, nem havendo que se falar em qualidade, por conseguinte também não terá condições de realizar um diagnóstico médico para descobrir a existência de uma enfermidade grave no feto que carrega.

4.3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À DIVERSIDADE E A INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO

O artigo 225 da CF/88 dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial para que se tenha uma vida saudável, e, visando as presentes e futuras gerações, não só a coletividade como o poder público devem protegê-lo e defendê-lo.

Nesta linha, os incisos II e V do §1º do referido dispositivo constitucional estipulam considerações de suma importância a respeito do tema proposto: que, para que a efetividade desse direito ora mencionado seja devidamente assegurado, deve-se “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético” e que tem-se também que “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. Dessa maneira, observa-se que os preceitos ora mencionados enfatizam “a importância do direito à vida e o dever do Estado de agir para preservá-

la em si mesma e com determinado grau de qualidade” (MENDES, BRANCO, 2015, p.255).

Na contemporaneidade, com o surgimento de novos métodos biotecnológicos, esperanças e conflitos são advindos, fazendo-se necessário a regulamentação do biodireito ao tempo em que as conquistas científicas são descobertas (MALUF, 2013, p.475), uma vez que o risco decorrente do desenvolvimento científico deve ser apreendido quando se constata como a Genética é sedutora, por conta de sua capacidade de revelar um “caminho para o encontro do ser humano perfeito” (MEIRELLES, 2013, p.5).

Desta forma, deve-se ter em mente que a disposição jurídica reputada como necessária tem que se perfazer à luz do Sistema Jurídico Brasileiro, e, mais precisamente a respeito do presente tema, em observância ao dispositivo constitucional ora mencionado, qual seja, o artigo 225 da CF/88, por conta deste tratar de um bem de suma importância, que é a diversidade e a integridade do patrimônio genético da humanidade.

O acesso às informações genéticas que é praticado, encadeando na possibilidade de se optar pelo prosseguimento da procriação ou não, evidencia a importância e o zelo que se deve ter na elaboração dos limites éticos e jurídicos travados a esse respeito, pois há uma preocupação com o patrimônio genético da sociedade, com a sua diversidade e integridade, que pode ser comprometida e reduzida pela técnica científica (MEIRELLES, 2013, p.7).

Então, nota-se relevante se definir precisamente a existência e eficácia de uma adequada limitação ética, operacional e jurídica em relação às pesquisas científicas, para que seja possível o progresso desta sem pôr em risco o meio ambiente, bem como sem ferir a dignidade e sem comprometer o futuro da humanidade, preponderando-se o interesse coletivo em face do individual (MALUF, 2013, p.475).

Neste ponto, Maria Helena Diniz esclarece que há um compromisso da bioética que é verificado em sua origem, que seria a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a vida no planeta, devendo-se haver um equilíbrio harmonioso (DINIZ, 2011, p.33).

Ademais, em relação aos projetos de lei no Brasil sobre biodiversidade e sobre o patrimônio genético, teve recentemente o projeto que tramitou na Câmara dos Deputados sob o nº 7.735/2014, e, no Senado sob o nº 02/2015, o qual gerou a

norma jurídica 13.123 de 20 de maio de 2015, a qual regulamenta pontos do artigo 225 da CF/88, alguns artigos da Convenção sobre Diversidade Biológica, trata a respeito do acesso ao patrimônio genético, bem como “sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade”, dentre outras providências.

4.4 SUPORTE MÉDICO

Hodiernamente, tempo da biotecnologia em que tem-se uma sociedade de risco, uma das esferas mais marcantes desta revolução é justamente “*o das ciências da vida em geral e o da genética em particular*”, o que vem mudando radicalmente o comportamento da biomedicina (LOUREIRO, 2006, p.7-8).

A tradição cristalizou a medicina como um projeto que se incumbe a estar a favor do indivíduo e da humanidade, sem a prática de qualquer discriminação ou preconceito, e, portanto, a destruição de um ser que é incapaz e que não pode se proteger não é compatível com o destino da medicina (FRANÇA, 2012, p.311).

Desta forma, a simples existência de uma má-formação do feto não abre espaço para que a prática abortiva deixe de se configurar como uma ofensa à vida e à dignidade humana. Não importando a forma que o ser humano venha a nascer, ele não só será sujeito de direito como terá personalidade jurídica devidamente garantida pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro (FRANÇA, 2012, p.311).

É fato que todos desejam que as suas respectivas crianças nasçam com saúde e “perfeitas”, segundo crença enraizada pela sociedade. Entretanto, embora não se pretenda menosprezar a dificuldade que os parentes de crianças que possuem limitações físicas e/ou mentais, este fato não possibilita a permissão de ninguém a retirar deste sujeitos o direito à vida, pois, o ser humano, segundo Genival Veloso de França (2012, p.311):

[...] não pode ser julgado, na avaliação de sua existência, pela “plenitude de vida e independência socioeconômica”, nem muito menos pelo fulgor de uma inteligência privilegiada ou pela formosura de seus traços físicos, porque ele não foi proposto para torneios e disputas, mas para realizar o destino da criatura humana. E, como tal, não pode ser avaliado por quem quer que seja, pois isso não é o resultado de uma simples convenção, senão um imperativo da própria natureza humana.

Além disso, ao analisar a intervenção no embrião *in vitro* e no feto humanos, que decorre do diagnóstico realizado, insta salientar a compreensão de Jurgen Habermas, o qual entende que esta prática pode “atingir a auto-referência da pessoa à sua existência corpórea” (2006, p.91).

Todavia, como já fora mencionado, enfermidades graves, por conta de suas peculiaridades, possibilitam o aborto, como é o caso da anencefalia e dos fetos gêmeos siameses. Nesse sentido, o diagnóstico médico é imprescindível para a constatação não só da presença da enfermidade, mas também para informar o seu respectivo grau, podendo ser grave ou não. Outrossim, deve-se levar em consideração os exames feitos e métodos adotados pelo médico profissional para se averiguar a presença de uma determinada patologia no embrião humano *in vitro* ou no feto, e, caso existente, o nível da mesma, pois isso acarretará na segurança que este diagnóstico possui.

O diagnóstico adotado é de suma importância para a análise de uma possível prática seletiva nos seres em discussão, porque um pequeno erro pode levar a uma grande repercussão. Imagine-se, por exemplo, que haja um diagnóstico de enfermidade grave e uma disposição legal autorizativa em relação ao caso, entretanto, que o diagnóstico não tenha sido correto. Isto porque, como pontua Maria Helena Diniz, embora doenças hereditárias e congênitas possam ser transmitidas ao embrião e/ou feto, e estas podem ser detectadas por diagnósticos pré-natais e no prognóstico, é difícil se afirmar de forma absoluta que este é correto e que a criança irá, sem dúvidas, sofrer de um determinado mal, podendo-se assim incorrer no erro e matar uma criança “normal” (2011, p.72-73).

Deste modo, como bem pontua Jurgen Habermas, “estas importantes questões bioéticas estão naturalmente associadas ao aprofundamento dos diagnósticos” (2006, p.69).

Na verdade, por mais que a análise de como o diagnóstico deve ser feito para que este seja considerado seguro não seja o objeto da presente pesquisa, o que se quer pontuar aqui, mencionando esta avaliação, é que se trata de uma questão de grande relevância, que pode repercutir na permissão de uma prática seletiva, claro que se houver, também, norma jurídica que autorize. Ou seja, a menção do diagnóstico ser seguro é de tamanha importância pois, como se abordará mais a frente, pode ser que este laudo médico seja um dos maiores e mais fortes fundamentos à

possibilidade de autorização de um possível comportamento seletivo nos embriões e nos fetos.

4.4.1 Descarte dos embriões *in vitro* portadores de alguma patologia

A prática seletiva dos embriões fora possibilitada a partir da criação destes seres *in vitro*, e, neste ponto, vale dizer que “*esta disponibilidade da vida in vitro associa-se também uma revolução ao nível do diagnóstico, vestindo as sibilas agora a bata de médicos e biólogos, trabalhando em equipa e em laboratório*” (LOUREIRO, 2006, p.9-10).

