

PRÁTICAS NEOEUGÊNICAS E LIMITES AOS DIREITOS REPRODUTIVOS EM FACE DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO

Ana Thereza Meirelles¹

RESUMO: Trabalho destinado à análise dos limites à liberdade de reprodução humana, impulsionada pelo livre planejamento familiar e pelas novas possibilidades da medicina especializada, destacadamente a *Genética*. Investigação das possíveis práticas neoeugênicas, nas fases pré-conceptiva, pós-conceptiva e pré-natal, visando identificar parâmetros éticos e normativos, à luz do direito brasileiro e da bioética, que possam conduzir com legitimidade as decisões procriativas.

Palavras-chave: Liberdade de reprodução; planejamento familiar; procriação; eugenia; patrimônio genético.

ABSTRACT: This article is designed to measure the limits of limits to freedom of human reproduction, driven by family planning and the new possibilities in specialized medicine, especially *Genetics*. Investigation of possible eugenic practices, before conception, after conception and before birth, with the goal of providing ethical and legal limits, considering the Brazilian law and bioethics, to conduct with legitimacy decisions in human reproduction.

Keywords: Reproductive freedom; family planning; procreation; eugenics; genetic heritage.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 REPRODUÇÃO, DIREITO À LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA 3 DIREITOS DE REPRODUÇÃO E POSSIBILIDADES NEOEUGÊNICAS 3.1 FASE PRÉ-CONCEPTIVA 3.2 FASE PÓS-CONCEPTIVA 3.3 FASE PRÉ-NATAL 3.4 REPRODUÇÃO E NEOEUGENIA 4 PARÂMETROS ÉTICOS E NORMATIVOS PARA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A consolidação da liberdade de decisão dos indivíduos em matéria de procriação é capaz de revelar situações que traduzem complexos questionamentos éticos e jurídicos. As discussões sobre a autonomia reprodutiva, como uma face do direito à liberdade, culminam na necessidade de averiguar a extensão de seu conteúdo, considerando a possibilidade de que a

¹ Doutoranda em *Relações Sociais e Novos Direitos* pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em *Direito Privado e Econômico* pela Universidade Federal da Bahia. Professora da disciplina *Biodireito* da Universidade Salvador e *Direito e Bioética* da Faculdade Baiana de Direito.

vontade das partes, sem fixação de limites, possa desencadear a concretização de práticas eugênicas, contrárias à integridade do patrimônio genético.

A associação dos direitos reprodutivos ao tema da eugenia é facilmente constatada a partir da ciência dos fluxos biotecnológicos na contemporaneidade, manifestados pela descoberta de novas doenças, novos exames, novos protocolos de cura e de tratamento e, principalmente, novos conhecimentos na área da *Genética*.

É possível afirmar que são diversas as condutas cuja prática pode ter como finalidade garantir o êxito da reprodução almejada ou, simplesmente, satisfazer um desejo específico de procriar a partir de determinadas condições. Algumas condutas foram explicitamente proibidas, outras são regidas pela manifestação da autonomia privada, conduzida pelo desejo de ter filhos saudáveis, por vezes, perfeitos e/ou possuidores de determinado padrão fenotípico. Este trabalho parte, justamente, da avaliação dos limites éticos e normativos que devem conduzir os desejos reprodutivos, com vistas à necessidade de proteção do patrimônio genético, disciplinada por disposição constitucional.

Com o propósito de identificar precisamente as condutas, este artigo propõe a análise das possibilidades eugênicas a partir das diferentes fases em que possam ocorrer, subdividindo-a como pré-conceptiva, pós-conceptiva (ou pré-implantacional) e pré-natal.

Fulcradas no êxito do processo reprodutivo, antes da concepção², algumas ações podem revelar coeficientes eugênicos. São elas: o aconselhamento genético; a engenharia genética em células germinativa; e a escolha das características do doador de material biológico, quando realizado o contrato de reprodução humana assistida heteróloga. Em fase pós-conceptiva³, o diagnóstico pré-implantacional, cuja análise pressupõe o disposto no art. 5º, I, da lei 11.105/2005; a escolha do sexo do futuro filho; e a engenharia genética em embriões ou zigotos. Por fim, em fase fetal ou pré-natal, identifica-se a tentativa de justificar a interrupção da gestação a partir de diagnósticos que evidenciem anomalias genéticas ou patologias congênitas, atualmente, não autorizadas por lei.

2 REPRODUÇÃO, DIREITO À LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA

² Concepção ou fecundação é a junção do óvulo com o espermatozóide, culminando no embrião ou zigoto.

³ Também chamada de fase embrionária, posto que concepção já houve.

Os direitos de reprodução partem do livre planejamento familiar, impulsionado pelo direito fundamental à liberdade e pelo reconhecimento da autonomia privada como condutora das relações sociais. Dessa forma, a compreensão sobre os limites que devem envolver decisões reprodutivas tem origem na necessidade de avaliar e pormenorizar a extensão dos direitos acima citados.

O art. 226, §7º, da Constituição Federal, fulcrado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, reconheceu que o planejamento familiar deve ser exercido por meio de livre decisão do casal, coibindo qualquer forma de participação coercitiva, neste processo, de instituições públicas ou privadas.

