

POSSIBILIDADES NEOEUGÊNICAS EM PROCRIAÇÃO HUMANA ARTIFICIAL E PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO

POSSIBILITIES OF NEW EUGENICS IN HUMAN ARTIFICIAL PROCREATION AND GENETIC HERITAGE PRESERVATION

Ana Thereza Meirelles¹

RESUMO: Trabalho destinado à análise jurídica das práticas neoeugênicas em reprodução humana artificial. Discute-se, como premissa, os direitos reprodutivos e o papel da autonomia privada na condução das relações sociais que envolvem a constituição de filiação na contemporaneidade. A presente pesquisa, conduzida pela perspectiva hermenêutica, entende que, no âmbito dos direitos fundamentais, a necessidade de preservação do patrimônio genético, que envolve a sua integridade e diversidade, é o fator que justifica a limitação das práticas neoeugênicas no âmbito reprodutivo. A neoeugenia é consubstanciada por novas possibilidades em termos de medicina preditiva e das manipulações biológicas que se constituem como condutas seletivas, acentuadas pela presença da biotecnologia. Tais práticas podem ter cunho terapêutico ou visarem ideais subjetivos de aperfeiçoamento e melhoramento da espécie humana.

Palavras-chave: Patrimônio genético; liberdade de reprodução; neoeugenia, reprodução artificial.

ABSTRACT: This article objectives to analyze the fundamental right practices limit new eugenics in artificial human reproduction. We discuss, as a premise, reproductive rights and the role of private autonomy in the conduct of social relations involving the constitution of membership nowadays. This survey, conducted by hermeneutic perspective, understand that under fundamental rights, the need for preservation of genetic heritage, which involves the integrity and diversity, is the factor that justifies the limitation of reproductive practices within neoeugênicas. The new eugenics is substantiated by new possibilities in terms of predictive medicine and biological manipulations that are selective as ducts, marked by the presence of biotechnology. Such practices may have therapeutic nature or pursue ideals subjective improvement and improvement of the human species.

Key-words: genetic heritage; reproductive freedom; new eugenics, artificial reproduction.

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 das disciplinas *Direito e Bioética* da Faculdade Baiana de Direito e *Biodireito* da Universidade Salvador – UNIFACS. E-mail: anatherezameirelles@gmail.com.

vontade ilimitada das partes envolvidas possa desencadear a concretização de práticas eugênicas, atentatórias à preservação da integridade do patrimônio genético humano.

A associação dos direitos reprodutivos ao tema da eugenia é facilmente visualizada 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*.

São diversas as condutas cuja prática pode ter como finalidade garantir o êxito da reprodução almejada. Algumas foram explicitamente proibidas pela Ordem Jurídica, 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. O presente trabalho parte, justamente, da avaliação dos limites éticos e normativos que devem conduzir os desejos reprodutivos, por ter como ponto de partida a fundamentalidade da preservação do patrimônio genético, direito da presente geração e das gerações futuras.

Durante o processo reprodutivo, algumas ações podem revelar coeficientes eugênicos, são elas: o aconselhamento genético; a engenharia genética em células germinativas ou embriões; a escolha das características do doador de material biológico, quando realizado o contrato de reprodução humana assistida heteróloga, e o diagnóstico pré-implantacional ou embrionário, que inclui a avaliação terapêutica das condições de reprodução, mas pode ser utilizado para fins de aperfeiçoamento.

O objetivo desta pesquisa é avaliar e conferir adequação à disciplina normativa das condutas neoeugênicas em procriação a partir da constatação de que a preservação da integridade e da diversidade do patrimônio genético é fundamental e foi contemplada no plano constitucional.

2 REPRODUÇÃO, DIREITO À LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA

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 os direitos acima citados.