O diagnóstico genético pré-implantacional pode ser definido como “um método de diagnóstico pré-natal utilizado em técnicas de reprodução medicamente assistida e que visa prevenir a transferência de embriões portadores de graves doenças genéticas ou cromossômicas” (MALUF, 2013, p.203-204).

Assim, conforme já identificado na legislação vigente, tem-se que esta técnica é empregada e que somente os embriões viáveis que são utilizados para a fertilização no útero da mãe, e, os embriões excedentários e os que possuem alguma alteração genéticas ou cromossômicas podem, por opção dos genitores, permanecer congelados ou serem doados com finalidade de pesquisa (MALUF, 2013, p.204).

Dessa maneira, impende chamar a atenção para a existência de autores que discutem o tema e entendem que, uma vez que somente os embriões saudáveis são transferidos, haveria o questionamento sobre se essa prática não seria uma nova forma de eugenia, e, inclusive, uns acreditam até mesmo pela sua proibição (MALUF, 2013, p.205), mas na prática é o que acontece.

Ao tratar do diagnóstico de pré-implantação, Jurgen Habermas analisa a dificuldade de se verificar “*a fronteira entre a selecção de factores hereditários indesejados e a optimização de características desejadas*” (2006, p.62), afirmando ainda que

À medida que cresce e se banaliza a criação e utilização de embriões para fins de pesquisa científica, vai-se operando uma mudança na percepção cultural da vida humana pré-natal, que se traduz num progressivo embotamento da nossa sensibilidade moral em relação ao carácter redutor dos cálculos “custo-benefício”. Hoje, apercebemo-nos ainda da obscenidade de uma tal reificação, e não podemos deixar de nos perfuntar se queremos realmente viver numa sociedade que paga a satisfação narcisística de

preferencia individuais com o desrespeito pelos fundamentos naturais e normativos da vida (HABERMAS, 2006, p.61-62).

Ocorre que, conforme já assinalado, o artigo 5º da Lei nº 11.105/05 prevê somente a possibilidade dos embriões inviáveis serem utilizados para pesquisa e terapia, assim como se estes estiverem congelados há 3 (três) anos ou mais ou, após diagnóstico, forem considerados como inviáveis, havendo a permissão do uso de células-tronco destes seres.

Desta maneira, ao analisar o conteúdo do dispositivo legal supramencionado, nota-se que, no Brasil, a possibilidade de cura se sobressai em relação à eliminação embrionária, e, por conta deste fato, tem-se a destruição destes seres (MINAHIM, 2005, p.162). E, neste aspecto, cumpre citar o entendimento de Jurgen Habermas, o qual afirma que *“os desejos de uma vida autônoma está sempre ligado às aspirações colectivas de mais saúde e maior esperança de vida”* (2006, p.66).

Sobre a questão do período de 3 (três) anos, importante mencionar que há críticas em relação à inviabilidade decorrente do congelamento superior a este tempo, uma vez que já houve nascimentos de embriões que foram congelados por mais tempo, não havendo, portanto, qualquer justificativa para que este período o considere como inviável (MINAHIM *apud* MEIRELLES, 2014, p.186).

Ademais, em relação à inviabilidade embrionária, não há uma descrição exata sobre o que esta consiste, e, sendo assim, observa-se claramente a necessidade de um posicionamento da medicina a esse respeito, uma vez que o artigo 3º inciso XIII do Decreto nº 5.991/2005 diz que os embriões inviáveis são *“aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde”*, e há consequências por conta da ausência de uma definição precisa sobre o mesmo, deixando espaço para que qualquer alteração diagnosticada no genoma humano seja tida como *“intolerante”* e o inviabilize.

Assim, observa-se que, embora a Lei de Biossegurança tenha tratado sobre comportamentos que envolvem questões relacionadas à biotecnologia, visualizando-se uma proteção ao patrimônio genético, não houve regulação jurídica a respeito das condutas seletivas por diagnósticos preditivos (MEIRELLES, 2014, p.184).

Neste ínterim, faz-se imprescindível trazer à baila o que a autora Ana Thereza Meirelles Araújo propõe como solução, indicando que

A regulamentação dessas atividades pressupõe a adequada disciplina emanada dos Códigos deontológicos de conduta profissional, Resoluções de Conselho de Classe, Instruções provenientes dos Comitês de Bioética e das normas decorrentes do processo legislativo ordinário (2014, p.183).

Assim, embora haja autores, como Maria Auxiliadora Minahim, que dispõe que “o conceito de viabilidade deve ser biológico, qual seja, deve tratar-se de embrião que não tem condições estruturais – físicas – de desenvolver-se em processo gestacional para alcançar outros estágios de desenvolvimento” (2005, p.162), esta definição não é precisa, e, portanto, tem-se que a condição inviável a qual o embrião possa se enquadrar “deve ser apurada a partir dos indicadores médicos regulamentados pelo Conselho Federal de Medicina, que, através de Resolução, deve contemplar quais as situações que atestam o comprometimento biológico do embrião” (MEIRELLES, 2014, p.186).

Ademais, tendo como referência outros países, pode-se concluir que a realização do diagnóstico preditivo deve ser permitido nas seguintes circunstâncias: “casos de diagnósticos de enfermidades genéticas graves, de aparição precoce e não susceptíveis de tratamento, ou em casos de alterações cromossômicas que possam comprometer a viabilidade e o desenvolvimento normal do embrião” (MEIRELLES, 2014, p.186-187).

Neste caminho, Ana Thereza Meirelles Araújo se posiciona, alegando que

Cabe ao Conselho Federal de Medicina editar Resolução determinando as enfermidades genéticas graves, a fim de ajustar os casos em que já se reconhecem o comprometimento da vida por conta da doença previamente diagnosticada. A decisão pelo descarte embrionário sempre deve se manter no plano da decisão dos genitores, sob pena de se consubstanciar como política sanitária de controle eugenista.

Impende a criação de Comitês de Bioética para avaliar os casos não previstos pela Resolução, posto que envolvem aspectos controversos e ainda desconhecidos, como as patologias multifatoriais ou de aparição tardia. [...]

Registra-se, para fins de viabilizar as soluções decorrentes das demandas em questão, a necessidade de criação de uma Comissão Nacional de Bioética, que regulamente a composição dos Comitês locais, vinculados a hospitais e universidades (MEIRELLES, 2014, p.187).

Por derradeiro, impende ressaltar que a definição do que consiste doença, como já abordado, tem reflexos culturais, e, por esta razão, encontra-se em uma mutação constante. Sendo assim, deve-se atentar para que não haja um engessamento das possibilidades diagnósticas (MEIRELLES, 2014, p.187).

4.4.2 Aborto de fetos portadores de alguma anomalia

Especificamente em relação aos fetos portadores da patologia fetal denominada de anencefalia, o ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ADPF nº 54, se posicionou acerca do diagnóstico médico deste quadro, ponderando que o Estado deve ter uma atuação pautada com todo o zelo possível quando se tratar deste laudo médico, uma vez que este seria a condição necessária para que a prática abortiva pudesse ou não ser realizada.

Nesse sentido, o referido ministro sugere que as autoridades competentes do Ministério da Saúde editem normas visando o devido procedimento e a adequada organização acerca de um diagnóstico desta natureza, conferindo, com isso, segurança à decisão que possa vir. Assim, lembra ainda que, como requisito para o aborto em discussão, no direito comparado há a exigência de pelo menos dois diagnósticos no sentido da anencefalia, realizados por meios eco/ultrassonográficos, por diferentes médicos e observando um interstício temporal entre este e a cirurgia, pretendendo-se que a gestante tenha a oportunidade de refletir, novamente, sobre a decisão que tomara. Desta forma, Gilmar Mendes concluiu que

A segurança do diagnóstico é que poderá, na prática, tutelar o direito à privacidade da mulher, bem como a boa utilização da autonomia da vontade individual, com o intuito de permitir que tome, com consciência e segurança, qualquer decisão sobre tema tão delicado.