A decisão pela procriação pressupõe, naturalmente, o elemento volitivo das partes e está, por óbvio, garantida pela livre manifestação da autonomia dos indivíduos, podendo ser concretizada de forma natural, por conjunção carnal, ou com o auxílio das técnicas de reprodução artificial, através de métodos como inseminação e fertilização *in vitro*.

A tônica para a condução de tais processos tem sido dada unicamente pela vontade das partes, o que culminou na constatação da possibilidade de violação ou vilipêndio de bens jurídicos constitucionalmente assegurados, qual seja, a integridade do patrimônio genético. O curso da decisão que envolve a reprodução tem evidenciado a manifestação de práticas eugênicas, que podem ocorrer em diferentes fases do processo reprodutivo, antes mesmo da concepção, após ela, e, ainda, durante a fase gestacional.

A avaliação da incidência dos limites éticos e normativos nas decisões reprodutivas tem demandado, como premissa, a discussão sobre a existência de um direito à procriação⁴.

Alguns autores entendem existir um direito ao acesso às técnicas de reprodução humana assistida, tendo em vista a consideração do direito à saúde também sob o ponto de vista do bem-estar psíquico, e não somente calcado numa concepção estrita de enfermidade biológica ou de uma patologia física. Emerge de tal raciocínio, então, o reconhecimento de um direito a procriar⁵.

⁴ Encarna Roca i Trías afirma que “quando se discute, nos diferentes países, a necessidade de dar ou não suporte legal para a utilização das técnicas de reprodução assistida, em alguns coloca-se a questão da base da existência de um hipotético direito a procriar, direito a ter filhos, que derivaria do próprio direito à vida, além do direito à privacidade [...]” (ROCA i TRÍAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.101).

⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição.

Outros entendem pela inexistência de um direito à procriação:

Na realidade, não há direito a ter filhos, nem direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um. O direito a ter filhos quando se quer, como se quer, e em qualquer circunstância é reivindicado como um direito fundamental, (mas é apenas) a expressão de uma vontade exacerbada de liberdade e de plenitude individual em matérias tais como o sexo, a vida e a morte⁶.

Afirmar a existência de um direito à procriação não parece ter apenas como consequência assegurar o acesso às técnicas de reprodução assistida. Outras questões exalam do reconhecimento da procriação como um direito, como a livre decisão pela filiação monoparental ou biparental por pessoas do mesmo sexo⁷. Um projeto parental unilateral (somente por vontade da mãe ou somente por vontade do pai) pode ser concretizado por meio da concepção natural ou como resultado de um procedimento de reprodução assistida. A decisão pela *produção independente* é afeta às mulheres e aos homens que almejam o sonho da procriação, mas, pelo percurso natural de suas vidas, encontraram obstáculos que os impediram de realizá-la naturalmente, fato que também incluirá os casais homossexuais⁸.

Maria do Céu Patrão Neves entende que a procriação medicamente assistida é um método terapêutico subsidiário, isto é, precede à constatação da infertilidade como doença e deve ser rejeitada como um procedimento alternativo à reprodução natural. Logo, ela deve ser restrita às pessoas que tenham problemas de infertilidade⁹.

A inexistência de consenso a respeito do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana impulsiona a necessidade de avaliá-lo, também, a partir do viés da autonomia, o que pressupõe o desprezo pela tentativa de engessá-lo atribuindo-lhe uma concepção estritamente objetiva. 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

In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁶ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.356. Corroborando a inexistência de um direito à procriação, FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.45.

⁷ A procriação à luz do Direito pressupõe o estudo de várias questões envolvidas. Uma delas é avaliar se o acesso às técnicas de reprodução humana artificial deve estar adstrito somente às pessoas com problemas de esterilidade e infertilidade, o que exclui vontades procriativas monoparentais e biparentais por pessoas do mesmo sexo. Sobre o assunto, ver ANÓN, Carlos Lema. *Reproducción, Poder y Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p.160 *et seq.*

⁸ Cf. AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.87.

⁹ NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os tempos, manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética v.III*. Coimbra: Almedina, 2009, p.133.

ser a justificativa para desprezar a necessidade de construir o seu sentido também a partir da autonomia, revelada pelo respeito à vontade dos indivíduos.

No entanto, em matéria de reprodução, a incidência da dignidade a partir do viés autônomo esbarra na necessidade de estabelecer limites aos desejos procriativos em prol da preservação da integridade do patrimônio genético. O respeito à vontade das partes imbuídas por desejos de reprodução encontra óbices quando constatada a falta de regulamentação adequada que discipline as condutas e que afaste práticas seletivas ou eugênicas cuja finalidade está desvinculada de necessidades terapêuticas.

A procriação, por sua natureza, se revela como prerrogativa ou faculdade. No entanto, ainda que se reconheça o *status de direito* à procriação, resta inquestionável a incidência de limites sobre ela, de modo que qualquer discurso que tente legitimá-la como um direito esbarrará, por certo, em situações que poderão conformar a preservação de outros bens envolvidos, como no caso do patrimônio genético.