Tamanha é a complexidade das discussões que envolvem a extensão da liberdade como um direito fundamental. Robert Alexy afirma que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha interpretou “o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no

art.29, §1º, da Constituição alemã, como um direito à liberdade geral de ação”². A liberdade é, nesse sentido, direito de natureza complexa, considerando a abrangência que lhe é inerente e a sua constante possibilidade de colisão com outros direitos que também possuam o mesmo *status* constitucional.

Nesse percalço, pode-se perceber que as decisões em matéria de reprodução, dos médicos especialistas e das partes que movimentam o aparato reprodutivo, têm sido frequentemente conduzidas e justificadas pelo direito à liberdade, que é invocado, por vezes, equivocadamente, para encampar vontades que nem sempre estão condizentes com as normas constitucionais.

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, vedando 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 humano. 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.

Avaliar a incidência dos limites éticos e normativos nas decisões reprodutivas tem como premissa a discussão sobre a existência ou não de um direito à procriação³. Alguns 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

² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.341.

³ 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).

física, emerge de tal raciocínio, então, o reconhecimento de um direito a procriar⁴.

Outros autores 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”. Dessa forma, “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 morte”⁵.

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 sexo⁶. 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 homossexuais⁷.

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 infertilidade⁸.

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

⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotechnologia 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.

⁵ 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.

⁶ 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.*

⁷ Cf. AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.87.

⁸ 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.

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.

No entanto, em matéria de reprodução, a incidência da dignidade a partir do viés autônomo não pode prescindir da necessidade de estabelecer limites à procriação em prol da preservação da integridade do patrimônio genético, pois, os desejos diferentes em matéria reprodutiva podem culminar em práticas seletivas ou eugênicas cuja finalidade está desvinculada de necessidades terapêuticas.

3 A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A análise adequada dos direitos fundamentais perpassa pela necessidade de apropriação do seu desenvolvimento histórico. A história das conquistas da humanidade caminha em compasso com a disciplina jurídica de tais direitos, de modo que não se pode mais desprezar o grau de complexidade que os circunda. Qualquer estudo contemporâneo nesta seara pressupõe a constatação da incorporação gradual dos direitos de tal natureza. Esta incorporação reflete as necessidades do homem ao longo dos tempos e o reconhecimento da fundamentalidade delas.

Deste modo, não é difícil concluir que o estudo dos direitos fundamentais parte de todos os aportes que se comunicam com a tutela da pessoa, tudo aquilo que é capaz de refletir a proteção de suas prerrogativas e a essência da sua natureza.

O que conduz à construção dos direitos de cunho fundamental coincide, por certo, à mesma mola propulsora da construção dos direitos humanos. Sem intenção de aprofundar uma possível diferenciação das terminologias, passa-se a compreender que a primeira é usada em referência ao direito interno, ou direito proveniente da atividade legislativa de um Estado. A segunda é terminologia aplicada ao direito internacional, consubstanciada em tratados e documentos firmados entre nações distintas.

Sem prejuízo da dificuldade de encontrar um conceito oportuno para o que seja, de fato, um direito de natureza fundamental, diversos são os esforços doutrinários, sejam apenas partindo dos que estão previstos expressamente, ou incluindo, também, os que podem ser reconhecidos implicitamente, considerando a sistemática e a hermenêutica constitucionais. Não se discute, com certeza, que fundamentais são direitos essenciais, direitos que exalam natureza vital e merecem disciplina distinta dentro da Ordem Jurídica.

3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A relativa precisão de um conceito de *direitos fundamentais* tem como critério a dignidade da pessoa humana, posto que é a ela que todos os direitos do homem se reportam, em menor ou maior grau. Segundo Fabio Konder Comparato⁹, a justificativa científica da dignidade da pessoa humana sobreveio da teoria darwiniana, calcada no processo de evolução dos seres vivos. Apesar da sua aceitação geral, no mundo científico, passa-se a compreender que não é por acaso que o ser humano titulariza o topo da cadeia evolutiva. Há na pessoa humana algo de ontológico e axiológico que o diferencia por natureza.

