

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THAYS OLIVEIRA SOUZA PIVA PALAZZO

As alterações genéticas através do estudo de caso de casal homoafetivo e inseminação artificial para filho surdo: uma análise a partir do Direito Brasileiro

VITÓRIA

2021

THAYS OLIVEIRA SOUZA PIVA PALAZZO

As alterações genéticas através do estudo de caso de casal homoafetivo e inseminação artificial para filho surdo: uma análise a partir do Direito Brasileiro

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau em bacharel em Direito.

Professor Orientador: Dr. Alexandre Campaneli Aguiar Maia.

VITÓRIA

2021

THAYS OLIVEIRA SOUZA PIVA PALAZZO

As alterações genéticas através do estudo de caso de casal homoafetivo e inseminação artificial para filho surdo: uma análise a partir do Direito Brasileiro

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau em bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de dezembro de 2021.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^o Dr. Alexandre Campaneli Aguiar Maia
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof^o
Faculdade de Direito de Vitória

Prof^o
Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus, pois sem Ele nada faria sentido e não teria base para chegar até onde cheguei.

À minha família (Arlinda, Lindiner, Marcos, Tatiane, Pedro Henrique, Murilo e Luna Lilly) pelo apoio e incentivo durante todo o percurso da graduação e pela minha vida inteira. Em especial aos meus pais que, mesmo em épocas de intenso movimento e turbulências na empresa e na vida, me concederam tempo e recursos para que eu pudesse chegar até aqui. Além disso, eles foram essenciais para que eu me tornasse a pessoa que sou hoje, amo vocês de todo meu coração.

A todos os meus amigos e pessoas presentes na minha vida que, de alguma forma, colaboraram para o êxito desta conquista, seja com material jurídico ou com um afeto em um momento de necessidade, como um abraço ou palavras de incentivo.

Ao meu namorado Matheus Hülle e sua família, por todo o apoio. Principalmente à ele, por cada momento de apoio na etapa final, em que enquanto queria desistir de tudo e me afastei de todos, continuou ao meu lado e me ajudou a enxergar o que estava fazendo questão de ignorar, me deu um choque de realidade necessário para que eu pudesse me estabilizar.

Aos membros da banca que prontamente aceitaram o convite para participar de minha defesa, enriquecendo meu trabalho e contribuindo imensamente com o meu crescimento.

Agradeço, por fim, ao meu orientador Professor Doutor Alexandre Campaneli Aguiar Maia, por me auxiliar na elaboração do trabalho e por toda paciência que teve comigo.

Dedico-os, assim, o meu **“muito obrigada”!**

RESUMO

Tendo em vista as legislações brasileiras, dentre elas o Código Civil de 2015 e a Constituição Federal Brasileira de 1988, foi possível realizar pesquisas e, deste modo, averiguar a constitucionalidade de alterações genéticas e especificações na escolha de gene para inseminação artificial. Como base, foi utilizado um caso concreto de um casal homoafetivo que possuía o interesse de ter um filho com uma deficiência auditiva, devendo assim chegar a constitucionalidade do caso em questão. Após toda a análise realizada, chega-se à conclusão da inconstitucionalidade do ato. Além disso, para ter maior clareza e compreensão do estudo, diversos termos da área científica e do próprio Direito foram expostos para que, deste modo, fosse possível ter maior entendimento ao que se estava sendo discutido. Por fim, para a conclusão, foi utilizada a Teoria da Ponderação de Princípios Fundamentais, fundamentada pelo jurista Robert Alexy.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Bioética. Biodireito. Direito Familiar. Direitos Fundamentais. Direito da mulher. Inseminação artificial. Ponderação de princípios.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 DOS TERMOS A SEREM UTILIZADOS	08
3 DA LEGISLAÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA	13
3.1 A BIOÉTICA E O BIODIREITO	14
3.2 OS NUANCES ENTORNO DA EDIÇÃO GENÉTICA	15
4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
4.1 DO NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITOS	21
4.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER	23
5 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS	26
5.1 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS APLICADA AO CASO CONCRETO	28
6 CONCLUSÃO.....	30
REFERÊNCIAS.....	32

1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, o avanço da tecnologia possibilitou que feitos, antes tidos como impossíveis, se tornassem possíveis de se realizar. Assim, têm-se em vista as tecnologias no ramo da genética, em que no ano de 1972, na Inglaterra, foi gerado o primeiro bebê por meio da fertilização *in vitro*. Desde então, as formas de reprodução assistida têm sido de grande conflito, visto as questões envolvendo a ética e licitude dos processos realizados. Com essa situação, a presente pesquisa visa enxergar a constitucionalidade dessas tecnologias através de um caso concreto, exposto adiante.

Nos Estados Unidos, um casal homoafetivo (Sharon Duchesneau e Candy McCullough) tornou-se pauta de discussão ao decidir ter um filho com a característica surdo. As mulheres, que faziam parte da comunidade surda, queriam que a criança também a integrasse. Elas compartilhavam dessa vontade, pois elas, e o grupo o qual fazem parte, veem a surdez como uma forma de identificação cultural, não como uma deficiência ou falha genética a vir ser curada e, por causa disso, queriam que a criança tivesse a possibilidade de compartilhar do mesmo sentimento (SANDEL, 2013).

O evento em questão foi de imensa repercussão – sendo este um caso de melhoramento genético, em que há a tentativa de atender às características das pessoas envolvidas – e a partir dele discutir-se-á nesta pesquisa se a decisão tomada pelas mães seria ou não constitucional. Este seria o tema escolhido devido ao fato de o casal estar, possivelmente, ferindo o direito da criança.

Ademais, é necessário levar em conta também a questão voltada para as mães, a qual mesmo que as mulheres tenham tomado uma decisão em conjunto, somente uma delas irá carregar definitivamente a criança. Isso, vindo do fato de que se trata de uma pessoa e, conseqüentemente, esta tem direitos e autonomia sob seu próprio corpo e, por causa disso, torna-se responsável e tem como válidas certas atitudes por ela tomada.

Considerada a questão da autonomia, o jornal do Estadão, traz reportagem na qual o Ministro Luís Barroso, do Supremo Tribunal Federal, diz que “quando se trate de uma

mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas”. Isto é, a liberdade existe para todos, mas no caso da mulher que carrega uma outra vida, ela poderia tomar decisões voltadas ao seu corpo.

Assim, pode-se falar do direito à liberdade, exposto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal (CF) e implícito neste mesmo artigo, mas em seu inciso II, o qual disserta que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dessa forma, a mulher estaria fazendo algo com seu corpo que não está, tecnicamente, impedida de fazer.

No caso, ao falar se falar da criança o caput do artigo 3 do Estatuto da Criança e do Adolescente, firmado na lei 8.069/90, diz que:

A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Ou seja, a criança tem a todos os momentos direitos positivados para que possa se desenvolver plenamente, sendo este um direito real, visto que todos devem respeitá-lo.

Então, ao se relacionar tanto com a mãe quanto com a criança, percebe-se que as duas têm direitos. Estes, estariam todos baseados na dignidade da pessoa humana, no qual uma toma decisões referentes ao seu próprio corpo, e a outra tem o direito de nascer com suas plenas funções sensoriais (caso possível), respectivamente.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse é considerado um dos princípios basilares da República e “incidente a todos os humanos desde a concepção no útero materno, não se vinculando e não dependendo da atribuição de personalidade jurídica ao titular” (MOTTA, 2013). Ou seja, como todas as pessoas o têm, deve-se analisar o quanto certa atitude, situação ou acontecimento é considerado tolerável aos outros.

Nessa situação, Canotilho (1995, p. 643) diz que “considera-se existir uma colisão autêntica entre direitos [...] quando o exercício de um direito [...] por parte do seu titular

colide com o exercício do direito [...] por parte de outro titular.” Assim, o “limite” do ato praticado está relacionado ao que seria tolerável. Isso seria, visto que certas atitudes podem ser consideradas aceitáveis, então dentro dos limites, mas outras viriam a ultrapassar esse “limite”, não sendo tidas como toleráveis. Assim, relacionando ao caso, será visto a atitudes das mulheres para com a criança, levando em conta os limites, o que seria tolerável.