A Corte, portanto, a meu ver deve recomendar fortemente que o Ministério da Saúde edite, além das já existentes, norma específica sobre o aborto de fetos anencéfalos, que cuide, em especial, da presteza do diagnóstico. Isso porque é esta providência que trará a segurança mínima exigida para que a gestante tome a difícil decisão de interromper ou continuar a gravidez do feto diagnosticado com prática da procriação medicamente assistida anencefalia.

[...]

Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Brasília-DF, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgado em: 12 abr. 2012. Acórdão Eletrônico Dje-080 Divulgado em: 29 abr. 2013. Publicado em: 30 abr. 2013.)

Neste ínterim, cumpre dizer que o Código de Ética Médica proíbe os médicos a efetuarem qualquer procedimento possível sem que este tenha sido devidamente explicado ao paciente ou esclarecido ao seu representante legal, ou seja, deve-se informá-los sobre o diagnóstico, a existência ou inexistência de tratamento, bem

como dos riscos que estes podem acarretar, e do prognóstico (MINAHIM, 2005, p.170). Além disso, deve-se respeitar a autonomia do indivíduo, sendo esta considerada como direito do paciente (MINAHIM, 2005, p.170).

Neste ponto, impende mencionar que, embora haja uma proteção jurídica destinada ao nascituro, já abordada no presente trabalho, não obsta a possibilidade de haver uma prática abortiva do feto portador de anencefalia, conforme posicionamento do STF no julgamento da ADPF nº 54, diante da constatação da ausência de viabilidade de vida humana e da necessidade de se preservar a integridade da gestante (física e psíquica) (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.262).

Desta maneira, verifica-se que há uma exigência quanto a prova efetiva de existência desta enfermidade e da inviabilidade de vida deste feto (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.262-263), uma vez que a prática seletiva somente será permitida a partir da constatação do diagnóstico que caracterize o quadro referente a esta patologia.

Ademais, além da interrupção gestacional do feto anencefálico, tem-se a permissão do aborto dos fetos gêmeos siameses pela 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, diante do diagnóstico médico que concluiu pela impossibilidade de sobrevivência destes em razão da enfermidade grave que estes possuíam, autorizou o ato abortivo.

Deste modo, nota-se que a prática seletiva que leva à permissão jurídica do aborto destes dois casos ora trazidos tem como base um ponto imprescindível em comum, qual seja, a existência de uma enfermidade grave a qual impossibilita a potencialidade de vida extrauterina.

Diante do exposto, em face da permissão abortiva de fetos portadores de uma anomalia grave, é de suma importância se estabelecer quais doenças se enquadram neste aspecto e instituir parâmetros que se diagnosticará uma patologia de natureza grave que, diante da constatação médica, verifique a inviabilidade de vida humana, possibilitando assim a interrupção da gestante.

4.5 A IMPORTÂNCIA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 E A POSSIBILIDADE DE SUA EXTENSÃO AOS FETOS PORTADORES DE OUTRAS ENFERMIDADES

Como a abordagem do presente trabalho trata da possível admissibilidade da interrupção gestacional quando se detectar alguma afecção de natureza grave, nos casos em que há uma malformação fetal ou a presença de uma determinada patologia que comprometa a vida extrauterina, se faz imprescindível a abordagem da ADPF nº 54.

Na ação constitucional ora em comento, o pedido feito fora que houvesse uma interpretação dos dispositivos legais do CP que preveem o crime de aborto, de acordo com a CF/88, visando-se a declaração da não incidência desta tipificação aos casos em que há inviabilidade do feto (BARROSO, 2009, p.313), ou seja, desejava-se que houvesse posicionamento jurisdicional autorizativo à prática abortiva de fetos anencefálicos, afirmando que o ato não constitui crime (BARROSO, 2009, p.314). Assim, o julgamento desta ação foi no sentido permissivo ao abortamento de fetos acometidos pela chamada anencefalia.

A importância desta decisão foi de muita grandeza, uma vez que, conforme trazido pelo ministro relator desta, o jurista Marco Aurélio, “até 2005 os juízes e tribunais de justiça haviam formalizado cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina”.

Ao discorrer sobre esta decisão, faz-se necessário o estudo sobre o que consiste a anencefalia, adiantando-se que se trata de uma anomalia neurológica a qual, através dos avanços médicos, por volta da 20ª semana de gestação, um exame clínico para se verificar o desenvolvimento do feto é feito e o diagnóstico precoce é efetuado (MALUF, 2013, p.183).

Assim, Miryan Vilia Lança Alberto, Alvaro Carlos Riveros Galdos, Maria Angélica Miglino e José Manoel dos Santos (2010, p.244) conceituam anencefalia como “uma malformação congênita originada de uma neurulação anormal, resultando na ausência de fusão das pregas neurais e da formação do tubo neural na região do encéfalo” e o Dicionário Médico Andrei (DELAMARE, 2007, p.35) define anencefalia como “monstruosidade caracterizada pela ausência de encéfalo”. Entretanto, a definição mais completa a nível de esclarecimento adequado para se ter uma melhor

compreensão a respeito da situação dos anencéfalos, é o conceito trazido por Genival Veloso de França:

[...] má-formação fetal congênita decorrente de defeito no fechamento do tubo neural durante o estágio embriológico, fazendo com que o feto não apresente os hemisférios cerebrais e o córtex, mas de forma variada um certo resíduo de tronco encefálico. Isso leva invariavelmente à privação das funções superiores do sistema nervoso central responsáveis por toda vida de relação, restando apenas algumas funções vegetativas e vasomotoras. (2012, p.313)

Deste modo, pode-se concluir que a situação pode ser compreendida como “menos delicada”, no sentido de que, mesmo utilizando-se de toda a assistência possível, o feto não terá condições de sobreviver por um longo período, pois, há uma certeza de que a anencefalia torna impossível a vida extrauterina, e, por conta disso, não há qualquer manifestação contrária da medicina e da ciência a respeito da situação dos anencéfalos (FRANÇA, 2012, p. 313).

Assim, cumpre lembrar o que fora visto anteriormente a respeito do que se trata do aborto eugenésico, que nada mais é do que a prática que visa-se evitar que haja o nascimento de crianças com defeitos físicos e/ou perturbações psíquicas. Contudo, a interrupção gestacional em razão da anencefalia não se enquadra nesta definição, pois o feto portador desta anomalia não tem nenhuma condição de ter uma vida autônoma (FRANÇA, 2012, p.313). E, nesse sentido, o alvará emitido pela Segunda Vara Criminal na Comarca de Londrina foi muito claro quando esclareceu que:

[...] não se está admitindo por indicação eugênica com o propósito de melhorar a raça, de evitar que o ser em gestação venha a nascer cego, aleijado ou mentalmente débil. Busca-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só (FRANÇA, 2012, p.313).

Por conta disso, há uma unanimidade quase que absoluta pelo entendimento permissivo em relação à interrupção gestacional nos casos dos fetos anencéfalos, diante dos argumentos eminentemente técnicos que afirmam a não sobrevivência deste ser, certificando assim não se tratar de uma questão sobre a qualidade de vida. Desta forma, não há qualquer impasse ético ou legal quanto à anencefalia (FRANÇA, 2012, p.313).

Todavia, é imperioso trazer à baila alguns dados estatísticos a respeito da incompatibilidade de vida, pois, tem-se que na primeira semana após o parto, somente 25% dos fetos portadores da anomalia anencefalia apresentam determinados sinais de vida, na realidade é como se fosse “2 a cada 1.000 nascidos vivos” (MALUF, 2013, p.268).

