



NASCITURO E O DIREITO AO NASCIMENTO COM DOENÇA GRAVE: ASPECTOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS

Ana Flávia Zanna Ferreira¹, Carlos Alexandre Moraes²

RESUMO: O artigo aborda o direito de o nascituro vir a nascer com uma doença grave. Analisando os aspectos bioéticos e biojurídicos que envolvem o problema, além das diversas legislações nacionais e internacionais que permeiam o assunto. A fim de situar o leitor dentro das características do tema, o trabalho apresenta uma breve conceituação do que vem a ser bioética e biodireito, apresentando, também, exemplos de doenças graves. Durante a análise das legislações vigentes, sendo estas nacionais e internacionais, traçou-se um paralelo entre as nações que permitem o aborto eugênico e aquelas que sancionam esta prática, além de apresentar posicionamentos de diversos doutrinadores sobre a questão, além de uma conclusão satisfatória sobre o tema, apesar de ainda em construção.

PALAVRAS-CHAVE: Nascituro; doença grave; legislação; bioética.

ABSTRACT: The article discusses the right of the unborn child being born with a serious illness. Analyzing bioethical issues and biojurídicos involving the problem, and the various national and international laws that permeate it. In order to situate the reader within the characteristics of the subject, the paper presents a brief evaluation of what is being bioethics and biolaw, shows some examples of serious diseases. During the analysis of existing laws, which are national and international, drew a parallel between nations that allow eugenic abortion and those who sanction this practice, and present positions of various scholars on the issue, in addition to a satisfactory conclusion the subject, though still under construction.

KEYWORDS: Unborn child, serious illness; legislation; bioethics.

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas mais discutidos pelos que se dedicam ao estudo do direito é a cerca das possibilidades de realização do aborto. Além das hipóteses já legalizadas pelo atual Código Penal, merecem um olhar atento as situações em que fica comprovada a superveniência de uma doença que não possibilite a vida do ser humano.

Na Europa, por exemplo, grande quantidade de países já permite a interrupção da gravidez no caso supracitado.

No Brasil, não existe uma legislação específica a cerca do tema, o que dá ensejo para interpretações favoráveis e contrárias sobre o mesmo dispositivo legal. A corrente contrária ao aborto eugênico alega violação, principalmente, ao direito à vida do nascituro ao princípio da dignidade da pessoa humana. Já a corrente favorável ao aborto, também, se embasa nos direitos à vida e no princípio da dignidade da pessoa humana, mas concentra seu enfoque, na saúde da gestante e dos entes familiares.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do centro Universitário Cesumar – UNICESUMAR, Maringá – PR. Bolsista do PROBIC – Programa de

² Orientador e docente do Curso de Direito do Centro Universitário Cesumar – UNICESUMAR. camoraes.adv@hotmail.com

Uma discussão como esta somente tornou-se possível com o avanço da ciência, o qual permitiu que fossem realizados diversos estudos, ampliando o rol de conhecimento a cerca de males que podem atingir o nascituro, além de realizar diagnósticos cada vez mais precoces e exatos, dando margem à realização de um eventual aborto.

É sobre este quadro de desenvolvimento que trabalha o biodireito e a bioética, os quais buscam conciliar o avanço tecnológico e científico com os direitos adquiridos pela sociedade humana.

É clara, portanto, a luta de ideias entre os favoráveis e contrários ao nascimento com doença grave, estando estes com certa vantagem sobre aqueles, já que se embasam no atual posicionamento legal a cerca do tema. Não deve ser esquecido, contudo, que o direito está em eterna mutação, e que é de sua natureza acompanhar as necessidades da sociedade, adequando-se a essas.

2 BIOÉTICA E BIODIREITO, UMA BREVE CONCEITUAÇÃO

2.1 BIOÉTICA

Diversas são as definições a cerca da bioética. Segundo Cláudia Regina Magalhães Lourero é um ramo da ética que estuda como as descobertas científicas devem ser utilizadas com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana³.