Com isso, de acordo com a ideia central do texto, referente a atitude do casal, o presente trabalho busca auxiliar a sanar a seguinte questão: no caso do casal que deseja ter o filho com a característica de surdez através do melhoramento genético, pode-se dizer que é constitucional a atitude das mães tendo em vista as legislações brasileiras?

2 DOS TERMOS A SEREM UTILIZADOS

Primeiramente, para se ter maior compreensão sobre as ideias expostas no decorrer do texto, é necessário que se tenha em mente certas expressões usadas e quais os seus respectivos significados.

Primeiramente, deve-se saber a diferença entre o melhoramento genético e a mutação genética. A mutação genética pode ser definida como uma eventualidade que gera uma transformação hereditária no genótipo, relacionado ao gene do ser vivo (LEVINE, 1973, p. 265). Já, de acordo com Homero Dewes, professor titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o melhoramento genético “é o processo de selecionar ou modificar intencionalmente o material genético de um ser vivo. O objetivo é desenvolver indivíduos com características desejáveis” (DEWIS, 2016).

Ou seja, a mutação genética é algo que muda o gene do ser humano sem haver interferência externa. Já no que tange ao melhoramento genético, há interferência do ser humano para que as características que sejam visadas, possam ser alcançadas.

Colocando em pauta a diferença existente nos termos, isso não é motivo para se acreditar que eles não estejam intimamente relacionados. Chega-se a essa ideia, uma vez que ao permitir que se utilize de mutações genéticas visando especialmente as características, abriria portas para os melhoramentos genéticos. No caso exposto do casal surdo e o filho, isso é notado já que foi usado a mutação genética, a surdez, como uma forma de melhoramento do ponto de vista do casal, já que ocorreu para que as mães pudessem ter sua vontade alcançada.

Quanto ao melhoramento genético, vale ressaltar que essa é uma questão subjetiva. Isso se daria uma vez que o significado de “melhoramento” para um, pode não ser o mesmo para outro. Relacionando ao caso, as mães veem a surdez como uma forma de melhoramento, sendo uma identificação cultural, mas para as outras pessoas [maioria], não compreendem dessa forma, sendo este o fator que gerou grande repercussão para o caso já que há aqueles que não consideram isso uma melhora.

Na Constituição Federal, em seu artigo 5º, caput é exposto o direito à liberdade, inerente a própria existência humana. Mas ao se falar dele, é necessário proferir sobre as diversas formas que lhe são atribuídas, sendo elas as liberdades: da pessoa física, de pensamento (opinião, informação, artística, religião, comunicação do conhecimento), de expressão coletiva, de liberdade de ação profissional e de conteúdo econômico e social.

Nessa circunstância, será utilizado um compilado dessas liberdades visto que todas se encontram interligadas. No caso estudado em específico, elas se mostram ao se falar do direito da mãe, na qual vê a surdez como uma forma de identidade cultural, então devido a isso, utilizaria dos meios necessários para que o filho pertencesse a essa comunidade.

Quando se refere à identidade cultural, essa se encontra relacionada ao sentimento de pertencer à um certo grupo. De acordo com Vivian Hsueh-Hua Chen (CHEN, 2014) da Universidade de Singapura “a identidade cultural é construída e mantida pelo processo de compartilhamento de conhecimento coletivo, como tradições, herança cultural, linguagem, estética, normas e costumes”. Ou seja, o casal tem esse sentimento para com a surdez e quer que seu filho compartilhe do mesmo.

Vale ressaltar que a cultura é de extrema importância visto que por ela viria trazer a inclusão no âmbito familiar, no qual já existe determinados costumes e por isso, a criança tem o direito de participar, fora que os pais têm o direito de transmitir sua cultura e crença para com seus filhos. Dessa forma, disserta Camila Monteiro e Leônia Teixeira em seu artigo que

Sabemos que a transmissão é um trabalho psíquico em que pensamentos, histórias e afetos são passados de um sujeito para outro, de um grupo para outro ou de uma geração para outra. No entanto, a transmissão direta da tradição e de traços culturais não garante a continuidade da vida psíquica. Para que isso ocorra, aquilo que pode ser herdado deverá ser estimulado pelos vínculos intersubjetivos estabelecidos entre a criança e o meio familiar (MONTEIRO; TEXEIRA, 2011, p. 92-101).

Ou seja, é de suma importância que além de poder passar diretamente o que se tem por “cultura”, é necessário que a criança continue naquele ambiente familiar para que seja passível de se participar do meio o qual vive. Esse direito encontra embasamento no princípio da dignidade humana, sendo este relacionado a visão do casal de vida digna.

Tendo em vista o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, este encontra-se explicitado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federativa do Brasil e está presente em todos os direitos. Tal princípio não tem uma definição concreta por estar intimamente ligado com a atualização dos direitos fundamentais e a evolução da sociedade. Contudo, pode ser melhor compreendido na ideia de que cada ser humano deve ter como fim, si mesmo (KANT, 2007, p. 67), ou seja, cada decisão não deve ser levada em conta somente os outros, e sim o próprio que decide. Sendo relacionado a cada pessoa como indivíduo, não na coletividade.

No caso, as mães têm como consenso o que seria ter uma vida digna, já que se tem como ideia a surdez como um estilo de vida, não uma deficiência. Por este fato, desejam que seu filho faça parte desse meio, tendo, conseqüentemente, uma vida que para elas é o que seria digno. Assim, impedir que as pessoas coloquem seus afetos onde estão seus desejos, é impedir que ela viva ou que tenha vida digna.

Neste caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), diz em seu artigo 22º, parágrafo único que

Art. 22 - Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, 1990)

Assim, aos pais está resguardado o direito de transmitir a cultura por eles tida, gerando assim, um direito de que a criança possa fazer parte desse meio. No caso, as mães por terem a surdez como identidade cultural estariam, “apenas”, transmitindo para o filho. Contudo, não pode se negar o fato de que, mesmo sendo uma forma de cultura, também se encontra como sendo uma forma de produzir intencionalmente uma deficiência auditiva a outro.

Além disso, deve-se ter em mente também, o que se refere ao controle parental. Isto é, enquanto a criança não atinge a idade necessária para que possa ter autonomia sobre os seus atos, os pais têm a responsabilidade sob ela, e dessa forma, sob suas decisões. Contudo, o ECA em seu artigo 15º, caput diz

Art. 15º A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL, 1990)

Ou seja, neste caso as mães têm o dever de tomar as decisões cabíveis a elas, mas também tem o dever de respeitar os direitos da criança, não ultrapassando assim o limite, que seria o direito da criança. Além disso, é dever de todos, inclusive dos pais, não só respeitar, mas efetivar concretamente os direitos referentes a criança, como Natália Andrade em seu artigo “Deveres Parentais Imateriais” (ANDRADE, 2013, p. 24) denomina de os deveres parentais imateriais, sendo esses o de prover assistência moral, afetiva, intelectual, material e espiritual.

A Natália Andrade, em sua pós-graduação acredita que a melhor denominação do controle dos pais para com seu filho, seria autoridade parental, expressão utilizada pelo autor Paulo Lôbo (ANDRADE, 2013, p. 17). Isso, pois a palavra “autoridade indica apenas uma superioridade hierárquica [...] e parental no sentido de ser relativo a pai e mãe” (ANDRADE, 2013, p. 18). Essa autoridade parental, está ligada intimamente aos deveres parentais imateriais, o qual seria a assistência que os pais têm como dever de dar ao filho, onde a cada direito que o filho tem, corresponde a um dever por parte dos pais.

Assim, quando se trata da criança e da reprodução humana por meio de técnicas não convencionais, é de suma importância o exercício da parentalidade responsável, na qual Carlos Moraes disserta que esta estaria voltada a não causar “qualquer consequência que possa ser maléfica em decorrência de seu uso à criança que está a ser gerada, podendo resultar até mesmo em responsabilidades para esses pais” (MORAES, 2018). Isto é, os pais não poderiam fazer nada para com o filho que possa vir a ser considerado maléfico, sob pena de responder judicialmente pelos seus atos.