3 DIREITOS DE REPRODUÇÃO E POSSIBILIDADES NEOEUGÊNICAS

O estado atual do conhecimento acerca dos dados genéticos do ser humano partiu do Projeto Genoma Humano, que mapeou as informações contidas no DNA, promoveu o sequenciamento, para a leitura delas, e, por fim, passou a relacioná-las com o fenótipo do indivíduo, permitindo a definição de suas características¹⁰. Tudo isso possibilitou o conhecimento das informações e, conseqüentemente, a descoberta das regras de transmissibilidade de características e de doenças da espécie humana.

O conjunto de possibilidades advindas da racionalidade científica cria uma sociedade de riscos potencialmente elevados e descontrolados¹¹, moldada por descobertas promissoras e por novas formas de conceber desejos e solucionar problemas humanos. O risco gerado pelo estágio desse conhecimento é apreendido quando verificada o quão sedutora tem se apresentado a *Genética*, capaz de desvendar o caminho para o encontro do “ser humano perfeito”.

Por opção metodológica, primeiro, passar-se-á à descrição das condutas que possam traduzir

¹⁰ COOPER, Geoffrey M.; HAUSMAN, Robert E. *A célula: uma abordagem molecular*. Boston University. Tradução de Maria Regina Borges-Osório. 3.ed. Porto Alegre: Artmed, 2007, p.171.

¹¹ Cf. obra de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

possibilidades eugênicas, manifestadas em fases diferentes da vida humana pré-pessoal. A abordagem sobre o conceito de *eugenia* e *neoeugenia* será construída em momento posterior.

3.1 FASE PRÉ-CONCEPTIVA

O aconselhamento genético, usado nos planejamentos reprodutivos, antes ou depois da concepção natural ou artificial, tem a finalidade de saber sobre a probabilidade de manifestação de doenças no filho pretendido. O ato está associado à decisão reprodutiva do casal que buscou o estudo. Sobre o propósito do aconselhamento, Carlos Maria Romeo Casabona afirma que é um processo de informação sobre as consequências e riscos de uma doença que pode ser transmitida hereditariamente com o intuito de evitá-la¹².

A par do resultado do aconselhamento, os indivíduos passarão à tomada da decisão reprodutiva, podendo-se vislumbrar distintas possibilidades. O exame pode ser realizado não somente antes da fecundação, mas nas fases sucessivas a ela. Se for pré-conceptivo, pode-se optar por medidas anticonceptivas, como a não procriação com o uso de material genético próprio, a seleção do sexo do futuro filho para evitar a transmissão de algumas doenças¹³ ou o uso de material genético doado¹⁴; se o teste genético ocorrer após a concepção (portanto, no embrião), também pode-se optar por implantá-los, mantendo-os congelados, ou automaticamente descartá-los¹⁵. Sem prejuízo da vedação legal, feito o diagnóstico na fase pré-natal, discute-se, em sede de direitos reprodutivos, a possibilidade de legitimar abortos seletivos ou eugênicos, por conta de comprometimentos graves do feto e/ou de ausência de potencialidade de vida extrauterina, como nos casos de diagnósticos anencefálicos¹⁶.

A decisão pela filiação monoparental ou biparental por pessoas do mesmo sexo, através das

¹² CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Do gene ao direito*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

¹³ Permitida no artigo 4 da Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina. Sobre o assunto, vide ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico-científico Del concebido artificialmente. Em el marco de la experimentación gênica*. Barcelona: Editorial Bosch, 2002.

¹⁴ Pois a lei 11.105/2005, no seu artigo 25, não permitiu a engenharia genética em células humanas germinativas, o que inclui gametas e embriões.

¹⁵ Não há vedação na Ordem jurídica brasileira sobre o descarte embrionário, restando inclusive previsto no art. 5º da lei 11.105/2005 que os embriões não implantados, inviáveis e congelados há mais de três anos, podem ser doados para as pesquisas com células-tronco.

¹⁶ Em 2004, foi proposta no Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em prol da possibilidade da antecipação de partos de fetos portadores de anencefalia, tendo em vista a inexistência de potencialidade de vida extrauterina. Em abril deste ano, o Supremo julgou procedente a referida ação, entendendo que a conduta que antecipa a gestação tem natureza atípica.

técnicas de reprodução assistida, demandará o uso de material genético doado, o que implica em ter que escolher as características do genitor biológico doador. Na verdade, qualquer procedimento heterólogo (que envolve doação de célula germinativa) demandará reflexões bioéticas e jurídicas sobre o adequado padrão de escolha das características do doador por conta da possibilidade de que o futuro filho as possua. Não há, no Brasil, com exceção da Resolução 1957/2010 do CFM, parâmetros normativos que orientem a realização desta escolha. Na fase pré-conceptiva, esta situação tem sido a porta aberta para legitimar as escolhas pautadas em desejos descabidos, como cor e tipo de cabelo, cor dos olhos, peso, altura, cor da pele, possíveis potencialidades intelectuais e físicas, dentre outras.