A importância do estudo da matéria iniciou com o desenvolvimento das técnicas de pesquisa principalmente nos campos da biotecnologia e biologia molecular, ocorrido na década de 1930. Devido a este avanço intensificou-se a preocupação a cerca dos métodos utilizados nos trabalhos e se estes infringiam o princípio da dignidade humana.

Este ramo do conhecimento está estritamente ligado com a moral e a ética. Segundo Maria Celeste Cordeiro Leite Santos moral vem do latim *mos, moris* que significa uso, costume, maneira de viver. A palavra ética tem origem grega e deriva do *ethos*, que sem palavra correspondente na língua portuguesa, tem o sentido de morada⁴. É uma área que envolve diversas matérias, em um rol exemplificativo, podemos citar a sociologia, medicina, antropologia.

Por não se tratar de uma matéria de direito, propriamente dito, a bioética não impõe normas coercitivas, mas sim princípios que devem nortear todos os experimentos desenvolvidos, principalmente com seres humanos.

De acordo com Jaime Espinosa:

É personalista, por analisar o homem como pessoa ou como um 'eu', dando valor fundamental à vida e à dignidade humanas, não admitindo qualquer intervenção no corpo humano que não redunde no bem da pessoa, que sempre será um fim, nunca um meio para a obtenção de outras finalidades⁵.

2.2 BIODIREITO

Na visão de Cláudia Regina Magalhães Loureiro “Biodireito é uma área nova do direito que tem o compromisso de, com a normatização adequada, manter a real validade da principal divisão do Código Civil: direito das pessoas e das coisas”⁶.

³ LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. Introdução ao Biodireito. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.03

⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei, implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 30

⁵ ESPINOSA, Jaime. Questões de bioética. São Paulo: Quadrante, 1998, p 20-23.

⁶ LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. Introdução ao Biodireito. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 08.

De acordo com Olinto A. Pegoraro, *in* Claudia Regina Magalhães Loureiro

Atos científicos são 'eticamente válidos desde que feitos segundo o respeito e a beneficência devidos ao ser humano em qualquer estágio. Isto porque um ser humano embrionário, fetal ou adulto é sempre um ser humano e nunca uma coisa; um embrião ou feto humano tem a dignidade de ser humano (ou pessoa em potencial) eticamente mais valioso que qualquer outra espécie vivente. Ele possui todos os genes humanos e está em via de vir a ser pessoa (...) (porque) nosso corpo é sempre humano em qualquer que seja o estágio de sua evolução, o ser humano está situado na ponta mais adiantado da evolução e, por isso, revestido do grau mais elevado da eticidade⁷.

Diante de tão polêmico tema, o direito por possuir em seu gênese a função de regular os atos e a vida em sociedade, não se absteve diante das novas problemática trazidas pela evolução da ciência, surgiu, então, o biodireito – sobre o qual não haverá discussão se é ou não matéria apartada da bioética – que tem a função de discutir e normatizar temas que envolvam a vida humana em qualquer de suas fases (embrião, nascituro ou ente já nascido).

3 EXEMPLOS DE DOENÇAS GRAVES

A fim de formar um pequeno rol exemplificativo de doenças graves podemos citar a Síndrome de Edwards, Síndrome de Patau e a Doença de Tay-Sachs.

3.1 SÍNDROME DE EDWARDS

A Síndrome de Edwards é também conhecida como trissomia do cromossomo 18, estima-se que sua incidência esteja entre 1:6000 e 1:8000 das crianças nascidas vivas, sendo que estes números aumentam em gestantes com idade maior de 35 anos. Faz-se possível o diagnóstico intra-uterino através ultrassonografia, screening de marcadores séricos maternos e a amniocentese.

Nos pacientes portadores da Síndrome de Edwards já foram diagnosticadas mais de 150 anomalias, dentre elas: microcefalia, problemas cardíacos, déficit de crescimento, deficiência mental, anomalias no aparelho reprodutor, anomalias renais, anomalias nas mãos e pés.