A tradição cristã e a filosofia kantiana são as duas grandes correntes de pensamento das quais a dignidade retira toda a sua riqueza de conteúdo. Os aportes religiosos vindos do cristianismo apontam para a existência de um elemento de natureza ontológica, inerente ao ser humano e não condicionado à necessidade de nenhum ato formal para reconhecê-la. A dignidade da pessoa é, nesse contexto, um atributo que simplesmente existe.

O cristianismo reconheceu o valor ontológico do ser humano a partir de pressuposições bíblicas. “Através de sua vinculação à ideia da criação e da ação Divina, a concepção Cristã é desenvolvida no sentido de que, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, os homens possuem uma igualdade essencial”¹⁰.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a mudança de paradigma do fundamento do Direito Natural (de um direito de ordem divina a um direito racional) fez com que a concepção de dignidade humana passasse por um processo de racionalização e laicização, sem, naturalmente, abandonar a noção de que todos os homens são iguais em dignidade¹¹.

Em Kant, restará desenvolvida a ideia de que todos os seres humanos são iguais e seu traço distintivo em relação às demais espécies é ser, em qualquer circunstância, um fim em si mesmo, jamais podendo ser utilizado como um meio¹². A concepção moderna de dignidade humana é o reflexo da perspectiva humanista e universalista do imperativo categórico de Kant.

Conforme Jean Rivero e Hugues Moutouh, não se pode mais contestar que a

⁹ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.4.

¹⁰ CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Constitucional. Direitos fundamentais*. 2.ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p.114.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.32.

¹² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.63 et seq.

primazia da pessoa humana “corresponde não só a uma das reivindicações mais profundas do homem, mas, sobretudo, a uma exigência ética”. Completando a ideia, em Kant, a dignidade humana “não reside em deixar suas ações e sua existência conformes com a lei eterna, ou seja, com a ordem de Deus, [...] mas em seu estatuto de agente racional. Existe em cada homem um direito a dignidade, porque há identicamente em todos os indivíduos um mesmo potencial humano racional”¹³.

Sendo um atributo inerente a todos os seres humanos, a dignidade independe de origem, raça, cor, sexo ou quaisquer outros requisitos. Ela não convive com discriminações ou condutas que se pautem em tais objetivos. Logo, também não admitirá discriminações calcadas em análises genéticas de probabilidades que possam revelar características físicas, condições psíquicas ou patologias. Todos os seres humanos são dignos e merecem respeito seja qual for a sua condição pessoal.

A consagração da dignidade no plano normativo constitucional implica no dever de promoção e proteção do Estado, bem como de respeito por parte deste e dos demais indivíduos. Nesse percalço, é indiscutível a relação de dependência mútua entre ela e os direitos fundamentais. “Ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar um pleno desenvolvimento da pessoa humana, é certo também que somente através da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida”¹⁴. Assim, o cumprimento dos direitos fundamentais está estreitamente vinculado ao respeito à dignidade da pessoa humana.

No texto constitucional, a dimensão do valor da dignidade humana é a medida em que, enfaticamente, se constrói a temática dos direitos fundamentais. “Constata-se, assim, uma nova topografia constitucional: o Texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, a cláusula pétrea”¹⁵.

Enquanto ponto de partida da construção da teoria dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana possui relação direta com a necessidade de proteção do patrimônio genético.

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

¹³ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.343.

¹⁴ CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Constitucional. Direitos fundamentais*. 2.ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p.116.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.89.

O surgimento dos direitos fundamentais, positivados e como parte de uma Ordem Jurídica específica, não é um fenômeno estático, ele é fruto dos movimentos sociais, políticos, científicos e culturais das sociedades ao longo dos tempos. A História aponta para as primeiras formas de contemplação dos direitos humanos, num plano de costume e num plano de direito positivo. Esse movimento de expansão e afirmação gradual dos direitos humanos explica o surgimento das expressões “gerações” e “dimensões” que fazem referência à natureza e ao tipo de direito e, por vezes, ao momento de reconhecimento dele.