A possibilidade de decidir por prosseguir ou não na procriação a partir do acesso à informação genética evidencia uma preocupação com a manutenção da diversidade biológica da espécie, provavelmente reduzida, se não incidirem limites éticos e jurídicos sobre as escolhas reprodutivas traçadas.

3.2 FASE PÓS-CONCEPTIVA

Antes da implantação do embrião no corpo da mulher, deve-se ressaltar o uso constante do diagnóstico pré-implantacional nos processos de fertilização *in vitro*. Tal exame pode atestar que alguns embriões não reuniram condições favoráveis para fins de reprodução (ausência de desenvolvimento normal, divisão celular inexpressiva, alteração genética ou cromossômica)¹⁷.

Questiona-se, dentre as vertentes bioéticas dedicadas ao estudo do início da vida, o aspecto ético de tal recurso médico, passando pela necessidade de compreender o que são embriões inviáveis para a finalidade reprodutiva, situação prevista no art. 5º, I, da lei 11.105/2005, mas passível de discussões infundáveis na doutrina especializada.

Las técnicas de fecundación artificial, desarrolladas con fuerza desde 1980 con el objeto de proveer un hijo a una pareja estéril, corren hoy el riesgo de cambiar el objeto para volverse instrumentos de eugenesia. Ello se ve particularmente claro en dos aspectos precisos de las técnicas: la selección de embriones (diagnóstico preimplantatorio o DPI) y la selección de donantes de gametas. La cuestión del retorno de la eugenesia por medio de la selección de embriones fue abiertamente planteada en Francia por Jacques Testart, quien se ocupó de destacar que el diagnóstico preimplantatorio supone el surgimiento de una nueva eugenesia,

¹⁷ GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biocronologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

*'dulce, democrática e insidiosa'*¹⁸.

Para alguns autores, a legitimidade do diagnóstico pré-implantacional, que tem como consequência a seleção e o descarte embrionários, pode ser extraída do fato de ser o embrião “um ser humano numa fase muito precoce do seu desenvolvimento”. Isso não retira o seu valor, mas, em determinadas situações, se argumenta que “outros valores se podem, eventualmente, sobrepor aos da vida humana incipiente (p.ex. o valor de uma vida familiar harmônica e equilibrada, que seria gravemente atingida pela sobrevivência de uma criança com grave anomalia psíquica ou física)”¹⁹.

O exame pré-implantatório do embrião, por relato da medicina especializada, tem se mostrado um dos passos necessários e indispensáveis à concretização do processo procriativo artificial, posto que a fertilização em laboratório não garante a obtenção, por si só, de embriões com condições de se desenvolverem no corpo humano.

A proibição pelo art. 25 da lei 11.105/2005 da engenharia genética em célula germinal humana, zigoto ou embrião humano parece revelar decisão legislativa calcada também em preocupações eugênicas. A prática da engenharia genética em tais células poderia ser conduzida por propósitos eugênicos variados. No entanto, não restou clara a abrangência da referida previsão legislativa, no sentido de esclarecer se a proibição abrange qualquer tipo de manipulação biológica e/ou terapia gênica que envolva os entes celulares identificados²⁰.

Paulo Vinícius Sporleder de Souza afirma que os crimes de engenharia ou manipulação genética humana são “aquelas atividade que, de forma programada, permitem modificar (total ou parcialmente) o genoma humano, com fins não terapêuticos reprováveis, através da manipulação de genes”²¹.

Sem prejuízo da vedação acima citada, José de Oliveira Ascensão identifica plausibilidade nas intervenções terapêuticas em células germinativas com a finalidade de “afastar genes malignos que se comuniquem à descendência”²². Para parte dos especialistas, a situação

¹⁸ ADORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la persona*. Versión española del propio autor. Madrid: Tecnos, 1998, p. 74-75.

¹⁹ OSSWALD, Walter. Diagnóstico genético e medicina predizente. Diagnóstico pré-natal. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005, p.22.

²⁰ Maria Auxiliadora Minahim alerta para a necessidade de clarear o tipo previsto na lei 11.105/2005, a fim de que não haja confusão com outras técnicas e afirma que “a forma de manipulação proibida é a que faz por engenharia genética”, que visa a alteração do patrimônio genético da célula (MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.124).

²¹ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. *Direito Penal Genético e a Lei de Biossegurança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.24.

²² ASCENSÃO, José de Oliveira. Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005, p.35.

chancelaria a prática eugênica negativa, tendo em vista o objetivo de obter gametas livres de doenças.

O inciso IV do art. 3º da lei citada determina que engenharia genética é a “atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante”²³, o que não esclarece o alcance exato da conduta vedada. Resta necessário esclarecer se a lei proíbe qualquer forma de manipulação genética, o que inclui a terapia gênica. Parte da doutrina tem caminhado no sentido de interpretar a vedação apenas quanto às condutas que modifiquem a estrutura do DNA celular, de modo a excluir do dispositivo a terapia gênica celular, que tem como objetivo sanar enfermidades genéticas constatadas²⁴.