Por conta da informação ora citada, alguns são adeptos ao entendimento de que há que se falar em interrupção terapêutica da gravidez, embasada no fato do feto ter uma impossibilidade de vida posterior, e, outros compreendem que não é adequado enquadrar o ato como aborto propriamente dito, pois se está tratando de um ser o qual não tem vida, e “aborto é a morte do feto causada pela interrupção da gravidez” (MALUF, 2013, p. 269-230). Ainda, acrescenta-se ao segundo entendimento que, tendo em vista do feto já estar morto, o que a lei penal pretende proteger (a vida), não estaria sendo ferido, sendo, portanto, “atípica a conduta da interrupção da gravidez do anencéfalo” (MALUF, 2013, p.269), e, nesse seguimento, tem-se o exemplo da fundamentação do ministro relator da ADPF nº 54, o qual entende que não há que se falar nem em um aborto eugênico, por considerar o feto como natimorto.

Logo, faz-se relevante mencionar que já houve um caso no Brasil de uma menina chamada Marcela de Jesus Ferreira, que fora diagnosticada com anencefalia e que sobreviveu um ano e oito meses (HENRIQUE, 2008, p.1), mas houve discussões acerca do caso ser de anencefalia ou microcefalia, aumentando os debates médicos sobre o diagnóstico (PEREIRA, 2014, p.51).

Por tudo o quanto exposto, mesmo que ainda não tenha sido criada uma jurisprudência a respeito da interrupção gestacional em casos de anencéfalos, a ADPF nº 54 nada mais é do que um precedente que outros magistrados podem se valer no pronunciamento autorizativo nestes casos, além de abrir espaço para discussões a respeito de casos semelhantes, ou seja, em que haja a presença de alguma anomalia fetal que também seja diagnosticada como totalmente incompatível com a vida extrauterina (FRANÇA, 2012, p.313), daí a sua extrema importância ao tratar sobre o tema proposto no presente trabalho monográfico.

Diante do objeto de pesquisa ora feito, abordando indagações com alto grau de complexidade, se mostra pertinente aludir determinados questionamentos por carregarem consigo reflexões acerca da presente discussão:

Seria a anencefalia razão suficiente para pôr fim ao feto e legitimar o aborto seletivo pelo simples fato de a vida estar fadada ao fracasso porque a criança não terá capacidade, se nascer, de dar continuidade à pouca vida que lhe resta? A dignidade da vida humana dependeria do tempo de sua duração ou do requisito da viabilidade? (DINIZ, 2011, p.77)

Isto posto, além das discussões e questionamentos polêmicos sobre o porque de se interromper uma gestação em razão de um feto ser portador da anencefalia ou de

alguma outra malformação genética, o enfoque aqui também é trazer à baila o estudo pertinente acerca da disciplina jurídica já existente e o que se vislumbra como aprimoramento legal diante das necessidades humanas e dos avanços tecnológicos.

Desse modo, como já mencionado, a existência da ADPF nº 54 veio em um cenário o qual não tinha qualquer disposição legal que embasasse uma prática abortiva em razão da presença de uma anomalia de natureza grave.

Contudo, ao discorrer sobre algumas possíveis malformações fetais ou lesões congênitas, impende citar a Síndrome de Down, que se trata de um exemplo o qual embora o quadro seja irreversível, não irá comprometer a vida extrauterina da criança, ou seja, esta irá nascer e viver de forma saudável, igualmente às que não possuem esta síndrome (DINIZ, 2011, p.71).

O que se pretende demonstrar ao citar o exemplo de uma síndrome cujo quadro é irreversível é justamente concluir que, conforme dados fáticos e dispositivos legais exaustivamente já tratados, bem como o advento da ADPF nº 54, observa-se, a partir dos fundamentos aos quais a referida decisão se pauta, bem como à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro, que o aborto, além das hipóteses de excludente de imputabilidade previstas nos incisos do I e II do artigo 128 do CP, esta conduta pode ser praticada quando o feto for diagnosticado com uma afecção a qual o impossibilite de ter uma vida extrauterina, que é justamente a essência do que embasa a ADPF nº 54, dentre outros direitos inerentes à gestante.

Deste modo, imprescindível é o entrelace da medicina com o direito, uma vez que o suporte médico que irá importar e decidir se tal ato se enquadra perfeitamente nas premissas e fundamentos da ADPF nº 54, podendo assim se falar em extensão da autorização da interrupção gestacional a outras situações além da anencefalia, pois acredita-se que, havendo um laudo médico no mesmo sentido, não há que se dizer em não autorização do ato abortivo a outros fetos portadores de uma enfermidade de tamanha gravidade, cuja expectativa de vida se mostra ausente em sua totalidade.

4.6 ALVARÁS JUDICIAIS

Tendo como enfoque as justificativas jurídicas que embasam as práticas seletivas, Debora Diniz (2000, p.1-6) analisa o conteúdo de alguns alvarás judiciais na intenção de levantar os principais argumentos adotados pelos magistrados na tentativa de legitimação da interrupção seletiva da gravidez. Neste ensaio, verifica que os juízes, em verdade, tentam buscar uma harmonia entre a ciência e as crenças morais, sem prejuízo de ambas.

Nesta análise realizada dos alvarás judiciais pela autora mencionada, constatou-se que há grande discussão moral sobre a questão da legalização do aborto, uma vez que este ato é considerado uma conduta legalmente imoral. Assim, visualiza-se a tamanha relevância da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, pois, os argumentos que a justificam irão ser adotados nos alvarás judiciais, servindo como diretriz fundamental na decisão que autorizará ou não a prática seletiva da gravidez, ou seja, a interrupção gestacional seletiva.

Um dos fundamentos relevantes que apoiam o aborto seletivo é o suporte científico produzido pelo conhecimento médico, o qual indica que à margem de erro de um exame fetal é mínima. O segundo fundamento relevante, agora na esfera jurídica, é a ausência de vida associada à imagem de sub-humanidade. Lembrando que a afirmação de inexistência de vida não abrange somente os fetos que não possuem vida, mas também aqueles que, no mínimo, não terão condições de dar continuidade à mesma (DINIZ, 2000, p.1-6).

Isto posto, tem-se que os juízes ao expedirem alvarás judiciais não admitem a prática eugênica como um propósito de melhorar a raça humana. O que há, em verdade, é uma legitimação pautada em laudos médicos, os quais sustentam a impossibilidade da vida extrauterina (DINIZ, 2011, p.75).

Além dos argumentos que justificam a prática seletiva da interrupção gestacional, a integridade psíquica materna pode ser alvo de preocupação, pois a gestante estará carregando um feto que possui grande probabilidade de não sobreviver. Entretanto, não se é dado grande relevância a este aspecto nos alvarás judiciais, pois a discussão maior gira em torno da qualidade destes seres humanos, se há vida ou não, e, “reforçando o caráter da saúde psíquica materna, talvez, provocasse uma mudança de rumos na luta política e moral que a interrupção seletiva gestacional

carrega” (DINIZ, 2000, p.1-6). Outro ponto a respeito do psíquico da gestante que deve ser vislumbrado é que a comprovação clínica deste estado em que a mãe pode se encontrar é extremamente complicado (DINIZ, 2000, p.1-6).

Entretanto, ao contrário do que aduz Debora Diniz, o acórdão da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), no julgamento favorável à interrupção de gravidez de fetos gêmeos siameses, entendeu que o estado psíquico materno é uma questão de grande relevância, uma vez que, nos fundamentos adotados, afirmou ser uma tortura à mãe que gerou o feto, com as melhores expectativas sobre este, e tem que o carregar dia após dia sabendo que este não terá qualquer chance de sobreviver, em razão do quadro que o feto fora diagnosticado pelos médicos.

[...]