A taxa de mortalidade dos pacientes é elevadíssima, sendo que apenas 2,5% dos nascituros atingidos sobrevivem até o nascimento. Após o nascimento temos 65% de mortes até o 6º mês de vida, estimando-se que apenas 10% sobrevivam até o primeiro ano de vida.

3.2 SÍNDROME DE PATAU

A Síndrome de Patau é uma trissomia do cromossomo 13, sua incidência está estimada em até 1 para 25000 nascimento, sendo que as chances aumentam em mulheres com mais de 35 anos de idade. O diagnóstico da síndrome pode ser realizado através de ultrassonografia, teste de translucência nugal e testes sorológicos, uma vez que grande parte dos portadores apresentam altos níveis de beta-HCG.

⁷ LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. Introdução ao Biodireito. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 09

Dentre as anomalias apresentadas pelos portadores da Síndrome de Patau estão: má formação do sistema digestivo, má formação renal, cistos no córtex e na medula, má formação dos membros, problemas mentais graves.

A maioria dos nascituros não sobrevive até o nascimento, estudos apontaram que 89% dos nascidos vivos morrem no primeiro ano de vida.

3.3 DOENÇA DE TAY SACHS

A Doença de Tay Sachs é decorrente de uma mutação no gene chamado HEXA, o que leva a um acúmulo, nas células neurais, de gangliosídeos. Esta doença tem uma maior aparição entre os judeus Ashkenasi, com uma incidência de 1:3600, sendo que no restante da população mundial este número é de 1:360000. O diagnóstico pode ser realizado através de screening e monitoramento gestacional.

Os sintomas da doença aparecem, geralmente, entre o 3º e 6º mês de vida da criança e consistem em fraqueza motora, exagerada reação a sons, dificuldade em desenvolver novas habilidades motoras, manchas vermelhas na retina, comprometimento da visão, convulsões, macrocefalia.

A expectativa de vida das crianças portadoras da Doença de Tay Sachs é de quatro anos, e a morte é geralmente ocasionada pela complicação de algum dos sintomas da doença.

4 POSICIONAMENTO LEGAL E DOUTRINÁRIO FAVORÁVEL AO ABORTO EUGÊNICO

Pesquisadores do século XX classificaram dois tipos de eugenia, a saber: eugenia negativa, que tem por objetivo não permitir o desenvolvimento de fetos com algum tipo de deficiência, nas palavras de Denise Hammerschmidt é destinada à eliminação. Já a eugenia positiva tem como função a seleção de características genéticas.

Dentre as legislações que permitem o aborto eugênico negativo encontra-se o Código de Saúde Pública Francês, o qual autoriza a realização da interrupção da gravidez a qualquer momento, desde que o diagnóstico apresente uma grande probabilidade do nascituro apresentar doença grave e incurável⁸. Este tipo de interrupção chama-se “*terruption thérapeutique de grossesse*”.

Segundo consta, entre as motivações que trouxeram a despenalização do aborto eugênico se encontra a preocupação de não impor aos pais, quando, não à sociedade, uma carga muito pesada. Ademais, outro fundamento desta despenalização é representado pela análise segundo a qual a vida da criança seria de tal modo defeituosa que não valeria a pena ser vivida⁹.

No mesmo sentido posicionou-se o Tribunal Constitucional Espanhol, sob a alegação de não ser viável impor às pessoas, a grande carga de ter um filho portador de necessidades especiais.

Nos dizeres de Luiz Regis Prado:

Essa indicação permite o aborto quando existem riscos fundados de que o embrião ou o feto sejam portadores de graves anomalias genéticas de qualquer natureza ou de outros defeitos físicos ou psíquicos decorrentes da gravidez. Trata-se de causa de exclusão da culpabilidade, pela inexigibilidade de conduta diversa.