Ademais, deve-se falar sobre a definição de surdez e deficiência auditiva. A Organização Mundial da Saúde juntamente com a Lei Nacional de Inclusão (Lei nº 13.146/2015), dissertam que

De acordo com os critérios estabelecidos pela OMS, deficiência auditiva equivale à redução na capacidade de ouvir sons em uma ou ambos os ouvidos. Assim, pessoas com perda auditiva que varia de leve a severa, se enquadram no grupo com deficiência auditiva. Normalmente quem se inclui nesse espectro se comunica pela linguagem oral e faz uso de aparelhos auditivos ou implantes cocleares – dispositivos eletrônicos parcialmente implantados capazes de transformar sons em estímulos elétricos enviados diretamente ao nervo auditivo. A surdez, por sua vez, é definida como a ausência ou perda total da capacidade de ouvir em uma ou ambos os ouvidos. (SCHMIDT, 2020)

Ou seja, a surdez tem como particularidade a perda total do sistema auditivo, sendo esta a característica desejada pelo casal para com seu futuro filho. Já no caso da deficiência auditiva, configura-se a partir da redução do sentido da audição, podendo ser este de um ou dos dois ouvidos.

Porém, na legislação brasileira tal distinção não é realizada. De acordo com o Decreto-Lei 5.626/2005, que regulamenta as leis nº 10.436/2002 (trata sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras) e nº 10.098/2000 (trata sobre normas e critérios para promover acessibilidade para aqueles com deficiências), mais precisamente em seu artigo 2º

Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se pessoa surda aquela que, por ter perda auditiva, compreende e interage com o mundo por meio de experiências visuais, manifestando sua cultura principalmente pelo uso da Língua Brasileira de Sinais - Libras.

Parágrafo único. Considera-se deficiência auditiva a perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz. (BRASIL, 2005)

Assim, de acordo com a legislação federal vigente, a divisão existente ocorre apenas entre os grupos que possuem deficiência auditiva e aqueles que não possuem. Dessa

forma, não há diferença entre aqueles que dispõem da deficiência auditiva de forma severa e aqueles que apresentam um grau ameno. De tal maneira, no presente trabalho será utilizado o termo “deficiência auditiva”, indo assim ao encontro do disposto na legislação brasileira atual.

Portanto, deve-se levar em consideração os termos apresentados para melhor compreender as ideias expostas no presente trabalho.

3 DA LEGISLAÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A partir de uma análise geral, as normas têm importância para a sociedade, visto que impõem limites e, assim, trazem segurança para todos. Especificamente para a reprodução assistida, as leis são de extrema necessidade para impor limites quanto a evolução científica e que seja possível assegurar o bem-estar social e a ética.

No ano de 2010, uma pesquisa foi realizada pela International Federation of Fertility Societies com o intuito de analisar os países com legislações que sejam específicas ou possam abranger os casos de reprodução assistida, e aqueles que não possuem regulamentação para tal. Assim, dentre os 103 países analisados, os resultados foram: 42 países (40,7%) apresentam legislação específica; 26 países (25,2%) detêm leis que podem ser adaptáveis ou abrangem os casos de reprodução assistida, e; 35 países (35%) não possuem nenhuma lei para tais situações (LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 34 *apud* IFFS, 2010).

Acerca do Brasil, este se enquadra em um dos países com norma regulamentadora sobre reprodução assistida. A lei em questão é a Lei nº 11.105/2005, a qual

estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências (BRASIL, 2005).

Dessa forma, é possível afirmar que a legislação brasileira tem o intuito de resguardar os seus cidadãos. Isso, visto que o Estado se preocupou em frear os avanços da tecnologia, impondo limites e regulamentando seu uso. Assim, vale ressaltar que o art. 6º, inciso III desta mesma lei proíbe qualquer tipo de “engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano” (BRASIL, 2005).

Neste caso, pode ser compreendido que o uso desenfreado da reprodução assistida e, ainda mais no caso de edição de células germinativas (como seria no caso de impor previamente a condição de surdez a um feto), é perigoso e eticamente inaceitável. Sendo, por isso, o motivo de já estabelecerem a devida proibição.

3.1 A BIOÉTICA E O BIODIREITO

Como falado anteriormente, os avanços tecnológicos existentes no século XXI abarcaram diversas áreas, inclusive os ramos da medicina e do Direito. Para esses avanços alguns olham com cautela, pois as consequências a longo prazo ainda são abstratas. Além disso, é imprescindível compreender que tais avanços não são possíveis de retornar, devendo então agir com cautela acerca do tema em questão.

Primeiramente, sobre a bioética, esta surge quando se relaciona a vida e ética com os fenômenos tecnológicos. Isto é, estaria tal instituto intimamente ligado com as questões relacionadas à área das ciências humanas, juntamente com toda evolução entorno dela, e com a vida – entende-se vida como sendo aquela que todos os seres vivos possuem. Assim, destaca-se que

Desde que o homem tocou a natureza, assumiu a obrigação de geri-la sem provocar catástrofes. Para isto, criaram-se balizamentos éticos para esses desenvolvimentos, cuja ciência auto-entitulou-se de bioética, expressão que surgiu pela primeira vez em 1971 no título da obra de Van Rens Selaer Potter (Bioethics: bridge to the future, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New York) , considerando-a como ciência da sobrevivência.

Conforme Maria Helena Diniz, o conceito atual de bioética é um tanto modificado, devendo ser interpretado como o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais. A bioética seria, assim, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde e da vida. A bioética, enquanto ciência, possui seus princípios básicos , entre os quais se destacam o princípio da autonomia da vontade , o da beneficência e o

princípio da Justiça . Todavia, de todos, viceja como paradigma maior o princípio da dignidade da pessoa humana, de difícil conceituação e definição, mas de compreensão vivencial. (ALMEIDA JR., 2003)

Dessa forma, é possível compreender o surgimento da bioética como forma de preservação dos valores morais e éticos. Estes são considerados como necessários para chegar a liames admissíveis, visto a dignidade humana inerente a cada pessoa. A partir do momento em que se relaciona com o Direito Brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto no art. 1, inciso III da Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo considerado um dos direitos fundamentais, pilares constitucionais.

No caso do princípio da dignidade da pessoa humana, baseia-se na função decorrente do Estado, sendo esta de existir e funcionar em prol da pessoa humana. Assim, quando se refere ao Estado e ao seu poder, estes encontram-se interligados com o Direito. De tal forma, o biodireito origina-se com o intuito de expor “os indicativos teóricos e os subsídios da experiência universal para a elaboração da melhor legislação sobre as novas técnicas científicas [...], à salvaguarda da dignidade humana” (ALMEIRA JR., 2003).

3.2 OS NUANCES ENTORNO DA EDIÇÃO GENÉTICA

Devido ao apresentado, nota-se ser imprescindível saber os liames existentes no que tange ao melhoramento genético ou edição genética. Isso devido ao fato de que seria ou não constitucional a ideia tida pelas mães para seu filho, além do fator da desigualdade, já existente na vida social, que tende a se agravar cada vez mais, uma vez que além do fator econômico, existirá também a desigualdade de fator genético.

Relacionando a edição genética e a desigualdade social, é válido dizer que iria aplacar questões mais graves. Isso iria acontecer visto que procedimentos como esse são custosos, o qual os torna inacessíveis às parcelas mais pobres da população, logo se teria uma sociedade dividida entre aqueles que têm o poder de melhor selecionar e aprimorar seus descendentes e os que não o conseguem (SANDEL, 2013).