Dessa forma, “as gerações dos direitos revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais”¹⁶.

O patrimônio genético como um direito fundamental emerge da “forte tendência doutrinária em reconhecer a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais [...]”¹⁷. Trata-se da preservação da integridade e da diversidade do patrimônio genético, considerando as novas possibilidades trazidas pela biotecnologia, como as manipulações genéticas, a clonagem e as condutas que traduzam coeficientes eugênicos, com vistas a alterar ou descartar a naturalidade da sua manifestação.

Fabio Konder Comparato reconhece a incidência direta dos influxos da engenharia genética na ordem dos direitos da pessoa humana ao prelecionar:

Numa outra ordem de considerações, os progressos da engenharia genética já prenunciam a viabilidade de uma manipulação do genoma para se obter aquilo que os cientistas anglófonos denominam *enhancement*, isto é, uma melhoria genética germinal, numa perspectiva eugênica: a criação de uma linhagem de homens e mulheres considerados mais belos, ou dotados de maior capacidade esportiva, ou com memória mais desenvolvida, por exemplo. Da mesma sorte, os avanços tecnológicos permitem a realização, desde já, de operações de clonagem humana, seja para efeitos terapêuticos (tratamento de doenças neurodegenerativas mediante implantação de células geneticamente limpas), seja para a reprodução de gêmeos, tanto de indivíduos em vida quanto já mortos¹⁸.

A complexidade das relações sociais contemporâneas evidencia o surgimento de novos direitos que, na verdade, refletem o caminho traçado pela humanidade, cada vez mais apropriada das novas possibilidades científicas. Reconhece-se, em âmbito de direito constitucional e de direito internacional, a importância de conferir disciplina jurídica às possibilidades trazidas pela nova *Genética*.

¹⁶ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p.615.

¹⁷ *Ibidem*, p.626.

¹⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada em 1999, identifica o genoma humano como alicerce da unidade fundamental de todos os membros da espécie humana. No artigo 1º, acrescenta ser ele patrimônio da humanidade e, no artigo 2º, rechaça o reducionismo genético ao determinar que “cada indivíduo tem direito ao respeito de sua dignidade e de seus direitos, sejam quais forem suas características genéticas”, sendo que “essa dignidade impõe a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e o respeito do caráter único de cada um, bem como de sua diversidade”. Reconhece também no artigo 3º que o genoma humano, pela sua natureza evolutiva, é sujeito a mutações, e que ele encerra potencialidades que se exprimem de forma diferenciada, considerando o meio ambiente natural e social de cada indivíduo, especialmente o estado de saúde, as condições de vida, de nutrição e de educação¹⁹.

A Declaração Internacional sobre dados genéticos humanos, aprovada em 2004, com o intuito de prolongar a Declaração anterior, também rechaçou o uso dos dados genéticos para fins discriminatórios, pugnando pela necessidade de conduzir esforços que combatam essa finalidade, em prol de respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais²⁰. Este instrumento se preocupou com aspectos técnicos que envolvem o uso dos conhecimentos em matéria de genética, determinando procedimentos específicos com o objetivo de proteger a naturalidade do patrimônio genético.

A garantia de preservação do patrimônio genético é o reconhecimento de que o ser humano não pode ser submetido a atos discriminatórios bem como a manipulações biológicas que atentem contra a sua dignidade. No plano biotecnológico, diversas são as condutas que podem vilipendiar e rechaçar essa garantia, são elas, a engenharia genética, a clonagem reprodutiva, os diagnósticos genéticos e algumas práticas seletivas em sede procriação. A

¹⁹ “Artigo 1: 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. Artigo 2: 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. Artigo 3: O genoma humano, evolutivo por natureza, é sujeito a mutações. Contém potencialidades expressadas de formas diversas conforme o ambiente natural e social de cada indivíduo, incluindo seu estado de saúde, condições de vida, nutrição e educação”. (UNESCO. *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Disponível em: <www.unesdoc.unesco.org>. Acesso: 10 jun. 2012).