3.3 FASE PRÉ-NATAL

O diagnóstico pré-natal tem o objetivo de detectar doenças no feto. Ainda que o direito brasileiro desautorize a interrupção da gravidez de fetos portadores de anomalias genéticas ou cromossômicas, as reflexões sobre o tema crescem, considerando os diferentes bens jurídicos envolvidos: os direitos de reprodução da gestante e/ou do genitor e a proteção do patrimônio genético²⁵. Tal discussão também é afeta às gestações cujos fetos são diagnosticados como anencefálicos²⁶.

A gestação de um bebê pode ser acometida por doenças ou patologias que evidenciam a formação comprometida do feto, o impedindo de nascer saudável²⁷. Tais doenças podem ser

²³ BRASIL. Lei 11.105/2005. Disponível em: <www.planalto.gov.br/lei/L11105>. Acesso em: 07 set. 2011

²⁴ Cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Op. cit.*, 2005, p.124

²⁵ Sobre o assunto, vide LILIE, Hans. Aborto eugênico. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

²⁶ A questão cinge-se à verificação da existência de um direito a interromper a vida de um feto com graves deficiências. Nos âmbitos bioético e biojurídico, os posicionamentos divergem. Peter Singer, bioeticista e professor da Universidade de Princeton (EUA), defende a interrupção por entender que não restam presentes os critérios de racionalidade, autoconsciência, capacidade de sentir dor, necessários à incidência da tutela dos indivíduos. (SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.178-179). Em sentido oposto, Christian de Paul de Barchifontaine afirma que o caminho ético passa pela preocupação prioritária com os mais fracos, “aqueles cuja situação é considerada inferior e cuja dignidade e autonomia estão ameaçadas. Pouco importa que essa inferioridade venha por motivos culturais, socioeconômicos ou pela doença” (BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Nascer ou não com graves deficiências congênitas? In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.256). Sobre a interrupção eugênica da gravidez, ver, também, PICÓN, Fernando Reviriego. *Otro estudio más del aborto. La indicación eugenésica y su fundamentación*. Madrid: Editorial Dykinson, 1998.

²⁷ “Por causa da complexidade de sua embriologia, é comum o desenvolvimento anormal do encéfalo (cerca de três em cada 1.000 nascimentos). A maioria das principais anomalias congênitas do encéfalo, como a meroanencefalia (anencefalia) e meningoencefalocelo, resulta de um defeito no fechamento do neuroporo rostral, durante a quarta semana, e envolve os tecidos sobrepostos (meninges e calvária). Os fatores causadores

de dois tipos: compatíveis com a vida, ou seja, a criança pode nascer e viver com a doença instalada, como acontecem com algumas síndromes de ordem genética, deficiências diversas, que, notoriamente, não impedem a continuidade da vida; incompatíveis com a vida, pois a sua gravidade é tanta que torna a possibilidade de vida extrauterina inexistente. É o caso de doenças congênitas como a anencefalia.

Trata-se de um defeito no fechamento do tubo neural, caracterizado pela ausência de partes do cérebro, restando presente tronco encefálico rudimentar e tecido nervoso funcional, responsáveis pela evolução gestacional do feto, ainda que precariamente²⁸. Pois bem. A ausência do tronco encefálico pode ocasionar o comprometimento de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsáveis pela consciência, cognição, e comunicação, por exemplo. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, funções vasomotoras e a medula espinhal, o que, em alguns casos, mantém o bebê vivo durante a gestação.

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.

A decisão recente do Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir a antecipação do parto de fetos anencefálicos, limitou-se em essência a avaliar a natureza da conduta antecipatória, encarando-a como atípica, por compreender que inexistente potencialidade de vida no feto, substrato necessário à constatação da prática do crime aborto. São diversas as questões jurídicas que podem surgir a partir desse entendimento. O anencéfalo, por vezes, não nasce morto. Nasce com vida e morre posteriormente.

A pretensa legitimidade ética e jurídica da interrupção da gestação nesses casos parte da análise de sua relação com fatos históricos, colimados pela prática da eugenia, ou, mais especificadamente, seleção de espécies. Há um receio ético e moral, de valor admissível, na liberação da referida antecipação, pela possibilidade de uma analogia à admissão das práticas eugênicas, tão caras à humanidade.

de DTNs são de natureza genética, nutricional e/ou ambiental, ou ainda uma combinação dos três. Estudos moleculares demonstraram a implicação de vários genes e mecanismos sinalizadores” (MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. 6.ed. americana. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 366).

²⁸ MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. 6.ed. americana. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.366.

Registra-se que no Anteprojeto de Reforma do Código Penal as hipóteses foram ampliadas. 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.

Não é o intento desta pesquisa promover a análise das possíveis hipóteses de abortamento previstas no instrumento em questão. Destaca-se, no entanto, que a segunda possibilidade traz consigo natureza eugênica, por admitir a interrupção da gestação de fetos com deficiências mentais ou físicas, pouco importando se existe condição de vida viável.