Na antiguidade, nas diversas civilizações, as relações de um para com o outro sempre esteve entorno de poder, beleza e superioridade. Ainda que não houvessem tecnologias suficientes para realizar algum tipo de edição genética, meios mais rústicos eram utilizados, como sendo o caso de Esparta e o monte Taigeto, em que eram jogados os bebês que não estavam de acordo com as expectativas e “requisitos” impostos, como pode ser visto no trecho do artigo “Reflexões de um grupo de professores acerca do melhoramento genético humano a partir de discussões de textos de divulgação científica”

Uma análise histórica evidencia que as relações de beleza, poder e superioridade entre os diferentes grupos humanos são encontradas em todas as civilizações. Desde a antiguidade, por exemplo, são registrados padrões de beleza como as obras de arte e as esculturas de corpo humano em mármore da Grécia antiga. Ainda de uma forma mais radical tem-se o exemplo da cidade-estado de Esparta, onde todos os recém-nascidos eram cuidadosamente examinados por um conselho de anciãos e, se constatada anormalidade física, mental ou falta de robustez, ordenava-se o encaminhamento do bebê ao Apotetas (local de abandono) para que fossem lançados de cima do monte Taigeto (abismo de mais de 2.400 metros de altitude, próximo de Esparta). Caso contrário, os pais cuidavam de seus filhos até os sete anos, quando os meninos ingressavam definitivamente na escola de formação militar tutelada pelo Estado, afinal, todo espartano varão pertencia ao Estado e deveria ser forte e belo para compor o bravo exército espartano (BIZZO, 1995; DIWAN, 2007 *apud* SCHNEIDER; MEGLHIORATTI; SOARES, 2017).

Portanto, se antigamente tal distinção já era realizada, com os procedimentos e tecnologias atuais, os cuidados devem ser extremos. É imprescindível o cuidado para com tais melhorias, visto que é possível a ocorrência de uma eugenia. Neste sentido, do mesmo artigo explicitado anteriormente, disserta sobre o conceito de eugenia e o seu movimento no Brasil.

O termo eugenia foi cunhado por Francis Galton, na Inglaterra no século 19, para nomear a proposta de uma ciência que estudaria o “melhoramento” das qualidades inatas da espécie humana. O movimento propunha o estudo e a doutrina do aprimoramento biológico de uma população mediante a reprodução controlada, incentivando-a nos indivíduos saudáveis e belos, e/ou evitando-a para os ditos “maus elementos da sociedade”, classificados assim, os pobres, feios e doentes. Alcançando repercussão mundial, a ideia de que se poderia controlar a reprodução humana para melhorar a “raça” seguia um discurso ideológico, no qual tal melhoria levaria a um “progresso” das nações. No Brasil, o movimento eugênico foi muito difundido pela elite de médicos, farmacêuticos, advogados, políticos entre outros, no início do século XX. Um dos meios de divulgação da eugenia entre a comunidade científica e a sociedade foi o Boletim de Eugenia, periódico elaborado por iniciativa do médico eugenista Renato Kehl, impresso no Rio de Janeiro, com uma tiragem mensal de 1000 exemplares. Nesse Boletim foram publicados artigos, eventos e concursos de eugenia, anunciado bibliografias, pesquisas e

reflexões a respeito dos problemas da época. (MAI; BOARINI, 2002 *apud* SCHNEIDER; MEGLHIORATTI; SOARES, 2017).

Ou seja, a eugenia é um termo utilizado especificamente para tratar de “melhorias” no gene humano. Isso ocorre para que, dessa forma, os desejos daqueles que solicitaram a edição genética, possam ser atendidos e reproduzidos nos genes escolhidos na sociedade. Além disso, o intuito é de eliminar aqueles que não se enquadrem no estereótipo da sociedade.

Portanto, ao possibilitar a edição genética para algumas situações, seria como se permitissem que institutos como a eugenia pudessem acontecer. Isso, pois como no caso do casal estudado com o objetivo de impor uma melhoria, que para elas seria a surdez, ao feto a ser fertilizado *in vitro*, estaria facilitando que outras pessoas realizassem procedimentos com o objetivo de realizar a melhoria desejada. Conseqüentemente, estaria viabilizando que acontecimentos como a eugenia, fossem passíveis de acontecer.

Tendo em vista outros países, na Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), constituiu-se, na Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, que a clonagem humana, um tipo de edição genética, não pode ser permitida. Porém, como o documento não tem força de lei, diversos países têm flexibilizado suas decisões e apoiado testes, já havendo até mesmo empresas que afirmam ter criado clones perfeitos. Sendo assim, novamente deve ser observado a necessidade de haver cuidados ao ser tratado sobre o tema e as conseqüências das edições genéticas na sociedade (RAMOS, 2010).

Por isso, deve-se pensar no que seria o “efeito borboleta”, em que a atitude das mães abre espaço para outras situações que chegam a ser mais graves, como por exemplo, escolher características para melhorar o gene. Além disso, seria necessário saber a constitucionalidade do ato das mães, visto que este não irá somente afetá-las, mas atingirá de uma maneira concreta o futuro de uma outra pessoa.

Ademais, é válido ressaltar o entendimento sobre “melhoramento” genético. Para muitos, o fato de ter uma deficiência auditiva (surdez), seria visto como algo a ser sanado por meio de cirurgias ou aparelhos auditivos, todos os casos com o intuito de

melhorar a audição. Contudo, como exposto anteriormente, as mulheres do caso analisado veem a surdez como um estilo de vida, por isso, para elas, a modificação genética para deixar o bebê surdo, seria uma forma de melhoria.

4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, antes de tratar exclusivamente acerca dos Direitos Fundamentais, deve-se diferenciar os conceitos de Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos do Homem. Tal distinção torna-se necessária, visto que muitos utilizam tais institutos como sinônimos, porém estes possuem diferenças entre si, mesmo que sendo elas tênue.

Deste modo, sobre os Direitos Fundamentais, conceitua-se como sendo

direitos subjetivos, previstos em sede constitucional ou equivalente, que objetivam, em um primeiro momento, a proteção do indivíduo frente o Estado e, em um segundo momento, a proteção do indivíduo frente a outros indivíduos, que tem como finalidade a realização do Princípio Fundamental da Dignidade Humana. Se deve perceber que o instituto Direitos Fundamentais com fonte constitucional é um substantivo próprio (Direitos Fundamentais) e não um substantivo comum (direitos) seguido de um adjetivo (fundamentais). Com isso, infere-se que pode se adjetivar de “fundamentais” determinados “direitos” sem que estes sejam necessariamente Direitos Fundamentais. (S. AVANCI, p. 72, 2013).

Assim, como visto, tal instituto surge para configurar uma forma de proteção do indivíduo perante ao Estado e, posteriormente, dos indivíduos entre si. Deste modo, de toda forma ele aparece para dar uma segurança e proteção ao indivíduo em sua individualidade e assegurar o princípio fundamental da dignidade humana.

Neste mesmo sentido, o autor Ferrajoli disserta que tais direitos possuem uma subjetividade

cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito -, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a ‘todos’ em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão (FERRAJOLI, 2009, p. 727 *apud* S. AVANCI, p. 73, 2013).

Ou seja, seriam os Direitos Fundamentais, a positivação dos direitos naturais existentes. Assim, é possível encontrar os Direitos Fundamentais positivados nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, sendo este o regime da República Federativa do Brasil, em que se baseia em valorizar o indivíduo.

Tendo em vista o exposto, sobre os Direitos Humanos e os Direitos do Homem, a diferenciação ocorre na origem de cada um. Sobre os Direitos Humanos, sua origem é a partir dos tratados internacionais, enquanto o dos Direitos Fundamentais tem origem de “previsão constitucional ou equivalente” (S. AVANCI, p. 72, 2013). Assim, este trata sobre os mesmos aspectos, havendo a diferença apenas na fonte a qual se deriva.

Vale ressaltar que, no caso dos Direitos Humanos, estes surgem ao coincidir com um longo histórico de batalhas por direitos e com as mudanças dos ideais no período da modernidade. Neste sentido, o Professor Dr. Nelson Camatta Moreira, disserta que

O processo de positivação dos direitos humanos – assim como se deu com o Direito, na modernidade – coincidiu com a expansão dos ideais propagados a partir, principalmente, das Revoluções Burguesas do século XVIII, que, por sua vez, marcaram o surgimento do Constitucionalismo moderno, bem como a pretensão Universalizante dos direitos humanos (MOREIRA, 2007, p. 175).