²⁰ “Artigo 7º: (a) Deverão ser feitos todos os esforços no sentido de impedir que os dados genéticos e os dados proteômicos humanos sejam utilizados de um modo discriminatório que tenha por finalidade ou por efeito infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo, ou para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades. (b) A este respeito, será necessário prestar a devida atenção às conclusões dos estudos de genética de populações e dos estudos de genética do comportamento, bem como às respectivas interpretações”. (UNESCO. *Declaração Internacional sobre dados genéticos humanos*. Disponível em: <www.unesdoc.unesco.org>. Acesso: 10 jun. 2012).

possibilidade de selecionar determinadas características aponta para a violação da integridade do patrimônio genético.

3.3 A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO: O ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O art. 225, *caput*, da Constituição determina que “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”. Esse é o ponto de partida para a admissibilidade da integridade do patrimônio genético como um direito de natureza fundamental, é direito que compõe o bloco de constitucionalidade e tem natureza elementar ao ser humano.

Ressalta-se a relação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com outros direitos naturalmente fundamentais, como o direito à vida e à saúde.

O §1º, II, do art. 225 determina que “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.” Disso resulta o comprometimento do Estado com a manutenção da biodiversidade das espécies.

A garantia prevista na Constituição Federal é destinada às presentes e futuras gerações, devendo o Estado fiscalizar as atividades de pesquisa e a manipulação de material genético com vistas a garantir a proteção almejada.

A diversidade é expressa na necessidade de que as intervenções biológicas em torno do genoma humano, em sede procriativa, conforme esta análise, não desconteple a diversidade da sua manifestação. Nenhuma conduta, num plano biotecnológico, deve ter como escopo limar a diversidade dessa manifestação. As manipulações biológicas não podem ser conduzidas pelos desejos reprodutivos que visem a perpetuação de determinados padrões fenotípicos, como a cor da pele e dos olhos, o tipo de cabelo, o peso e outras características.

Não se pode refutar também o valor da naturalidade do patrimônio genético, manifestada por meio do acaso, possibilitada na reprodução humana por conjunção carnal. A procriação artificial não deve ter o escopo de usar a programação genética com fins interventivos, engendrando células humanas para implantá-las em momento posterior. As

intervenções genéticas devem ser justificadas por necessidades reais e sedimentadas no plano da justificativa terapêutica, conforme se discutirá em seguida.

As novas descobertas propiciadas pela concretização do Projeto Genoma culminaram em diferentes possibilidades biotecnológicas que envolvem o patrimônio genético humano na sua forma preliminar, ou seja, antes do nascimento.

As descobertas propiciaram o desenvolvimento e a ascensão da medicina preditiva²¹, que visa à prevenção da manifestação de uma determinada patologia com certa antecipação. Aplicada à Genética, visa identificar as informações relacionadas à manifestação de doenças contidas do genoma do indivíduo, através de testes genéticos²². A partir das informações genéticas descobertas, passou-se também a construir técnicas de engenharia genética e terapia gênica, além da clonagem, procedimento que visa repetir um patrimônio genético individualizado.

4 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 características²³. 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

²¹ A medicina preditiva também é chamada de medicina genômica. “*Con el desarrollo del PGH, la medicina há entrado en una nueva era, la llamada “medicina genómica”, que se caracteriza por un rol más preventivo que curativo. En esta era, los tests genéticos preventivos tienen un rol preponderante, ya que permiten realizar un screening de las mutaciones que posee una determinada persona, para informarle de los riesgos específicos de contraer patologías específicas en el futuro o, incluso, detectar enfermedades antes del nacimiento, desde el estado embrionario y fetal*”. (ALCÂNTARA, Manuel J. Santos. Aspectos bioéticos del consejo genético em la era del proyecto del genoma humano. *Acta Bioethica*, 2004, ano X, n. 2, p.192).