3.4 REPRODUÇÃO E NEOEUGENIA

As situações que envolvem direitos reprodutivos estão relacionadas diretamente à possibilidade de concretização de condutas eugênicas. O conceito de eugenia traz consigo forte carga histórica e agrega, com o desenvolver do tempo, realidades novas contextualizadas por demandas sociais diferentes, benefícios e riscos científicos variados, fatos precursores, conforme Jürgen Habermas, de uma eugenia liberal, pautada na oferta e na procura²⁹. A primeira questão a ser resolvida é, justamente, a apreensão adequada do conceito *eugenia*, com o objetivo de construir limites éticos e normativos que justifiquem a vedação e a permissão das condutas.

A eugenia surge na medicina, em especial, a partir do médico e matemático Francis Galton, que a definiu como “o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente”. Galton propõe que a seleção natural das espécies, proposta por Charles Darwin, seja complementada por uma seleção artificial, pois deve-se recorrer a “todos os conhecimentos obtidos pelo estudo e pelo processo de evolução nos tempos passados, para promover o progresso físico e moral no futuro”. Tal progresso pode ser alcançado por meio de casamentos “dos especialmente sãos e inteligentes” e dificultando a reprodução dos “socialmente menos

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

dignos (porque portadores de doença familiar, nomeadamente mental, ou porque alcoólicos ou criminosos) ao longo de sucessivas gerações”³⁰.

Costuma-se distinguir a eugenia em função da finalidade a qual ela é destinada: a negativa, que visa à eliminação ou o afastamento da descendência indesejada (como no descarte de células germinativas e embriões defeituosos por deficiências genéticas e no aborto por conta de anomalias diagnosticadas); e a positiva, pautada na seleção de características desejadas (cor dos olhos, cabelos, e determinados padrões fenotípicos).

A associação das possibilidades eugênicas às tecnologias reprodutivas aponta para a necessidade de revisar o conceito clássico de eugenia. Tais práticas ganham nova “roupagem”, por estarem inseridas num novo contexto socioeconômico, propiciado por motivações de índole liberal, e passam a refletir uma nova forma de praticar eugenia. Esta prática seletiva propicia a concretização de desejos advindos do atual estágio do desenvolvimento científico e descortina uma realidade de riscos não claramente conhecidos porque lida com a complexidade do conhecimento biotecnológico.

O termo “neoeugenia”³¹ é usado 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.

A ciência tem evidenciado que a informação genética pressupõe regras não deterministas, “o *screening* genético de doenças monogênicas, como Huntington e Alzheimer, não garante a manifestação da doença no futuro, pois depende também da expressividade e penetrância do gene identificado”³². Dessa maneira, embriões, fetos e indivíduos portadores de genes mutados (ou reveladores de alterações cromossômicas) podem nunca apresentar doença, considerando a regra de não determinismo da informação encontrada. Há fatores ambientais que favorecem (ou desfavorecem) a manifestação da patologia genética.

Não emitir disciplina jurídica, por meio de atos legislativos, a algumas condutas consideradas eticamente inadequadas implica no risco de encará-las como legítimas e lícitas,

³⁰ GALTON, Francis *apud* MELO, Helena Pereira de. O Eugénismo e o Direito. *In: Manual de Biodireito*. Coimbra: Almedina, 2008, p.25-26.

³¹ CASABONA, Carlos Maria Romeo. Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas. *In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. La eugenesia hoy*. Bilbao-Granada: Editorial Comares, 1999.

³² SEGRE, Marco; GATTÁS, Gilka Jorge Figaro; WUNSCH FILHO, Victor. Genética, biologia molecular e ética: as relações trabalho e saúde. *Revista Ciência e Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, n.7, 2002, p.165.

considerando a não existência de dispositivos que expressamente as proibam³³. O tratamento normativo da eugenia no Brasil é, inegavelmente, incipiente, pois carece, de início, de esclarecimentos quanto a alguns conceitos legais e quanto à extensão de aplicação de determinados dispositivos.

4 PARÂMETROS ÉTICOS E NORMATIVOS PARA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO

As questões relatadas evidenciam disciplinas jurídicas distintas em situações que mostram possibilidades neoegênicas.

O aconselhamento genético pré-conceptivo, usado como referência em alguns planejamentos reprodutivos, antes da concepção natural ou artificial, para decidir se serão utilizados os gametas do casal ou os gametas de outrem, não é proibido pela legislação brasileira, o que se mostra razoável.

As informações genéticas propiciadas pela sua realização podem consistir na identificação da probabilidade de manifestação de doenças futuras ou, mesmo, no estudo das regras de transmissibilidade de características fenotípicas. A sua legitimidade está, justamente, na primeira finalidade: a consecução de análise genética sobre a possibilidade de manifestação de doenças.

Ainda que, para alguns especialistas, a conduta pareça traduzir uma prática de natureza eugênica, a sua legitimação parte da incidência do direito à saúde, manifestado pela possibilidade de poder decidir pela concepção de filhos saudáveis ou não. O exame se processa em fase pré-conceptiva, onde inexistente sequer a fecundação dos gametas, muito menos a nidadação. O aconselhamento tem natureza omissiva, permite decidir pela procriação ou, simplesmente, afastá-la.