6. A gestação dos fetos natimortos gera, indubitavelmente, maiores riscos à paciente do que uma hipotética gravidez comum, inclusive com a possibilidade de deixá-la estéril. O aspecto psíquico, por sua vez, não se revela menos doloroso à paciente, pois carregar no ventre um filho gerado com amor, a quem se colocavam as melhores expectativas, mas com plena ciência de que nascerá deformado e sem a menor chance de sobreviver, configura um quadro devastador, equivalente a uma tortura suportada dia após dia pela mulher.

7. Ainda que se considerem os fetos dicéfalos como destinatários do direito à vida, a despeito da ausência de potencialidade para se tornarem um indivíduo-pessoa, não cabe ao Estado impor o prosseguimento de uma gestação que se apresenta como uma verdadeira tortura, cujo resultado final será irremediavelmente a morte dos gêmeos siameses, sobretudo porque os direitos fundamentais da mulher, referentes à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autonomia da vontade, à privacidade e à saúde se mostram preeminentes à vida exclusivamente intrauterina dos natimortos.

[...]

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus nº 0023285-95.2015.8.19.0000, Oitava Câmara Criminal. Relator: Des. Claudio Tavares de Oliveira Junior. Julgado em 27 mai. 2015.)

Portanto, o entendimento seguido pelos desembargadores elegeu o psicológico materno em que a mãe se encontra como uma premissa plausível e relevante de se levar em consideração na análise da possibilidade de se autorizar a interrupção gestacional dos gêmeos siameses, em razão da ausência de potencialidade de vida extrauterina destes, que acarreta em um sofrimento imensurável para a mãe que o carrega diariamente.

Sobre o quadro materno, a decisão mencionada também levou em consideração os direitos fundamentais da mulher, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autonomia da vontade, a privacidade e a saúde, e, neste passo, os considerou preponderantes em relação à vida intrauterina dos natimortos.

Portanto, alguns alvarás judiciais, bem como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, vieram no caminho do favorecimento do aborto nos casos de anencéfalos (FRANÇA, 2012, p.313).

Entretanto, cumpre deixar claro que, embora tenha-se trazido neste tópico do presente trabalho a questão dos alvarás judiciais que dizem respeito ao presente tema, hodiernamente não se fala muito destes em razão do advento da ADPF nº 54.

Nesse cenário, conclui-se que o aborto eugênico vem sendo autorizado em fetos que possuem anomalias graves e que inviabilizam a sua vida, segundo o conhecimento médico. Assim, Guilherme de Souza Nucci (2014, p.614) chama atenção à possibilidade de abusos nas decisões autorizativas da prática de abortamento dos fetos:

Cremos ser razoável a invocação da tese de ser inexigível a mulher carregar por meses um ser que, logo ao nascer, morrerá. Mas não se pode dar margens a abusos, estendendo o conceito de anomalia para abranger fetos que irão constituir seres humanos defeituosos ou até monstruosos. Afinal, nessa situação, o direito não autoriza o aborto.

Destarte, embora a decisão permissiva à prática abortiva pela mãe seja aceita, uma vez que esta carrega um feto que não irá sobreviver, nota-se que esta atitude não pode dar espaço a abusos, pois, não deve-se confundir uma enfermidade de natureza grave com um feto cujo quadro é distinto deste, devendo-se sempre levar em consideração o direito à vida, a proteção constitucional ao patrimônio genético da humanidade e a ilegalidade do aborto.

4.7 LIMITES EMANADOS DO SISTEMA JURÍDICO

Como bem pontua Maria Helena Diniz, “nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível” (2011, p.41).

O preâmbulo da CF/88, que “é a parte precedente do texto constitucional que sintetiza a carga ideológica que permeou todo o documento constitucional, prenunciando os valores que a Constituição adota e objetivos aos quais ela está vinculada” (CUNHA JÚNIOR, 2015, p.108), traz de forma evidente a afirmação de que ela fora elaborada com a finalidade de instituir um Estado Democrático, com o intuito de assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a

segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (CUNHA JÚNIOR, 2015, p.119).

Além disso, a CF/88 dispõe expressamente no seu artigo 3º nos incisos I, II e IV que a República Federativa do Brasil tem como objetivos fundamentais a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional” – e, leia-se, nesse sentido, um desenvolvimento sustentável –, e “promover o bem de todos” – sem qualquer forma de discriminação. Vale mencionar ainda um dos embasamentos que é de extrema relevância, qual seja o da “dignidade da pessoa humana”, trazido no artigo 1º inciso III da CF/88.

Eis, portanto, a “garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro” funções desempenhadas pela CF/88 (CUNHA JÚNIOR, 2015, p.120).

Neste passo, cumpre dizer que a segurança é necessária para que o indivíduo possa se conformar, conduzir e programar sua vida de uma maneira responsável, levando em consideração, portanto, dois princípios, quais sejam: a segurança jurídica e a proteção da confiança, que são elementos que contribuem para a formação do Estado de direito (CANOTILHO, 2003, p.257).

Isto posto, nota-se que a função de garantir a proteção do patrimônio genético da humanidade como um dos papéis da CF/88, uma vez que a questão versa sobre a segurança, o bem-estar e a igualdade dos seres humanos, a partir de uma visão pluralista da sociedade e da busca pela ausência de preconceitos. De outro lado, há também uma limitação do exercício de outros direitos, em especial da liberdade e do desenvolvimento, que, por óbvio e como já fora mencionado, não pode ser desordenado.

Ademais, constata-se também que, quando se atribui direitos a uns, ao mesmo tempo tem-se que limitar direitos de outros, para que seja possível a eficácia do exercício de todos sobre os seus respectivos direitos. Desta forma, pode-se chegar à verificação de que, quando o Ordenamento Jurídico Brasileiro traz atribuições e prerrogativas, estas devem ser observadas num contexto maior, que é o cenário da pluralidade da humanidade, visando as funções sociais e respeitando os direitos fundamentais, decorrendo assim em uma limitação jurídica.

Sendo assim, tem-se como papel do direito o não impedimento dos avanços da ciência e, simultaneamente, a imposição de limites em relação às novas descobertas

biotecnológicas, de maneira que possibilite às recentes conquistas ter um regulamento que seja suficientemente capaz de atender o que de fato se busca, o benefício à humanidade visando a proteção da vida, freando assim qualquer prática vinculada a algum interesse individual egoísta que tenha aptidão de pôr em risco o patrimônio genético da humanidade (MALUF, 2013, p.17-18). Logo, deve-se pensar em um jeito eficaz de haver uma disciplina sobre as descobertas biotecnológicas que interferem na vida humana de uma forma que esta não fique ultrapassada do dia para noite, ou seja, que tenha sintonia com o ritmo ao qual as conquistas científicas são alcançadas (MALUF, 2013, p.18).

Por fim, cumpre salientar que a verdadeira concepção que fora consagrada para toda a ciência é que “o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade” (DINIZ, 2011, p.41), condicionando a prática biomédica à dignidade da pessoa humana, pois a bioética e o biodireito não enxergam a vida humana como uma mera questão de sobrevivência, porém de “vida com dignidade”, e isso é nitidamente acatado internacionalmente, como, por exemplo, no artigo 6º da Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade¹⁶, que fora feita pela ONU em 10 de novembro de 1975, bem como no artigo 2º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina¹⁷, adotada pelo Conselho da Europa, em 04 de abril de 1997 (DINIZ, 2011, p.41-42).

Deste modo, se algum ato não assegurar adequadamente a dignidade humana, este deverá ser repudiado, uma vez que contraria os preceitos éticos e jurídicos dos direitos humanos, e a consciência da efetividade destes é a maior conquista da humanidade, traduzindo-se no caminho para a justiça e para a solidariedade, respeitando a liberdade (DINIZ, 2011, p.43-44).

Assim, Jurgen Habermas assinala que *“esforça-se sobretudo por clarificar o ponto de vista moral sob o qual avaliamos normas e acções sempre que se trata de*

¹⁶ Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade. Artigo 6º Todos os Estados adotarão medidas próprias para estender a todas as camadas da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto na área social como material, das possíveis consequências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo, em particular em relação com respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e sua integridade física e intelectual.