Acerca dos Direitos do Homem, a análise deve ser realizada sob uma perspectiva jusnaturalista e juspositivista. Ou seja, a visão a ser realizada a diferenciação, é um equilíbrio entre um entendimento de normas sobre uma conduta intersubjetiva, sendo esta válida de forma universal e devendo ser imutável (ABBAGNANO, 1998), e o entendimento de que o ordenamento jurídico se autolegitima, respectivamente. Assim, acerca dos Direitos do Homem, estes

devem ser analisados com maior cuidado. Dentro de uma perspectiva jusnaturalista, os Direitos do Homem são integrantes da Ciência do Direito, mas dentro de uma perspectiva juspositivista, não. Isto também se dá em virtude da fonte do citado instituto. Os Direitos do Homem nascem a partir de uma conscientização psicossocial e axiológica que afirma e entende que o ser humano, por “ser” um ser humano, tem determinados direitos naturais e imanentes à sua condição humana. A fonte do direito natural é axiologia, uma interação entre a Filosofia, a Sociologia, a Psicologia Social e, em alguns momentos, a própria Teologia. Sua fonte é puramente valorativa o que é refutado por uma visão positiva da Ciência do Direito, em que pese aceita por uma visão natural (S. AVANCI, p. 72, 2013).

Deste modo, é entendível que quando se trata do Direito do Homem, este está relacionado ao fator de sua existência. Assim, estaria inerente a existência do ser humano ter direitos próprios, apenas pelo motivo de ter nascido na condição humana.

Com o exposto, é visível as diferenças, mesmo que tênues, entre os institutos expostos. Recapitulando, as diferenças existentes entre eles teriam o foco na fonte de cada um, em que os Direitos Fundamentais têm respaldo constitucional ou equivalente, os Direitos Humanos possuem fundamento em tratados internacionais e os Direitos do Homem tem fonte apenas valorativa, em que é aceita por uma visão naturalista.

Contudo, vale ressaltar que, mesmo com a evolução história no que se compreende aos Direitos Fundamentais, ainda há diversas mudanças para serem realizadas, como pode ser visto no seguinte trecho do artigo “Constitucionalismo, Estado de direito e a invisibilidade social que ‘teima’ em continuar”:

A partir do Estado Democrático de Direito sugerido pelo texto constitucional, a cidadania no Brasil deve ser reestruturada, principalmente à luz dos ideais transformadores desse modelo de Estado, que sugerem, principalmente, a melhoria das condições sociais no Brasil. Para tanto, a Carta assume uma postura compromissária dirigente, com metas bem definidas, principalmente a favor daqueles que sempre se viram alijados de qualquer possibilidade de participação materialmente democrática no Estado e na sociedade. Mas para que tudo isso aconteça, é necessário que a máquina estatal efetivamente direcione os seus mais eficazes mecanismos de atuação para o âmbito social e deixe de privilegiar o dirigismo financeiro voltado para os interesses do mercado e da economia privada em detrimento de um necessário dirigismo social. (MORAIS; MOREIRA, p. 26, 2019)

Ou seja, a positivação dos Direitos Fundamentais foi excepcional para contribuir para a proteção das pessoas. Porém, o Estado precisa realizar diversas melhorias com o intuito de ter estrutura suficiente para efetivar os direitos de cada um no plano material, dando assim todo o suporte necessário.

Além disso, ao realizar as devidas mudanças, os objetivos do Estado Democrático de Direito, de efetivar as garantias fundamentais e os direitos humanos, seriam devidamente alcançados. Por fim, não se deve adentrar muito no mérito, visto não ser este o objetivo do presente trabalho, devendo se ater ao caso em estudo e a constitucionalidade do mesmo no contexto da legislação brasileira.

4.1 DO NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITOS

Primeiramente, para que possa ter maior compreensão sobre o tema, é necessário definir qual seria o conceito do termo “nascituro” e de “concepção”. De acordo com o entendimento do autor Flávio Tartuce, nascituro se enquadra como sendo “aquele que foi concebido, mas que ainda não nasceu” (TARTUCE, 2017, p. 75). Já no caso da concepção, esta ocorre quando há a fecundação e o feto encontra-se devidamente formado, tomando a forma biológica de uma pessoa propriamente dita.

Dessa forma, de acordo com o legislador, somente após o nascimento com vida que o indivíduo passa a ser considerado um sujeito de direitos. Isso pode ser visto no Código Civil Brasileiro de 2002, em que se encontra previsto, mais precisamente no art. 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento[...]

 (BRASIL, 2002). Ou seja, tecnicamente, antes desde momento, o nascituro não seria um ser de direitos.

Porém, na continuidade do mesmo artigo, o legislador ainda disserta que “[...] mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Mostra-se assim uma certa divergência no corpo do texto do referido dispositivo, visto que o legislador não pacifica o entendimento, causando um embate entre as teorias conceptualista e natalista.

Sobre o tema em questão, o Superior Tribunal de Justiça divergia. Isso, pois de acordo com o artigo do CC, entende-se que a personalidade civil se inicia apenas com o nascimento com vida, mas como exposto, ressalva os direitos do nascituro, ao reconhecer direitos para aqueles que ainda não vieram a nascer. Assim, o STJ não possuía entendimento pacificado e, para as decisões, três correntes doutrinárias eram utilizadas.

As correntes doutrinárias que buscam balizar a proteção jurídica devida àqueles que ainda não nasceram se dividem em três.

A primeira, natalista, defende que a titularização de direitos e a personalidade jurídica são conceitos inexoravelmente vinculados, de modo que, inexistindo personalidade jurídica anterior ao nascimento, a consequência lógica é que também não há direitos titularizados pelo nascituro, mas mera expectativa de direitos.

Já para a teoria concepcionista, a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente

exercitáveis com o nascimento, como os decorrentes de herança, legado e doação.

Por último, há a teoria da personalidade condicional, para a qual a personalidade tem início com a concepção, porém fica submetida a uma condição suspensiva (o nascimento com vida), assegurados, no entanto, desde a concepção, os direitos da personalidade, inclusive para assegurar o nascimento. (BRASIL, 2019)

Ou seja, a teoria natalista defende a ideia de apenas se tornar um sujeito de direito somente a partir do nascimento, não sendo o nascituro um sujeito de direitos. Neste mesmo sentido, a teoria da personalidade condicional, também condiciona que ocorra o nascimento com vida, porém estabelece o nascituro como um ser de direitos. Por fim, no caso da teoria concepcionista, parte do pressuposto da existência do direito do sujeito estar ligado a concepção do mesmo, portanto, a personalidade jurídica já é estabelecida desde este momento.

Depois de muita divergência no assunto, atualmente, o entendimento de muitos ministros do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) é de reconhecer o nascituro como sendo um sujeito de direito. Isso visto que, de acordo com o ministro Marco Buzzi, relator do REsp 1.170.239, disserta que

A par das teorias que objetivam definir, com precisão, o momento em que o indivíduo adquire personalidade jurídica, assim compreendida como a capacidade de titularizar direitos e obrigações (em destaque, as teorias natalista, da personalidade condicional e a concepcionista), é certo que o nascituro, ainda que considerado como realidade jurídica distinta da pessoa natural, é, igualmente, titular de direitos da personalidade (ao menos, reflexamente). Os direitos da personalidade, por sua vez, abrangem todas as situações jurídicas existenciais que se relacionam, de forma indissociável, aos atributos essenciais do ser humano. Segundo a doutrina mais moderna sobre o tema, não há um rol, uma delimitação de tais direitos. Tem-se, na verdade, uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, que encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, norteador do Estado democrático de direito.

[...]

Delineados tais apontamentos, reconhece-se a possibilidade, em tese, de o nascituro vir a sofrer danos morais, decorrentes da violação da dignidade da pessoa humana (em potencial), desde que estes, de alguma forma, comprometam o seu desenvolvimento digno e saudável no meio intra-uterino e o conseqüente nascimento com vida, ou repercutam na vida após o nascimento. (BRASIL, 2013)

Então, o nascituro seria um ser de direitos. Isso, visto que é baseado no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que conseqüentemente faz com que este tenha diversos outros direitos, não havendo um rol taxativo de quais direitos estariam abrangidos ao certo, devendo ser observado cada caso em questão. Já, no caso da violação de direito que o nascituro possa sofrer, estaria enquadrado ainda no

sentido de ser uma violação em potencial, que se concretizaria ao nascer ou então que poderia vir a comprometer o desenvolvimento saudável no ambiente intrauterino.