²² “Para avaliar a relevância dos testes, é importante salientar que até ao presente foram inventariadas mais de quatro mil espécies de alterações genéticas e que algumas delas correspondem a doenças hereditárias com grande incidência. Os novos testes já diagnosticam a Coreia de Huntington, fibrose quística. Alzheimer, Tay Sachs, Lou Gehrig, hemofilia, deficiência alfa-1-antitripsina, esclerose lateral amiotrófica, ataxia talangectasia, gaucher, cancro de ovário, da mama, e do cólon hereditário, mal de Charcot-Marie-Tooth, hiperplasia adenal congénita, distrofia muscular de Duchenne, distonia, anemia de Falconi, factor V-Leiden, síndrome X-frágil, distrofia miotónica, neurofibromatose de tipo I, fenilcetonúria, doença poliquística renal, síndromas de Prader Willi e de Angelman, etc.” (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Tese de doutoramento em Ciências Jurídicas na Universidade Autónoma de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2007, p.86).

²³ 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.

de riscos potencialmente elevados e descontrolados²⁴, 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 revelar o caminho para o encontro do ser humano perfeito, os sadios e menos doentes, os mais inteligentes e preparados, os fortes e os menos vulneráveis, os mais capazes e os mais bonitos.

As possibilidades eugênicas associadas às vontades procriativas estão diretamente relacionadas com tema de natureza constitucional, considerando o fato de que podem tangenciar ou mesmo destruir bem jurídico protegido.

4.1 FASE PRÉ-CONCEPTIVA

Antes da fusão do óvulo com o espermatozoide, concretizando-se a concepção, algumas práticas podem ter como finalidade decidir pela procriação ou determinar algumas condições para ela.

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-la²⁵.

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 doenças²⁶ ou o uso de material genético doado²⁷; se o teste genético ocorrer após a concepção (portanto, no embrião), também pode-se optar por implantá-los, mantendo-os congelados, ou

²⁴ Cf. obra de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

²⁵ CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Do gene ao direito*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

automaticamente descartá-los²⁸. 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 anencefálicos²⁹.

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

4.2 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)³⁰.

Questiona-se, dentre as vertentes bioéticas dedicadas ao estudo do início da vida, o

²⁸ 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.

²⁹ Em âmbito jurídico, discute-se a possibilidade da antecipação terapêutica de partos de fetos portadores de anencefalia, patologia incompatível com a vida extrauterina. Em 2004, foi proposta no Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pendente de julgamento.

³⁰ GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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 aparentemente 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 de 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, 'dulce, democrática e insidiosa'*³¹.

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)”³².

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 identificados³³.

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,

³¹ ADORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la persona*. Versión española del propio autor. Madrid: Tecnos, 1998, p. 74-75.

³² 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.

³³ 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).

através da manipulação de genes”³⁴.

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”³⁵. Para parte dos especialistas, a situação 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”³⁶, 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 constatadas³⁷.

Para Sonia Sánchez González, pode-se definir terapia gênica como “*el tratamiento de una enfermedad a través de la manipulación genética. Esto incluye, por ejemplo, el tratamiento del hipotiroidismo con hormonas tiroideas o el suministro de esteroides para reducir la inflamación en el asma*”. Ela prossegue concluindo que isso traz “*como consecuencia la inducción, represión, estimulación o inhibición de diferentes genes en distintos tejidos del organismo*”³⁸.

Sobre a terapia gênica, alguns autores alertam, ainda, para a possibilidade de promover alterações genéticas não terapêuticas, com o objetivo de melhorar a condição genética do futuro indivíduo, como no caso da inserção de um gene que melhore algum aspecto, como beleza, inteligência, ou, mesmo o prolongamento da vida. Isto é chamado de terapia gênica de melhoria³⁹.