¹⁷ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. Artigo 2º O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência.

determinar o que é do interesse equilibrado de cada um e, em idêntica medida, para benefício de todos” (2006, p.43).

Neste ponto, João Carlos Loureiro, ao observar que “*a temporalidade é nota intrínseca do direito e da constituição*” (2006, p.27), cita dois aspectos de suma importância, quais sejam:

a) do modo como as pessoas das futuras e as gerações vindouras se fazem presentes em termos de tutela constitucional;

b) dos reflexos que o actual direito pode ter, por acção ou omissão, nas gerações futuras; nomeadamente, ao permitir-se o eugenismo liberal, terão de ser considerados os efeitos em aspectos como a auto-compreensão da espécie, na dignidade e na igualdade (LOUREIRO, 2006, p.27).

Destarte, conforme já mencionado, a vida é um bem intangível e inalienável, e, neste ponto, Maria Helena Diniz faz uma indagação de suma importância: “*porque se ninguém tem direito de controle sobre sua própria vida, como poderia tê-lo em relação à vida alheia?*” (DINIZ, 2011. p.71), citando ainda uma decisão do caso Gleitman & Cosgrove, da Suprema Corte de Nova Jérsei, proferida em 1967, a qual demonstra uma excelente reflexão sobre a presente temática (DINIZ, 2011. p.71).

Senão veja-se:

The right to life is inalienable in our society. A court cannot say what defects should prevent an embryo from being allowed life such that denial of the opportunity to terminate the existence of a defective child in embryo can support a cause for action. Examples of famous persons who have had great achievement despite physical defects come readily to mind, and many of us can think of examples close to home. A child need not be perfect to have a worthwhile life.¹⁸

Nesse sentido, Maria Helena Diniz ainda faz outros questionamentos pertinentes: “*quantas pessoas nasceram com problemas físicos ou mentais, ou vieram a adquiri-los, e mostraram toda a sua inteligência e fulgurante espiritualidade?*” (2011, p.73) e, ainda, “*se uma deficiência física ou psíquica fosse motivo para eliminar fetos, o que se deveria fazer com os que nasceram perfeitos e, por uma ironia do destino, contraíram enfermidades ou sofreram acidentes que os tornaram defeituosos?*” (2011, p.73), acreditando assim que o aborto eugenésico nada mais é do que um retrocesso, pois poderia ser definido como uma eutanásia intrauterina do ser humano (2011, p.73).

¹⁸ O direito à vida é inalienável em nossa sociedade. Um tribunal não pode dizer quais defeitos devem impedir um embrião de ser autorizado à vida de tal forma que a negação da oportunidade de pôr fim à existência de uma criança defeituosa no embrião pode sustentar a razão de agir. Exemplos de pessoas famosas que tiveram grandes conquistas, apesar de defeitos físicos, vêm facilmente à mente, e muitos de nós podemos pensar em exemplos próximos. Uma criança não precisa ser perfeita para ter uma vida digna (Tradução livre).

À vista disso, tem-se ainda a constatação de que as associações de pais de crianças excepcionais foram os primeiros a reagirem contra o aborto eugênico, que o entenderam e o consideraram como uma ofensa de natureza grave diante das pessoas já nascidas e que eram portadoras de alguma deficiência física ou mental (DINIZ, 2011, p.72).

Neste ponto, nobres são os ensinamentos do autor Genival Veloso de França, o qual dispõe que:

A defesa e a proteção da pessoa humana – na dimensão que se espera dos direitos humanos, exige no mesmo sentido e nos mesmos valores, o reconhecimento de todos aqueles que se encontram em qualquer estágio de vida, inclusive no estado embrionário.

O que se quer chegar, pelo menos, é à condição de ser humano, pelo que isso significa, neste momento de tanto tumulto e de tanta inquietação, e nesta hora em que o sentimento se distancia mais e mais, e quando a indiferença parece ter tomado conta do mundo (2015, p.2).

Deste modo, o referido autor chama a atenção da sociedade para o devido valor à pessoa humana, que não se pode perder de vista, independentemente do estágio de vida que esta se encontre, ou seja, seja embrião *in vitro* ou feto.

O respeito à vida deve ser observado em toda a sua dimensão, abrangendo o embrião humano *in vitro* e o feto, ou seja, o ser humano em toda a sua evolução (MALUF, 2013, p.475), pois, conforme dispõe José Afonso da Silva, a vida é a “fonte primária de todos os outros bens jurídicos”, esclarecendo que não adiantaria nada garantir constitucionalmente outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o bem-estar, a igualdade e a liberdade, caso não se considerasse a vida humana como integrante do gênero direitos fundamentais (2015, p.200).

Assim, entende-se que mesmo que haja diversas justificativas e fundamentos conjecturais que baseiem a destruição de um ser, nenhuma ciência e nenhum indivíduo pode dispor incondicionalmente da vida deste, porque a vida é um bem intangível e inalienável. Não se quer aqui parecer uma questão de insensibilidade e/ou indiferença ao sofrimento que os pais e familiares têm em razão de uma criança que possua limitações mentais e/ou físicas, nem demonstrar qualquer indiferença a respeito das dificuldades que tanto lhes custa e dói. Entretanto, é dessa forma que “a humanidade vai caminhar, amando e sofrendo, tentando a cada dia salvar o mundo que começa a se perder nas mãos dos fortes, capazes e aparentemente perfeitos” (FRANÇA, 2012, p.311-312).

Seria um risco muito grande excluir da proteção legal o direito à vida de seres humanos frágeis e indefesos, o que contraria os princípios aplaudidos

e consagrados nos direitos humanos. A vida é um bem intangível que é supérfluo dizer que está protegida pela Constituição Federal, pois como bem mais fundamental ela transcende e excede todos os seus dispositivos. É a partir da vida que emergem todas as necessidades de legislar. E quando excepcionalmente se admite, em caráter mais que desesperado, é sempre em defesa irrefutável da própria vida, como na legítima defesa, no estado de necessidade e no estrito cumprimento do dever legal (FRANÇA, 2012, p.311).

Neste tópico, vale lembrar o ensinamento do autor Immanuel Kant que já fora trazido no presente trabalho, o qual compreende que o ser humano, por ser racional, tem um fim, que trata-se do objeto de uma escolha, a qual é estabelecida através de ações que induzem à efetivação desta, concluindo-se, portanto, que pode-se “efetivamente ser constrangido por outros a executar ações que são dirigidas como meios a um fim” (KANT, 2010, p.154).

Insta ressaltar, por derradeiro, as nobres observações de Jurgen Habermas, o qual entende que

Apesar de a incondicionalidade da verdade e da liberdade ser um pressuposto necessário das nossas práticas, ambas carecem de qualquer garantia ontológica que transcenda as componentes da “nossa” forma de vida. Do mesmo modo, também a autocompreensão ética “correcta” não nos é revelada ou “dada” por qualquer outra via. Só num esforço comum poderemos alcançá-la. E daí que, sob este ponto de vista, aquilo que possibilita o nosso ser-próprio nos surja como um poder transsubjetivo do que um poder absoluto (2006, p.51).

Desta maneira, tem-se que “*as ideias morais só vinculam eficazmente a vontade quando se encontram alicerçadas numa autocompreensão ética que articula a preocupação pelo bem próprio com o interesse na justiça*” (HABERMAS, 2006, p.43-44).

Por fim, entende-se que, embora não haja legislação específica que trate do tema em questão, há a existência de determinados dispositivos legais os quais, a partir de uma interpretação devida, e visando primordialmente a proteção do patrimônio genético da humanidade, devem ser aplicados. Todavia, pertinente se faz o advento de uma disciplina jurídica específica que tutele o tema, uma vez que não se crê ser adequado ficar a mercê de interpretações, pois dá margem a muitas divergências, e, por conta do tema dizer respeito a um bem tão essencial, qual seja, a vida e a sua diversidade e integridade genética, não se pensa ser cabível continuar com a ausência de disposição jurídica que regule as práticas seletivas no embrião *in vitro* e no feto por motivações de natureza patológica.