Como exposto, nas diversas legislações vigentes no Brasil, nenhuma abrange o ato de escolha de características para realização de inseminação artificial. Vale ressaltar que, como visto, a Lei de Biossegurança assegura que seja proibido o uso de edições no âmbito genético, em que seriam realizadas mudanças genéticas a fim de alcançar certo desejo dos envolvidos, porém não abrange a escolha de características genéticas específicas, que poderiam ser feitas sem necessidade de alterações genéticas.

Portanto, as mães do caso em tela relacionado a surdez do filho, estaria praticando uma violação. Isso visto que, elas ao ter a possibilidade de escolher uma característica específica para seu filho, deixando-o surdo neste caso, violaria o direito do nascituro. Isso visto que as mães estariam ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, em que também está conectado ao nascituro e comprometeria um desenvolvimento saudável ao nascer.

A violação ao direito do nascituro, este sendo um sujeito de direitos, configura-se ao associar o desejo de ter um filho surdo e realizar os procedimentos. Isso, a partir do momento que a surdez, mesmo na visão delas sendo uma forma de “melhoria”, é considerada uma deficiência. Consequentemente, ao nascer teria seu direito violado por não ter sido mutações naturais que aconteceram, mas sim as mães fazendo a seleção para a criança vir com a característica específica.

Assim, ocorreria a violação ao direito do nascituro. A partir do momento em que este teria o sistema auditivo atingido, e as mães estariam, deliberadamente, impondo ao filho uma surdez que o mesmo teria a possibilidade de não ser incumbido de tal situação.

4.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

Preliminarmente, é válido ressaltar que em alguns princípios será tratado como apenas uma mulher, não o casal homoafetivo. Isso, pois mesmo se tratando de um consenso do casal, apenas uma estaria consentindo com a inseminação artificial e todo o tratamento a ser realizado. Dessa forma, há momentos em que o foco será apenas uma pessoa do casal, mesmo a outra também tendo direitos respaldados na Constituição Federal de 1988, mas não seria essa aquela que faria os procedimentos.

Assim, será tratado do direito fundamental previsto que estariam a favor da mulher, aquela que iria gerar a criança. Primeiramente, como já visto, o princípio da dignidade humana é o que rege o Estado Democrático de Direito, o regime atual do Brasil. Por isso, no caso da mulher, como pessoa humana e à luz do Direito Brasileiro, tal princípio também é previsto para a mesma, além de outros.

No caso do princípio da Dignidade da Pessoa Humana para a mulher, é incluídas diversas ações, inclusive ter autonomia sobre seu próprio corpo. Ou seja, devido ao princípio exposto, é possibilitado a pessoa a autonomia sobre si mesma, neste caso do seu corpo, desde que não atinja outras pessoas. Por isso, poderia a mulher escolher, por exemplo, fazer a inseminação artificial em si mesma, sem a interferência de qualquer outra pessoa ou instituição pública ou privada, sendo uma escolha exclusiva dela.

Além disso, há também o princípio do Livre Planejamento Familiar, previsto tanto na Constituição Federal de 88, no artigo 226, §7º, quanto no artigo 1.565, §2º do Código Civil de 2015, em que dissertam:

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

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (BRASIL, 2015)

Ou seja, neste caso abarca o casal, não apenas um dos integrantes. Mesmo no artigo se referir ao casal hétero, composto por um homem e uma mulher, atualmente os tribunais já abrangem também os casais homoafetivos. Isso, pois ao delimitar para o núcleo familiar como sendo apenas um casal hétero, qualquer núcleo com

característica divergente não estaria amparado pela lei, por exemplo no caso de serem pessoas do mesmo sexo, uni parentalidade ou a criança criada por seu tio(a).

Desta feita, o ordenamento jurídico brasileiro atual, conjugado com as diversas decisões proferidas pelos Tribunais, bem como as normativas infraconstitucionais, fornece interpretação ampliada do conceito de entidade familiar. Assim, resta clara a possibilidade de se incluir na expressão “entidade familiar” a união de pessoas do mesmo sexo. Com base no Princípio Constitucional da Igualdade (artigo 5º, caput, da CF Brasileira) e na previsão do artigo 226, Parágrafo 4º, sustenta-se que o rol previsto na Constituição Brasileira é exemplificativo. Assim, quando a Lei Maior Brasileira define que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, conclui-se pela possibilidade da união de pessoas do mesmo sexo, com respaldo e proteção constitucional. (BONETTI, 2014, p. 37)

Ou seja, com o intuito de preservar o princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988, houve uma abrangência quanto a pluralidade de núcleos familiares. Anteriormente, exposto no artigo 226, §3º delimitava a proteção do Estado para com a “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, reconhecendo somente assim como núcleo familiar.

Desta forma, muitos núcleos que não eram amparados pela Constituição por divergir da especificação. Porém, atualmente, após muitos processos e recursos julgados, compreende-se outras formas de núcleo familiar. Assim, tendo em vista o casal, este tem como direito fundamental o poder de escolher a melhor forma de planejar seu núcleo familiar, sendo um dever do Estado de proporcionar todos os recursos necessários para isso.

Ainda mais, se tem a Lei nº 9.263/1996, que trata exclusivamente do planejamento familiar. Tal lei surge com o intuito de estabelecer todos os nuances entorno do princípio em questão, sendo tratado desde as penalidades para aqueles que violem tal direito, até mesmo os deveres do Estado para com o cidadão. Além disso, ressalva o exercício livre de tal direito, em que “nem o Estado, nem a sociedade ou quem quer que seja estabelecer limites ou condições para o seu exercício dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo” (GOZZI, 2019).

Nesta mesma lei, estaria incluso

todas as questões referentes às técnicas de inseminação artificial e engenharia genética encontram guarida e embasamento nesse preceito. Todos os indivíduos têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva,

devendo o Estado tratar os distúrbios de função reprodutora como problema de saúde pública, garantindo acesso a tratamento de esterilidade e reprodução assistida, bem como zelar para que os cidadãos tenham amplo e livre discernimento acerca da decisão a respeito da família que pretendem formar. (GOZZI, 2019)

Neste sentido, a inseminação artificial aparece para realizar o desejo daquele que, por algum motivo de fator genético ou sexual, é impossibilitado de gerar filhos. No caso em tela, o casal teria a chance de ter um filho justamente por causa da fertilização in vitro. Dessa forma, como visto, tanto o casal, quanto aquela que iria carregar a criança, tem direitos para satisfazer seu desejo de gerar planejar uma família.

Além disso, vale ressaltar a Lei nº 11.340/2006, que trata sobre coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Em seus artigos 2º e 3º dissertam que

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2006)

Portanto, a mulher tem especificamente uma lei para resguardar e garantir seus direitos perante o Estado e toda a sociedade. Mesmo a lei tendo surgido para garantir tais direitos no âmbito doméstico e familiar, locais de grande violência contra a mulher, se enquadra no quesito de dar uma vida digna a ela. OU seja, se encaixando ao que se entende de vida digna, sendo o direito principalmente de agir de acordo com sua vontade, sem sofrer restrições.

5 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Primeiramente deve-se ressaltar que ponderação de princípios diverge da ponderação de interesses e ponderação de valores, não sendo sinônimos. A ponderação de princípios está ligada exclusivamente aos direitos fundamentais, não devendo ser

confundido com o ideal de valores e interesses. Estes últimos, seriam mais subjetivos e tratando de situações de concorrência e éticas, não será dado mérito a questão, pois o foco é exclusivo na ponderação de princípios.

A ponderação de princípios mostra-se essencial quando colocado em foco os casos concretos que possuem colisão de princípios. Isso, pois em um embate, não se teria ao certo qual lado sempre seria vencedor, pois não há de se falar em hierarquia entre os direitos fundamentais, sendo todos eles igualmente importantes e necessários a pessoa humana. Por isso, a ponderação de princípios deve ser analisada, tendo em vista o caso concreto analisado (MAIA; CARNEIRO, 2013, p. 10).