Se, de algum modo, o aconselhamento genético ou qualquer exame desta natureza for efetivado fora do âmbito terapêutico, ou seja, com vistas às escolhas de padrões fenotípicos específicos, como cor de cabelo e olhos, intelecto e características físicas, os fundamentos que podem legitimá-lo não mais incidirão.

A inexistência de legislação sobre procedimentos reprodutivos no Brasil corrobora a falta de

³³ Cf. LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana E. *Procreación Humana artificial: Um desafio bioético*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995, p.47.

esclarecimento sobre o uso adequado e legítimo do aconselhamento genético, contribuindo para ausência de disciplina jurídica da eugenia em matéria de direitos de reprodução.

A proibição de realização da engenharia genética em células germinativas e em embriões, conforme os arts. 6º, III, e 25 da lei de biossegurança, evidencia a preocupação com a necessidade de proteger a integridade do patrimônio genético, mas, também, revela postura legislativa que serve para condenar tentativas eugênicas expressadas por experimentos e manipulações que tentam concretizar um padrão genotípico específico mesmo antes da concepção.

A lei 11.105/2005 não traçou limites quanto ao esclarecimento sobre a extensão da vedação acima. No entanto, é plausível que se exclua do tipo em questão a terapia gênica, conduta com vistas a sanar possível enfermidade biológica diagnosticada nas células germinativas ou no embrião, no sentido de conceder-lhes condição saudável para desenvolvimento gestacional. A proibição do art. 25 encontra respaldo no que tange às condutas com finalidade de alteração da estrutura do DNA da célula, excluídas as que, mediante manipulação humana, têm o fulcro de atribuir-lhe condição de viabilidade e saúde, como é o caso da terapia gênica.

Propõe-se, pois, como adequada interpretação do dispositivo, a proibição da manipulação genética que não vise a cura da enfermidade constatada, mas, sim, procedimentos experimentais motivados por desejos científicos que não se assemelham com propósitos terapêuticos.

A reprodução heteróloga envolve um contrato firmado junto a uma clínica de fertilização que usará material biológico doado (óvulo ou sêmen). Não há parâmetros claros estabelecidos por lei no que tange ao uso do recurso heterólogo na procriação.

Na verdade, o procedimento pode ser utilizado por pessoas solteiras, viúvas ou casais homossexuais³⁴, que não possuem necessariamente uma questão patológica, como infertilidade ou esterilidade, mas, sim, um impedimento biológico e circunstancial, que é a falta do outro genitor ou do genitor de sexo oposto para concretização da gestação. Um dos pontos centrais desta relação assenta nos critérios adequados para escolher o doador ou a doadora dos gametas. A questão está cingida à mera recomendação do Conselho Federal de Medicina, por Resolução, que determina que a escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade, que, dentro do possível, deverá garantir a maior semelhança fenotípica e

³⁴ Não há lei que limite a realização da reprodução heteróloga a casais.

imunológica com a receptora³⁵. A supracitada recomendação parece não exalar um critério satisfatório para fins de combate à eugenia por abrir possibilidade real de legar a questão à vontade de cada indivíduo.

O contrato de reprodução heteróloga deve ser celebrado com vistas à necessária proteção à diversidade biológica, exalada da tutela constitucional do patrimônio genético. A reprodução artificial heteróloga deve assemelhar-se, o máximo possível, à procriação natural. Dessa forma, se o processo heterólogo for almejado por um casal, a escolha do padrão fenotípico do doador deve ser guiada pela natural manifestação do padrão fenotípico do casal que demanda a reprodução. De igual modo, se a demanda for de pessoa solteira ou viúva, o padrão fenotípico a ser escolhido deve assemelhar-se ao do demandante.

As clínicas de reprodução humana, responsáveis pela captação de doadores e uso do material biológico doado, devem manter compromisso com o respeito ao padrão natural de manifestação fenotípica da espécie humana. A decisão pela escolha das características do doador não deve ser guiada pela simples manifestação de vontade do casal, do solteiro ou viúvo, sob pena de que a escolha releve critérios subjetivos e pessoais que muito se aproximam de condutas eugênicas.

O art. 5º, I, da lei 11.105/2005 admite a possibilidade de que embriões inviáveis sejam doados às pesquisas com células-tronco. O cerne do problema está no conceito de inviabilidade embrionária, que sugere ausência de desenvolvimento celular normal e/ou presença de anomalias ou alterações genéticas e cromossômicas. Não são poucas as questões que envolvem as tentativas de compreensão do referido conceito.

A inexistência de legislação específica sobre reprodução artificial e a ausente definição de inviabilidade embrionária corroboram a problemática citada. Impende a adoção de um conceito, fatalmente fincado em premissas médicas, como constantemente adotou a lei 11.105/2005, sobre as características de um embrião inviável. Legitimar o uso do diagnóstico pré-implantacional (inquestionavelmente necessário à prática da reprodução artificial) perpassa pela adoção do conceito de *inviabilidade embrionária*, que não é subjetivo nem alçado às análises pessoais. A medicina, que tanto auxiliou a elaboração da lei 11.105/2005, é o vetor capaz de construir essa noção.