5 CONCLUSÃO

Em razão do progresso biotecnológico, que trouxe inúmeras possíveis interferências nos entes humanos (embrião extracorpóreo e feto ou nascituro), visualiza-se nitidamente o entrelace da ética com as ciências da vida, originando o ramo da Bioética, que, por sua vez, necessita do Direito para salvaguardar o bem da vida, visando o equilíbrio do meio ambiente através da proteção da integridade e diversidade do patrimônio genético dos seres humanos. Sendo assim, observa-se que a ética analisada sob a perspectiva da vida ultrapassa os interesses individuais dos seres humanos, e deve ser estudada e positivada pelo Direito visando o futuro da humanidade.

Neste avanço científico e tecnológico que pode vir a ser praticado em um embrião *in vitro* e/ou em um feto, realizando uma seleção por motivação de natureza patológica nestes seres, tem-se uma eugenia de natureza negativa, a qual objetiva a eliminação ou o afastamento do que não se é desejado, decorrendo assim no descarte embrionário por conta deste ser defeituoso, em razão de uma determinada deficiência genética ou cromossômica que possua, e, na interrupção gestacional (aborto), em decorrência de uma anomalia de natureza grave diagnosticada através de exames médicos.

A Lei de Biossegurança permite a utilização dos embriões humanos *in vitro* para pesquisa e terapia, desde que sejam qualificados como inviáveis ou que estejam congelados há 3 (três) anos ou mais, devendo-se, entretanto, haver o consentimento dos genitores. Além desta disposição legal, tem-se a vedação da comercialização dos embriões, uma vez que este ato é tido como crime.

Quanto à inviabilidade embrionária, que não tem uma conceituação precisa, abre-se espaço para o descarte do embrião que possua qualquer enfermidade. Assim, observa-se que há uma necessidade do advento de normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde que esclareçam exatamente em que consiste um embrião inviável. Sendo assim, diante das condutas seletivas por diagnósticos preditivos, se teria uma adequada e eficaz proteção.

Em relação ao feto, a proibição legislativa acerca do aborto já demonstra a existência de uma limitação referente à prática seletiva deste ser. Ocorre que, o STF, na ADPF nº 54, entendeu pela autorização da conduta abortiva de feto

anencéfalo, por conta deste possuir uma anomalia de natureza grave a qual impossibilita a sua vida extrauterina, caracterizando a prática como atípica. Assim, diante da importância que se dá ao seguro suporte médico, é notável o entrelace da medicina com o direito, surgindo questionamentos acerca da extensão da permissão desta prática seletiva em razão da existência de uma patologia grave a outras hipóteses, ou seja, a outros casos em que o diagnóstico médico identifique uma enfermidade da mesma natureza.

Deste modo, havendo uma situação em que se verifique um diagnóstico semelhante ao da anencefalia, não há motivos para que não se autorize a conduta seletiva que tenha como consequência a interrupção gestacional. Nesse sentido, a anencefalia pode ser utilizada e pensada para fazer uma analogia com outras doenças.

Além disso, no contexto de um feto portador de uma patologia de tamanha gravidade, cuja expectativa de vida se demonstra ausente em sua totalidade, o estado psíquico materno é de suma importância, uma vez que corrobora com a conduta seletiva, tendo em vista a situação torturante a qual a gestante se encontra, sendo, portanto, um relevante aspecto a fundamentar tal permissão.

Ademais, entende-se que o Conselho Federal de Medicina deve se manifestar acerca das enfermidades de natureza grave, visando-se uma verificação prévia segura da existência de uma patologia diagnosticada que comprometa a vida do ser, buscando-se tutelar as possíveis condutas passíveis de serem realizadas.

Insta ressaltar ainda que, diante da evolução científica proporcionada pela biotecnologia, faz-se imperioso que o comportamento seja exercido à luz da responsabilidade, e isso se dá em razão das variadas consequências que podem ser emanadas destas práticas.

Assim, nota-se a necessidade de um diálogo amplo e democrático na sociedade, buscando sempre a observância dos benefícios que a ciência pode trazer e evitando os possíveis resultados nocivos aos seres humanos como um todo. Ou seja, o assunto em questão abarca a diversidade e a integridade da vida humana, valor supremo que se caracteriza em ser um bem jurídico, e é por esta razão que esse tema merece total atenção e disciplina jurídica que tutele devida e adequadamente a sua proteção, para que seja suficiente a preservação do patrimônio genético da humanidade, observando, ainda, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a autonomia privada.

Nesse sentido, em face da disciplina jurídica vigente e do momento em que a sociedade se encontra, caracterizada pelo avanço da biotecnologia e pela possibilidade de realização de condutas seletivas, entende-se que seria adequado advir uma regulamentação específica nos diversos instrumentos normativos jurídicos e éticos, compreendendo-se não somente as normas oriundas do poder legiferante ordinário, como também de instrumentos infralegais, tais como as Resoluções dos Conselho de Classe, os Códigos de Conduta Profissional e as Instruções derivadas dos Comitês de Bioética. A referida solução se mostra imprescindível diante da necessidade de se evitar a atuação desordenada da ciência, buscando-se, assim, uma evolução responsável do desenvolvimento científico.

Desta maneira, o progresso tecnológico que tem aptidão de interferir na vida humana não pode estar sujeito a qualquer tipo de interesse, devendo, assim, ser controlado pelo ramo jurídico, pois, a humanidade deve ter a consciência sobre os prejudiciais efeitos que determinadas práticas seletivas no embrião *in vitro* e no feto podem ter na sociedade como um todo, vislumbrando-se, desse modo, que nesta relação há interesses de ordem pública e privada em jogo.

Nesse sentido, pode-se concluir que se deve inibir possíveis abusos decorrentes da biotecnologia visando a proteção do meio ambiente, dos direitos fundamentais das pessoas e das gerações futuras.

Pode-se concluir, portanto, que o Biodireito é o ramo do conhecimento que busca a regulação dos avanços da biotecnologia, e, diante de um progresso científico que envolve a vida, busca-se uma devida e adequada tutela, tendo em vista o equilíbrio do meio ambiente, respeitando a valorização dos seres humanos, mantendo e protegendo a integridade e a diversidade do patrimônio genético da humanidade, sempre considerando o ser humano como um fim, e não como um meio.

Diante do exposto, mostrou-se possível a realização de práticas seletivas por motivações de natureza patológica no embrião *in vitro* e no feto. Quanto àquele, a possibilidade é cristalina, desde que atendidos os requisitos dispostos na Lei de Biossegurança, exigindo-se, entretanto, o enfrentamento do que consiste um embrião inviável. Já quanto ao feto, se autoriza a interrupção gestacional nas hipóteses deste ser portador de anencefalia, em consonância com o entendimento consolidado pelo STF no julgamento da ADPF nº 54, vislumbrando-se a possibilidade de extensão analógica desta autorização a fetos com outras

enfermidades de natureza grave, desde que ultrapassado o obstáculo da definição de quais patologias atingiriam a gravosidade necessária.

REFERÊNCIAS

- ALBERTO, Miryan Vilia Lança et al. Anencefalia: causas de uma malformação congênita. **Revista Neurociências**, v.18, n.02, São Paulo: USP, 2010, p.244-248. Disponível em:
<<http://www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/2010/RN1802/351%20revisao.pdf>>
. Acesso em: 11 ago. 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. 4 tiragem. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ALMEIDA, Rogério Miranda de; RUTHES, Vanessa Roberta Massambani. A polêmica do início da vida: uma questão de perspectiva de interpretação. **Revista Pistis Prax**. Curitiba: Teol. Pastor., v.2, n.1, jan./jun. 2010, p.113-124.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 8.ed. rev. mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ANENFEFALIA. *In*: **Dicionário Médico Andrei**. 2.ed. DELAMARE, Jaques. Trad. Anita Alves Sampaio. São Paulo: Organização Andrei Editora Ltda., 2007.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10.ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de Barros. **Direito Penal**. Parte Especial: crimes contra a pessoa, crimes contra o patrimônio. v.2, 2.ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, mar. 2007.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. Coleção Prof. Agostinho Alvim. Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.
- _____. **Código Penal**. Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 maio 2015.