A colisão ocorre sempre no caso concreto, ou seja, as normas em abstrato são coniventes, porém, diante de determinada situação fática, elas passam a divergir, permitindo que apenas uma delas seja aplicada. No caso de uma colisão entre regras, por se tratarem de normas dotadas de critérios de hierarquia e passíveis de declaração de ilegalidade, aplica-se apenas uma delas. A grande questão surge, assim, diante da colisão entre dois ou mais princípios. Conforme já foi trabalhado, não há hierarquia entre os princípios. Ora, como solucionar, assim, o confronto entre eles se não há hierarquia ou a possibilidade de declaração de vício de legalidade na norma? Os princípios, assim, jamais poderão ser considerados como normas absolutas. Pelo seu alto grau de abstração, eles permitem, também, certa flexibilidade, a fim de permitir a compatibilização entre normas que, diante do caso concreto, mostram-se divergentes. (MAIA; CARNEIRO 2013, p. 10-11).

Dentre os direitos existentes, é possível que haja um embate entre eles. No caso, existe a ponderação de princípios que é um método utilizado com o intuito de chegar a um equilíbrio entre os direitos fundamentais. Dessa forma, o instituto é utilizado para que a delimitação de cada um dos direitos envolvidos seja a menor possível e dentro de uma medida razoável para salvaguardar o direito contraposto.

Neste sentido, o jurista alemão Robert Alexy, cria a Lei da Colisão, em que

Para disciplinar a problemática da colisão de princípios a partir da premissa do balanceamento do grau de restrição contraposto à importância do princípio satisfeito, Alexy estrutura a Lei da Colisão, a qual se pauta em três fases, sendo estas a identificação dos princípios colidentes; o estabelecimento, em abstrato, da relação de precedência; e, por fim, a decisão, baseada na relação de precedência, à luz da situação fática concreta (COURA, 2020, p. 6 *apud* COURA; ROCHA, 2014, p. 3)

Assim, a Lei da Colisão deve seguir três momentos. O primeiro deles é de identificar quais os direitos fundamentais estão em colisão. Posteriormente, deve estabelecer, em abstrato, a relação entre eles de precedência, ou seja, dentre os princípios

expostos, qual deveria prevalecer perante o outro. Por fim, após o seguimento das duas fases anteriores, a decisão obtida no plano abstrato, deve ser aplicada ao caso concreto.

Neste caso, as três fases expostas são a (1) proporcionalidade, (2) razoabilidade e a (3) adequação. Tais fases não devem ser apenas citadas, mas sim ser a base de toda a decisão jurídica. Isso visto que a

necessidade, o meio escolhido deve ser, entre dois meios adequados, aquele que intervenha de modo menos intenso, que se mostre necessário. A proporcionalidade, em sentido estrito, expressa a máxima otimização entre dois princípios colidentes, assim, quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior será a sua importância para a satisfação de outro. Ora, desde logo, já percebemos que nada tem haver coma máxima do bom senso que é aplicada pelos nossos tribunais. O sopesamento, que aqui é visto como sinônimo de proporcionalidade em sentido estrito, perpassa por 3 passos. Em primeiro lugar deve-se avaliar o grau de não satisfação e de não afetação de um dos princípios entre aqueles colidentes. Depois, deve-se avaliar a importância da satisfação do princípio colidente para, por fim, avaliarmos se a importância de satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não satisfação de outro princípio (MAIA; CARNEIRO, 2013, p. 14)

Com isso, é possível realizar a ponderação de princípios no caso do casal homoafetivo surdo e a fertilização in vitro. Relembrando o caso, um casal possui o desejo de realizar uma inseminação artificial e que, por meio dela, o feto concebido tenha a característica de surdez. Isso, pois as mulheres possuem essa mesma deficiência, mas veem esta condição como um estilo de vida e gostariam que o filho fizesse parte deste mesmo ambiente.

Neste caso, tem-se o embate de diversos direitos fundamentais, porém dois se sobressaem. Primeiramente, trata-se do princípio da Dignidade da Pessoa Humana voltado para o nascituro, posteriormente, o princípio do Planejamento Familiar voltado para o casal. Passa-se então a realizar a análise de acordo com a teoria da ponderação entre princípios de Robert Alexy.

5.1 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS APLICADA AO CASO CONCRETO

Primeiramente, deve ser definido os direitos fundamentais a serem ponderados. Assim, como já dissertado, tem-se o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o princípio do Planejamento familiar, sendo do nascituro e do casal, respectivamente. Esta foi a primeira fase, a de identificar os direitos fundamentais.

Após isso, tem-se a segunda fase, a de aplicar no plano abstrato. Tendo em vista os princípios fundamentais expostos, a ponderação entre eles deve ser realizada de forma cautelosa, a fim de resguardar ao máximo os direitos, achando um ponto de equilíbrio entre eles. Dessa forma, realizando uma comparação entre eles, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana deveria se sobrepôr ao princípio do Planejamento Familiar.

Na terceira, e última fase, deve ser aplicado ao caso concreto a conclusão, sendo explicado o motivo para tal. No caso do princípio do Planejamento Familiar, este é um direito fundamental por ser de extrema importância a possibilidade de montar um núcleo familiar. Assim, o casal poderia alcançar o que tanto almejam, a partir de tal direito, uma família através da reprodução assistida que, como visto, é dever do Estado garantir meios para possibilitar o planejamento familiar.

Tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto para o nascituro, este deve prevalecer. Isso, pois o casal tem a faculdade de tomar decisões e ser responsável por elas, tendo consciência das consequências, em que podem ser boas ou ruins. Porém, no caso do nascituro, ao nascer com a deficiência auditiva, em nenhum momento terá realizado uma escolha.

Em ênfase ao nascituro, este sendo um sujeito de direitos, teria o princípio da dignidade humana violado. Por se tratar de um nascituro, este não teria consciência, nem mesmo após seu nascimento, do que foi violado, além de ser impossível sua reparação total. Mesmo que a surdez seja visto pelo casal como um estilo de vida, não é garantido que o filho compreenda da mesma forma.

Neste caso, poderia o filho enxergar a surdez como uma deficiência a ser mitigada por aparelhos auditivos ou alguma cirurgia para reparar o mínimo possível. Da mesma forma, que este também poderia ver a surdez como um estilo de vida. Porém, dentre

as possibilidades, deve resguardar o direito do nascituro de ter um desenvolvimento pleno e saudável, sem interferência externa.

Vale ressaltar que, o casal poderia usufruir de outros meios, caso o intuito seja de ter um filho surdo. No caso, é possível adotar uma criança com tal característica especial, o que estaria realizando um bem social ao realizar a adoção e, ao mesmo tempo, atendendo o desejo que o casal tanto almeja. Além disso, no caso de crianças com deficiência, é de conhecimento geral que as pessoas em fila de espera possuem uma seletividade.

Além disso, é de importante destaque que não está sobrepondo totalmente um direito perante o outro. O casal ainda tem seu direito resguardado de gerar um filho através de uma inseminação artificial, recebendo todo o amparo do Estado. O foco da questão somente surge quando o casal quer impor uma condição a outro ser de direitos, resultando em uma violação.

Assim, o ato do casal de impor uma condição especial ao nascituro é uma violação e, por isso, é considerada inconstitucional. Dessa forma, a ponderação de princípios é realizada, sendo encontrado um equilíbrio, ao garantir o direito de todos, mesmo que não sendo de forma plena, ao sobrepor um direito fundamental sobre outro.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho possuiu o objetivo de concluir a constitucionalidade da escolha de gene para que, através da inseminação artificial, o casal homoafetivo pudesse realizar o desejo de ter um filho com deficiência auditiva. Para tal, foi necessário compreender os termos que seriam utilizados ao longo do trabalho, devido a complexidade de alguns ou então a pluralidade de sentidos compreendidos em um mesmo termo.

Após isso, foi dissertado sobre a legislação brasileira e a reprodução assistida. Assim, foi visto como o Brasil é um dos locais que já possuem legislação específica para o

caso de edição genética, sendo este expressamente proibido. Porém, ainda é viável que possa ser feito a escolha de genes com certas características específicas, de toda forma, devendo ser observado cada caso concreto para não causar violações de direitos.