A legislação brasileira, ao prever o crime de engenharia genética, pouco pormenorizou as nuances que podem envolvê-lo, considerando as possibilidades que estão vinculadas à conduta. Sem prejuízo da controvérsia a respeito da interpretação do impreciso art. 25 da lei 11.105/2005, pode-se afirmar com clareza que, no Brasil, é crime a possibilidade eugênica consubstanciada por conduta que vise a alteração do patrimônio genético celular,

³⁴ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. *Direito Penal Genético e a Lei de Biossegurança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.24.

³⁵ 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.

³⁶ BRASIL. Lei 11.105/2005. Disponível em: <www.planalto.gov.br/lei/L11105>. Acesso em: 07 set. 2011

³⁷ Cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.124

³⁸ GONZÁLEZ, Sonia Sánchez. Proyecto genoma humano visto desde el pensamiento de la complejidad. implicaciones bioéticas. *Acta Bioethica*, 2008, v.14, p.145.

³⁹ YUNTA, Eduardo Rodríguez. Terapia gênica y principios éticos. *Acta Bioethica*, 2003, ano IX, n.1, p74.

estando proibida tanto no embrião ou zigoto, quanto nas células germinativas, pois transmitir-se-á a modificação às gerações futuras.

4.3 REPRODUÇÃO E EUGENIA

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 procura⁴⁰.

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 dignos (porque portadores de doença familiar, nomeadamente mental, ou porque alcoólicos ou criminosos) ao longo de sucessivas gerações”⁴¹.

Costuma-se distinguir a eugenia em função da finalidade a qual ela é destinada⁴²: 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

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁴¹ GALTON, Francis *apud* MELO, Helena Pereira de. O Eugenisimo e o Direito. In: *Manual de Biodireito*. Coimbra: Almedina, 2008, p.25-26.

⁴² HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade genética & Direito da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p.164-165.

“roupagem”, por estarem inseridas num novo contexto socioeconômico, propiciado por motivações de índole liberal, e passam a ser conhecidas como neoeugênicas⁴³.

Em torno das mudanças sociais e das novas demandas de mercado, que revelam, na verdade, vontades individuais, movidas por objetivos específicos, pode-se situar a eugenia liberal⁴⁴ ou a neoeugenia. 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 o conhecimento biotecnológico. Esse é o estágio atual da eugenia. A eugenia liberal, conforme afirmou Habermas, evidencia alguns fatores culturais e morais que se diferenciam da época nazista.

A ciência, hoje, 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”⁴⁵. 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 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, considerando a não existência de dispositivos que expressamente as proíbam⁴⁶. 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.

5 PARÂMETROS ÉTICOS E NORMATIVOS PARA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO

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

Como premissa, não se pode perder de vista que a construção do tratamento

⁴³ Cf. AGUIAR, Mônica; FRAGA, Ivana. Neoeugenia: o limite entre a manipulação gênica terapêutica ou reprodutiva e as práticas biotecnológicas seletivas da espécie humana. *Revista Bioética*, 2010, v.18.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Cf. LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana E. *Procreación Humana artificial: Um desafio bioético*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995, p.47.

normativo das práticas eugênicas demanda a apropriação da proteção ao patrimônio genético como o 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 sistemática dos direitos fundamentais, pode-se retirar diretamente a necessária proteção do patrimônio genético.

Hoje, na verdade, os impulsos na seara da genética e das medicinas reprodutiva e preditivas são as evidências que canalizam para a conformação de condutas que colidem com a integridade e a diversidade da composição genética natural das espécies.

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. 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 nidação.

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 esclarecimento sobre o uso adequado e legítimo do aconselhamento genético, contribuindo para ausência de disciplina jurídica da eugenia em matéria de direitos reprodutivos. Sugere-se, desse modo, a disciplina dos recursos preditivos pré-conceptivos em sede de Resolução do Conselho Federal de Medicina com o objetivo de tornar claro, para os profissionais que lidam com a especialidade, os objetivos adequados da técnica.