⁸ HAMMERSCHMIDT, Denise: Intimidade Genética e Direito da Personalidade. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 167.

⁹ HAMMERSCHMIDT, Denise: Intimidade Genética e Direito da Personalidade. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 118-119.

Demais disso, argumenta-se que não se pode exigir que a mãe dedique sua própria vida a cuidar de alguém portador de graves anomalias¹⁰.

Em Portugal, Finlândia, República Tcheca, Eslováquia, Grécia, Romênia, Itália, Noruega e Suécia, é permitido o aborto eugênico, desde que este se dê até o final da 10ª semana gestacional. Em que pese, na Áustria, Polônia, Grã-Bretanha, França, Hungria, Dinamarca, Luxemburgo e Bélgica, não existe um limite temporal para a realização do aborto.

Segundo Knoppers, um dos argumentos utilizado pelos países que permitem o aborto eugênico é o fato de ser mais barato eliminar os portadores de doenças graves a construir um programa que integre estas pessoas à sociedade e lhes proporcionem uma vivência social¹¹.

Alega-se, também, que a interrupção da gravidez, nestes casos, abrandaria o sofrimento, principalmente da gestante, pois esta não seria obrigada a aguardar todo o tempo gestacional, já sabendo que a etapa não gerará um ser capaz de viver. Alia-se, assim, a evolução das ciências médicas e o direito, a fim de evitar um sofrimento deveras exagerado.

Sobre as discussões travadas no âmbito religioso, o grupo a favor da autonomia de decisão da mulher afirma que:

Com a interrupção da gravidez por anomalia fetal as mulheres não estão renunciando à sua fé em Deus. Estão reafirmando sua crença na autonomia e capacidade para escolher o rumo de suas vidas, sem limitações ao exercício de seus direitos e liberdades fundamentais¹².

5 POSICIONAMENTO LEGAL E DOUTRINÁRIO A RESPEITO DO ABORTO EUGÊNICO NO BRASIL

O direito à vida é assegurado no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:¹³

Da análise deste artigo, conclui-se, portanto que o aborto eugênico é inconstitucional, vez que interrompe a vida humana, nos dizeres de Gilmar Mendes e Paulo Branco:

O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares. Se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única – o direito de existir¹⁴.

¹⁰ PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, 5ª Edição; São Paulo; Revista dos Tribunais, 2006; p 118- 119

¹¹KNOPPER. Dignité humaine et patrimoine génétique, p. 83

¹² VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética: Temas Atuais e Seus Aspectos Jurídicos. Brasília: Editora Consulex, 2006, p. 47.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Antônio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 441 p. (Coleção Saraiva de Legislação).

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª Edição rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 291- 292.

Ainda no que tange ao direito à vida, o Brasil é signatário de vários tratados internacionais que defendem este direito, sendo eles a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, a qual afirma em seu artigo 4º: “Toda pessoa tem o direito que se respeite sua vida, [...] esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”¹⁵.

No mesmo sentido dispõe o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas: “O direito à vida é inerente à pessoa humana, [...] este direito deverá ser protegido pela lei, [...] ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”¹⁶.

Nota-se, portanto que o Brasil defende fortemente a proteção da vida humana, fato que traz uma incompatibilidade com a legalização do aborto eugênico.

Outro ponto fortemente defendido faz-se a cerca do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é também assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 1º, trazendo-o como um dos fundamentos do Estado, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;¹⁷

Segundo Fladimir Jerônimo Belinati Martins: “a ‘dignidade’ é um valor imanente à própria condição humana, que identifica o homem como ser único e especial, e que, portanto, permite-lhe exigir ser respeitado como alguém como alguém que tem sentido em si mesmo”¹⁸.

No que se refere ao termo “pessoa humana”, destaca-se:

Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser especial, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento¹⁹.

Ao unir os conceitos acima esposados, e realizar uma interpretação sob seus dizeres, conclui-se que o aborto eugênico seria um grande afronto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois retira do nascituro a condição de ser humano, privando- do direito ao nascimento.