_____. **Decreto nº 5.991**, de 22 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <https://brasil.mylex.net/legislacao/estatuto-crianca-adolescente-eca-art7_66952.html>. Acesso em: 30 nov. 2015.

_____. **Lei 11.105**, de 24 de março de 2005. Lei de biossegurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.

_____. **Lei 13.123**, de 20 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Habeas Corpus** nº 0023285-95.2015.8.19.0000, Oitava Câmara Criminal. Relator: Des. Claudio Tavares de Oliveira Junior. Julgado em 27 maio 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E2AA9C12B00D83896D4022B0D2A405A5C5040440410B>>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.510**. Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgado em: 29 maio 2008. Acórdão Eletrônico DJe-096 Divulgado em: 27 maio 2010. Publicado em: 28 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Brasília-DF, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgado em: 12 abr. 2012. Acórdão Eletrônico DJe-080 Divulgado em: 29 abr. 2013. Publicado em: 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 16 out. 2015.

CANGUILÉM, Georges. **O normal e o patológico**. 7.ed. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTISANO, Pedro Jimenez. **Quem é o sujeito de direito?** A construção científica de um conceito jurídico. Direito, Estado e Sociedade. [S.l.]: n.37, jul/dez. 2010, p.132. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.jur.puc-rio.br%2Frevistades%2Findex.php%2Frevistades%2Farticle%2Fdownload%2F201%2F181&ei=8ApZVaPiN8eVNTqbgRg&usq=AFQjCNEfiJ_bIOGVYfep9QDFeC_6wJCMzw&bvm=bv.93564037,d.eXY&cad=rja>. Acesso em: 17 maio 2015.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Genética, Biotecnologia e Ciências Penais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

CECCHETTO, Sergio. **La Biología contra la Democracia: eugenesia, herencia y prejuicio en Argentina, 1880-1940**. 1.ed. Mar del Plata: EUDEM, 2008. Disponível em:

<https://books.google.com.br/books?id=8aIRTVcWD9UC&pg=PA164&lpg=PA164&dq=la+eugenesia.+desde+galton+hasta+hoy+daniel+soutullo&source=bl&ots=HNvxp0Lkd5&sig=RMIgyibnOgJyoSR-bGYIRelcOeY&hl=pt-BR&sa=X&ved=0CFAQ6AEwB2oVChMIsrD89L-KxwIVRoCQCh2_7w1q#v=onepage&q=la%20eugenesia.%20desde%20galton%20hasta%20hoy%20daniel%20soutullo&f=false>. Acesso em: 2 ago. 2015.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, OCORRIDA EM SAN JOSÉ DA COSTA RICA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 17 out. 2015.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina de 1997**. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais/dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_1.asp>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. **Resolução nº 2.121 de 24 de setembro de 2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2015.

CORTÉS, Fabiola Villela; SALGADO, Jorge E. Linares Salgado. **Eugenesia**. Un análisis histórico y una posible propuesta. Acta Bioethica, 2011, v.17, p.189-197. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v17n2/a05.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DINIZ, Debora. Aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais. Brasília: Série Anis, **Letras Livres**, n.12, jun., 2000, p.1-6.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 8.ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral e LINDB. v.1. 13.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Bioética e biodireito**. [S.l.]: Editora Scientia Iuris, v.2/3, 1998/1999, p.46. Disponível em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11274/10040>>. Acesso em: 27 maio 2015.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. **A Adoção de Embriões Congelados: uma Alternativa Ético-Política**. Disponível em: <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista005/embriones.htm>>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. **Medicina Legal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2012.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2011.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. A caminho de uma eugenia liberal? Trad. Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

HELMAN, Cecil G. Doença versus Enfermidade na Clínica Geral. Campos. **Revista de Antropologia Social**. v.10 n.1. Trad. Soraya Fleischer. Paraná: Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 119-128. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/campos/article/view/18582/13029>>. Acesso em: 26 out. 2015.

HENRIQUE, Brás. **Bebê "anencéfalo" morre após 1 ano e 8 meses**. Estado de São Paulo. São Paulo. 03 ago. 2008. Disponível em: <<http://vida-estilo.estadao.com.br/noticias/geral,bebe-anencefalo-morre-apos-1-ano-e-8-meses,216662>>. Acesso em: 15 out. 2015.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 1.ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

LEPARGNEUR; Hubert. A dignidade humana, fundamento da bioética e seu impacto para a eutanásia. *In*: PESSINI, Léo; BARCHINFONTAINE, Christian de Paul de. (Orgs.) **Fundamentos da Bioética**. 4.ed. São Paulo: Paulus, 2009, p.177-188.

LOUREIRO, João Carlos. Nota de apresentação. *In*: HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. A caminho de uma eugenia liberal? Trad. Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

MAI, Lilian Denise; ANGERAMI, Emília Luigia Saporiti. Eugenia negativa e positiva: significados e contradições. **Rev. Latino-am. Enfermagem**. 14(2). 2006, p.251-258.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n2/v14n2a15.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINO JR., Raul. Ética, bioética e responsabilidade. **Revista da Associação Paulista de Medicina**. São Paulo: Suplemento Cultural, n.214, jun. 2010, p.1-2. Disponível em: <http://apm.org.br/imagens/Pdfs/suplementocultural/Suplemento_Junho2010.pdf>. Acesso em: 13 out. 2015.

MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

_____. Práticas Neoeugênicas e Limites aos Direitos Reprodutivos em face da Proteção ao Patrimônio Genético. **Revista de Direito Unifacs**. Salvador: n.153., mar. 2013, p.1-19. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2482/1820>>. Acesso em: 20 out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. Ciência do Direito Penal Contemporânea. v.8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEVES, Maria do Céu Patrão. **Mudam-se os tempos, manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho**. Estudos de Direito da Bioética, v.III. Coimbra: Almedina, 2009. Disponível em: <http://www.mpatraoneves.pt/media/pub/paper/M._Patr%C3%A3o_Neves_Mudam-se_os_tempos_manda_a_vontade.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

NOVA JÉRSEI, ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Nova Jérsei, 1967. Decisão judicial. **Gleitman & Cosgrove**. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>>. Acesso em: 15 out. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade. **Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas nº 3384 (XXX) de 10 de novembro de 1975**. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/063.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. **29º sessão da Conferência Geral da UNESCO de 11 de novembro de 1997**. Disponível em:

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

PEREIRA, Malu Maria de Lourdes Mendes. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional: Uma Análise da ADPF 54 – Aborto de Anencéfalos**. MG: Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia). Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2014.

PESSINI, Léo; BARCHINFONTAINE, Christian de Paul de. A vida em primeiro lugar. *In*: PESSINI, Léo; BARCHINFONTAINE, Christian de Paul de. (Orgs.) **Fundamentos da Bioética**. 4.ed. São Paulo: Paulus, 2009, p.5-8.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício. (Coord.) **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p.13-30.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Coords.) **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.209-240.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SCLIAR, Moacir. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 17(1), 2007, p.29-41. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo: USP, v.31, n.5, out., 1997, p.538-542. Disponível em: <<http://www.ceap.br/material/MAT03082012162552.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

SILVA, Ivan Luiz da. O bem-jurídico penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de Informação Legislativa**. [S.l.]: ano 50, n. 197, jan/mar, 2013, p.65-74. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOTULLO, Daniel. Evolución y eugenesia. **Ludus Vitalis**, v.XIV, n.25, 2006, p.25-42.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. v.1. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.