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 humano, mas, também, revela postura legislativa que serve para condenar tentativas eugênicas expressadas por experimentos e manipulações que visam atender a 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.

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 homossexuais⁴⁷, 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 imunológica com a receptora⁴⁸. 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 humano. 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 pautada pela manifestação do padrão

⁴⁷ Não há lei que limite a realização da reprodução heteróloga a casais.

⁴⁸ BRASIL. CFM. Resolução 1957/2010. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes>. Acesso em: 07 set. 2011.

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.

Sugere-se, desse modo, que a lei de biossegurança contemple dispositivo que proíba a escolha de características do doador em caso de procedimento heterólogo, estando a questão no plano não somente na conduta do profissional que concretiza o processo procriativo. As partes envolvidas também devem ser responsabilizadas por condutas inadequadas.

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. É necessário 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 de um conceito para 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 único vetor capaz de determinar este conceito.

O diagnóstico em embriões humanos não pode servir para concretizar juízos de aperfeiçoamento, que, na verdade, reflete a volta de ideais eugênicos passados, nem a critérios como sexo, cor ou qualquer outro atributo físico e mental. A sua legitimidade está estritamente cingida à finalidade terapêutica, ressalvadas as premissas que esta envolve.

5 CONCLUSÃO

Os desejos reprodutivos, impulsionados pelo livre planejamento familiar e pelo direito à liberdade, encontram óbices quando ferem outros direitos constitucionalmente

assegurados. Ante as possibilidades permitidas pelo desenvolvimento atual da medicina especializada, exsurge o direito à preservação da integridade e da diversidade do patrimônio genético humano, concretizada através do afastamento de condutas neoeugênicas, motivadas por ideais sexistas, étnicos, culturais e biológicos.

A discriminação de ordem genética, revelada por escolhas de caráter neoeugênico, deve ser rechaçada pelo direito brasileiro por não coadunar com os valores abraçados pela Constituição e por, em diferentes escalas, atentar contra o direito da humanidade à manutenção do padrão natural do genoma.

A análise da decisão seletiva deve ser verificada a partir das situações pré-conceptiva e pós-conceptiva, 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 estritamente 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. A necessidade terapêutica, como corolária ao direito fundamental à saúde, é o único caminho capaz de legitimar possíveis escolhas dentro desse processo. No entanto, conforme demonstrado, ela precisa ser balizada por imperativos éticos e morais, nunca mascarada em discursos científicos de profissionais interessados em atender às demandas abusivas de particulares.

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.

_____; FRAGA, Ivana. Neoeugenia: o limite entre a manipulação gênica terapêutica ou

reprodutiva e as práticas biotecnológicas seletivas da espécie humana. *Revista Bioética*, 2010, v.18, p.121-130.

ALCÂNTARA, Manuel J. Santos. Aspectos bioéticos del consejo genético em la era del proyecto del genoma humano. *Acta Bioethica*, 2004, ano X, n. 2, p.192.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Tese de doutoramento em Ciências Jurídicas na Universidade Autónoma de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2007.

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

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Constitucional. Direitos fundamentais*. 2.ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p.113-135.

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

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

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.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

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.

GONZÁLEZ, Sonia Sánchez. Proyecto genoma humano visto desde el pensamiento de la complejidad. implicaciones bioéticas. *Acta Bioethica*, 2008, v.14.

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

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade genética & Direito da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

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.

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.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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.

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.

UNESCO. *Declaração Internacional sobre dados genéticos humanos.* Disponível em: <www.unesdoc.unesco.org>. Acesso: 10 jun. 2012.

_____. *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.* Disponível em: <www.unesdoc.unesco.org>. Acesso: 10 jun. 2012.

YUNTA, Eduardo Rodríguez. Terapia génica y principios éticos. *Acta Bioethica*, 2003, ano IX, n.1.