As anomalias genéticas ou síndromes que comprometem significativamente o feto são

³⁵ BRASIL. CFM. Resolução 1957/2010. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes/>. Acesso em: 07 set. 2011.

detectadas pelo diagnóstico pré-natal. Aqui, está inserido o diagnóstico da anencefalia, possibilitado pelo exame ecográfico do feto, situação não prevista por lei, mas recentemente autorizada pelo Supremo Tribunal Federal.

O Supremo, como citado anteriormente, afirmou a inexistência de vida do feto portador de anencefalia, considerando, na verdade, sua ausente potencialidade de vida extrauterina. As informações médicas e os nascimentos já registrados são capazes de revelar que há vida intrauterina, fato que põe em questionamento o fundamento da decisão no sentido de retirar a tipicidade da conduta.

O temor bioético que envolve a conduta antecipatória está na sua comparação com a eugenia. Como resposta a esse receio, tem-se que estabelecer as diferenças entre as duas circunstâncias em análise. O primeiro ponto a ser destacado está no fato de que o temor pela eugenia adveio das práticas nazistas, que tinham motivação declarada: era fundamentada em critérios étnicos, raciais e socioeconômicos, sendo conduzida por ideais de preconceito e discriminação, cujo objetivo era a “melhoria da raça”. A antecipação ou interrupção de gestações inviáveis 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.

A confusão das circunstâncias pode ser explicada pelo fato de que, em ambos os casos, há uma escolha, uma decisão seletiva. No entanto, é a natureza da decisão que poderá demonstrar o grande abismo que diferencia as duas situações. Dentro do receio ao fomento da prática eugênica, está a questão da intolerância com os deficientes. O que permite o afastamento dessa relação é, também, a motivação da conduta antecipatória e o fato de que não há vida potencial extrauterina, sendo certa a ocorrência da morte do feto.

5 CONCLUSÃO

Os desejos reprodutivos, impulsionados pelo livre planejamento familiar e pelo direito fundamental à liberdade, encontram óbices quando ferem outros direitos constitucionalmente assegurados. A proteção ao patrimônio genético também há de ser concretizada através do afastamento de condutas eugênicas, motivadas por ideais sexistas, étnicos, culturais e biológicos.

A análise da decisão seletiva deve ser verificada a partir das situações pré-conceptiva, pós-

conceptiva e pós-natal, considerando os argumentos éticos e jurídicos que legitimam ou proíbem a prática almejada. Para isso, é necessário considerar a incidência do direito à saúde, premissa que pode legitimar o aconselhamento genético, o diagnóstico pré-implantacional e a terapia gênica, quando assentados em necessidades terapêuticas e não em demandas pessoais e subjetivas.

A existência de uma necessidade terapêutica, portanto pautada na condução de um protocolo de tratamento com vistas a minimizar ou curar a doença, é situação que pressupõe uma análise médica e não se confunde com desejos reprodutivos relacionados à idealização de um padrão fenotípico perfeito.

No Brasil, o tratamento normativo da eugenia é incipiente. Não há legislação sobre reprodução humana artificial e a lei 11.105/2005 pouco se preocupou com a matéria, mantendo conceitos imprecisos e abrindo brechas para práticas eugênicas que não consubstanciam necessidades terapêuticas e tentam respaldo no direito à liberdade e na força da autonomia privada como um pré-requisito para a livre formação dos contratos.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la persona*. Versión española del propio autor. Madrid: Tecnos, 1998.

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ANÓN, Carlos Lema. *Reproducción, Poder y Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005, p.25-47.

BARCIFILO, Christian de Paul de. Nascer ou não com graves deficiências congênitas? In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.243-254.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Do gene ao direito*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *La eugenesia hoy*. Bilbao-Granada: Editorial Comares, 1999.

- COOPER, Geoffrey M.; HAUSMAN, Robert E. *A célula: uma abordagem molecular*. Boston University. Tradução de Maria Regina Borges-Osório. 3.ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.301-308.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LILIE, Hans. Aborto eugênico. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.133-142.
- LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana E. *Procreación Humana artificial: Um desafio bioético*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995.
- MELO, Helena Pereira de. O Eugenismo e o Direito. In: *Manual de Biodireito*. Coimbra: Almedina, 2008.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. 6.ed. americana. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os tempos, manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética v.III*. Coimbra: Almedina, 2009, p.131-149.
- ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico-científico Del concebido artificialmente. Em el marco de la experimentación gênica*. Barcelona: Editorial Bosch, 2002.
- OSSWALD, Walter. Diagnóstico genético e medicina predizente. Diagnóstico pré-natal. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005, p.17-24.
- PICÓN, Fernando Reviriego. *Otro estudio más del aborto. La indicación eugenésica y su fundamentación*. Madrid: Editorial Dykinson, 1998.
- ROCA i TRÍAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.100-126.

SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. *In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 19-30.

SEGRE, Marco; GATTÁS, Gilka Jorge Figaro; WUNSCH FILHO, Victor. Genética, biologia molecular e ética: as relações trabalho e saúde. *Revista Ciência e Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, n.7, 2002, p.159-167.

SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. *Direito Penal Genético e a Lei de Biossegurança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. *In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.309-323.