Apesar destes primeiros exemplos de legislação serem, a princípio, incompatíveis com o aborto realizado em caso de doenças graves, existem outros dispositivos, inseridos na própria Constituição Federal que pode ser valorados em um posicionamento favorável ao aborto eugênico. Dispõe o artigo 196, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

¹⁵ Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969

¹⁶ Pacto Internacional Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, 1996

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Antônio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 441 p. (Coleção Saraiva de Legislação).

¹⁸ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da Pessoa Humana, Princípio Constitucional Fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 114.

¹⁹ SILVA, José Afonso da Silva. A dignidade da Pessoa Humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, p.90.

outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação²⁰

Fazendo uma interpretação deste artigo vê-se que a legalização do aborto em determinados casos seria uma medida auxiliar à promoção da saúde da população, pois evitar-se-ia uma série de riscos para a gestante e familiares, pois não trata-se somente de saúde física, mas também psíquica.

Outro artigo que serve como argumento é o 226, também da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado
 § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Ao estabelecer que é livre o planejamento familiar, a legislação abre um grande caminho para argumentações, pois se é permitido a escolha do número de filhos que um casal quer ter, por que não ter o direito de decidir sobre o nascimento ou não de um filho portador de doença grave venha a nascer, adequando cada decisão à vontade da família e suas condições sejam financeiras ou emocionais?

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que de fato se observa, é um grande conflito de interpretações e normas sobre o assunto, ocorrência normal quando se analisa a delicadeza e seriedade de um assunto como este abordado. Mas o que a história do direito nos mostra é que este evolui, a partir das necessidades e avanços que surgem da própria sociedade, e que muitas vezes é necessário abandonar alguns conceitos antigos para que outros, mais adequados com a realidade vivida, venham a ser aplicados e atendam as necessidades de cada pessoa em determinada época.

REFERÊNCIAS

ESPINOSA, Jaime. **Questões de bioética**. São Paulo: Quadrante, 1998;
 HAMMERSCHMIDT, Denise: **Intimidade Genética e Direito da Personalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

FÉO, Chistina; VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Eugenia e o Direito de Nascer ou Não com Deficiência: algumas questões em debate**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (coord.). **Ensaio de Bioética e Direito**. Brasília: Editora Consulex, 2009.

LEITE, Leonardo. **Síndrome de Patau ou Trissomia do 13**. Disponível em:
<http://www.ghente.org/ciencia/genetica/trissomia13.htm>

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Antônio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 441 p. (Coleção Saraiva de Legislação).

LILIE, Hans. **Aborto Eugênico**. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (coord.). Biotecnologia, Direito e Bioética. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2012.

LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana, Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MOLINARI, Caroline Gregoletto; CARRION, Maria Julia Machline; STEIGLEDER, Melissa Fernanda, BONFÁ, Rafael. **Doença de Tay-Sachs**. Fundação Faculdade Federal de Ciência Médicas de Porto Alegre. Disponível em: <http://genetica.ufcspa.edu.br/seminarios%20textos/Taysachs.pdf>. Acesso em: 21 de maio. 2013

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, 5ª Edição; São Paulo; Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei, implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone Editora, 1998.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética: Temas Atuais e Seus Aspectos Jurídicos**. Brasília: Editora Consulex, 2006.

_____. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

_____. **Bioética e Direito**. In: Vieira, Tereza Rodrigues (coord.). Bioética nas Profissões. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

WINK, Daniel Vitiello; PAZ, Felipe dos Santos; MACHADO, Raquel Bozzetto; WITTMANN, Raul; ERTEL, Marília; CASTRO, Elisabeth C. **Síndrome de Edwards**. Fundação Faculdade Federal de Ciências Médicas de Porto Alegre. Disponível em: <http://genetica.ufcspa.edu.br/seminarios%20textos/Edwards.pdf>. Acesso em: 21 de maio. 2013