Foi visto também sobre os limites necessários para o melhoramento genético, pois o casal ao enxergar a surdez como uma forma de melhoria de vida, torna possível que outras pessoas realizem diferentes procedimentos para alcançar o que almejam. Dessa forma, poderia haver um desequilíbrio social, além da separação entre aqueles que podem realizar tal mudanças, visto o custo derivado do procedimento, e aqueles que não podem.

Deste modo, foram observados os direitos fundamentais e a Constituição Federal Brasileira de 1988. Com isso, foi possível identificar os direitos fundamentais inerentes a cada uma das pessoas, sendo dado ênfase ao caso em questão, em que se trata de um nascituro e um casal homoafetivo.

Compreende-se então que há direitos fundamentais em colisão. Para solucionar a questão, utiliza-se da teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy. Com ela, torna possível balancear os direitos fundamentais em foco, sendo eles o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o princípio do Planejamento Familiar.

Por fim, conclui-se que possibilitar que o casal realize tal procedimento, seria uma violação ao nascituro. Isso, por este último não ter a escolha e nem a consciência do que estaria sendo retirado de si, um dos cinco sentidos do corpo humano. Consequentemente, o casal não poderia realizar o procedimento almejado, a não ser que tenham a intenção apenas de realizar a inseminação artificial, sem impor uma condição especial.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, 3ª ed., Utet, 1998, págs. 621 a 641
- ANDRADE, Natália Alves Belo Lins de. **Deveres parentais imateriais**. 2014. 95f. Dissertação de Mestrado –Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.
- ALMEIDA JR., Jesualdo Eudaldo de. Técnicas de reprodução assistida e biodireito. 2003. In: **IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/110/T%C3%A9cnicas+de+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+e+biodireito>>. Acesso em 26 de outubro de 2021
- BARRETTO, Vicente de Paulo; LAUXEN, Elis Cristina Uhry. **O marco inicial da vida humana: perspectivas ético-jurídicas no contexto dos avanços biotecnológicos**. Cadernos de Saúde Pública [online]. 2017, v. 33, n. 6. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00071816>>. Acesso em: 30 de Outubro 2021
- BONETTI, Yelba Nayara Gouveia. **O DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA: limites e restrições ao projeto parental**. 2014. 142 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Clássica de Lisboa Faculdade de Direito, Lisboa, 2014.
- BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Vade mecum Saraiva. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados, Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005. Brasília, DF
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF.
- BRASIL. **Lei de Biossegurança**, Câmara dos Deputados, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Brasília, DF
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Indenização Por Danos Morais, Decorrentes de Exame Médico, Cujo Resultado Indicou, Erroneamente, Ser O Feto Portador de “Síndrome de Down” nº 1.170.239. Relator: Ministro Marco Buzzi. Rio de Janeiro, RJ, 28 de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília,
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. . **Jurisprudência reconhece direitos e limites à proteção jurídica do nascituro**. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Jurisprudencia-reconhece-direitos-e-limites-a-protecao-juridica-do-nascituro.aspx>. Acesso em: 20 out. 2021
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ªed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 643.

CHEN, Vivian Hsueh-Hua. **Identidade Cultural**, 2017. Disponível em: <https://centerforinterculturaldialogue.files.wordpress.com/2017/08/kc22-cultural-identity_portuguese.pdf>. Acesso em: 13 de maio 2021.

COELHO, Tatiana. **Fertilização in vitro**: a evolução 40 anos após o nascimento do primeiro 'bebê de proveta'. a evolução 40 anos após o nascimento do primeiro 'bebê de proveta'. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/07/25/fertilizacao-in-vitro-a-evolucao-40-anos-apos-o-nascimento-do-primeiro-bebe-usando-a-tecnica.ghtml>. Acesso em: 28 out. 2021.

COURA, A.; RAMOS, J. Direito à intimidade, colisão entre direitos fundamentais e balanceamento. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 7, n. 02, p. e301, 15 dez. 2020

DEWES, Homero – **O que é melhoramento genético** – 2016. Disponível em: <<https://cib.org.br/faq/o-que-e-melhoramento-genetico/>>. Acesso em: 06 de maio 2021.

ESTADO DE ALAGOAS. **O que é o ECA?**, Alagoas, março 2013. Disponível em: <<http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/2013/marco/o-que-e-o-eca>>. Acesso em: 06 de maio 2021.

FABRIZ, Dauri César. Cidadania, democracia e acesso à justiça. **Panóptica**, Vitória, v. 2, n. 1, jan. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4ª Ed., Madrid: Trotta, 2007

GIGANTE, Rodrigo Duarte; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. JUSNATURALISMO E JUSPOSITIVISMO: uma análise crítica. **Revista Jurídica de Toledo de Presidente Prudente - Sp**, Presidente Prudente, v. 14, n. 14, p. 162-184, Out. 2009. Anual.

GOZZI, Camila Monzani. Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental. 2019. In: **IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+como+direito+fundamental>>. Acesso em: 26 de Outubro de 2021

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67/68.

LÉSBICAS surdas decidem ter filho surdo nos EUA. **BBC Brasil**, Brasil, 08 de Abril de 2011. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/ciencia/020408_surdaro.shtml>. Acesso em: 19 de maio 2021.

LEVINE, Robert Paul. **Genética**. 2ª ed. São Paulo. Pioneira, 1973. P. 235

MAI, L. D.; BOARINI, M. L. Estudo sobre forças educativas eugênicas no Brasil, nas primeiras décadas do século XX. **Ciência, Cuidado e Saúde**, v. 1, n. 1, p. 135-138, 7 nov. 2008.

MAIA, Isabela Rebouças; CARNEIRO, Wálber Araújo. O QUE É ISTO - PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS? **Seminário Estudantil de Produção Acadêmica**, [s. l.], v. 12, p. 198-215, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/sepa/issue/view/180>. Acesso em: 01 out. 2021.

MONTEIRO, Camila Fonteles d'Almeida; TEIXEIRA, Leônia Cavalcante. Família e tecnologias reprodutivas: considerações sobre a transmissão psíquica geracional. **Arq. bras. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 63, n.2, p. 92-101, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672011000200010&lng=pt&nrm=iso . Acesso em 29 de abril 2021.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais por danos causados ao filho oriundos das técnicas de reprodução humana assistida**. 2017. 433f. Tese – Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, 2017

MORAIS, J. L. B. DE; MOREIRA, N. C. Constitucionalismo, Estado de direito e a invisibilidade social que "teima" em continuar. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 3, p. 11-30, 20 dez. 2019

MOREIRA, N. C. A função simbólica dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 2, p. 163-192, 13 ago. 2007.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054>. Acesso em 19 de maio 2021.

RAMOS, Maurício de Carvalho. **Clonagem humana e ética: o caso Clonaid-Raelianos**. *Scientiae Studia* [online]. 2003, v. 1, n. 1 [Acessado 27 Outubro 2021] , pp. 93-99. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1678-31662003000100009>>. Acesso em: 10 de agosto de 2021.

SANDEL, Michael J., 1953 – **Contra a Perfeição: ética na era da engenharia genética** / Michael J. Sandel; tradução Ana Carolina Mesquita – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. P. 160

S. AVANCI, Thiago Felipe. **Uma nova tônica nos Direitos Fundamentais: acesso internacionalizado de um Direito Fundamental**. **Opin. jurid.**, Medellín, v. 12, n. 24, p. 69-85, Dec. 2013. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302013000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 Outubro de 2021.

SCHMIDT, Renata. **Surdo e Deficiente Auditivo é a mesma coisa? Entenda a diferença!** 2020. Disponível em: <https://guiaderodas.com/surdo-e-deficiente-auditivo-e-a-mesma-coisa-entenda-a-diferenca/>. Acesso em: 30 set. 2021.

SCHNEIDER, Eduarda Maria; MEGLHIORATTI, Fernanda Aparecida; SOARES, Alexandre Sebastião Ferrari. **Reflexões de um grupo de professores acerca do melhoramento genético humano a partir de discussões de textos de divulgação científica.** Ensaio Pesquisa em Educação em Ciências (Belo Horizonte) [online]. 2017, v. 19. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1983-21172017190118>>. Acesso em: 03 de Outubro de 2021