

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

NATHÁLIA AMARAL

**NEOEUGENIA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS PRÁTICAS SELETIVAS DAS
CARACTERÍSTICAS HUMANAS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA, MEDIANTE
MANIPULAÇÃO GENÉTICA, À LUZ DO DIREITO DA PERSONALIDADE**

CRICIÚMA

2014

NATHÁLIA AMARAL

**NEOEUGENIA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS PRÁTICAS SELETIVAS DAS
CARACTERÍSTICAS HUMANAS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA, MEDIANTE
MANIPULAÇÃO GENÉTICA, À LUZ DO DIREITO DA PERSONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof. (a) Esp. Rosângela Del Moro

CRICIÚMA

2014

NATHÁLIA AMARAL

**NEOEUGENIA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS PRÁTICAS SELETIVAS DAS
CARACTERÍSTICAS HUMANAS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA, MEDIANTE
MANIPULAÇÃO GENÉTICA, À LUZ DO DIREITO DA PERSONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Civil e Bioética.

Criciúma, 30 de junho de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Rosângela Del Moro – UNESC – Orientadora

Prof. Msc. Maurício da Cunha Savino Filó – UNESC

Prof^a. Msc. Sheila Martignago Saleh – UNESC

Dedico este trabalho aos meus pais, que fundados no amor, ensinaram-me os verdadeiros valores da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, a quem devo o dom da vida.

Aos meus pais, João Batista Amaral e Eltamar Pacheco Amaral pelo amor incondicional recebido, fonte de inspiração diária para seguir a diante na busca dos meus objetivos.

A minha querida vó, mãe do coração, Natalina Copetti Pacheco pela presença diária e fundamental em minha vida.

Aos meus irmãos, João Gabriel Amaral, Leonardo Amaral e Mariana Amaral por me completarem a cada gesto de amor e carinho transmitidos.

Ao meu namorado, Douglas Manarin pelo companheirismo, amor e paciência demonstrados, principalmente, durante todos esses anos de graduação.

As minhas colegas de faculdade, com as quais pude compartilhar durante todos esses anos uma amizade verdadeira.

A minha orientadora, professora Rosangela Del Moro, que me transmitiu os conhecimentos e auxílios necessários para a elaboração dessa pesquisa.

Enfim, a todos aqueles que de uma maneira especial auxiliaram-me nesta grande conquista.

“Seus filhos não são seus filhos. São os filhos e filhas da vida desejando a si mesma. Eles vêm através de vocês, mas não de vocês. E embora estejam como vocês, não lhes pertencem. Vocês podem lhes dar amor, mas não seus pensamentos, pois eles têm seus próprios pensamentos. Vocês podem lutar para ser como eles, mas não procurem torná-los iguais a vocês.”

Khalil Gibran

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo pesquisar, através do método de pesquisa dedutivo, em pesquisa teórica qualitativa com emprego de material bibliográfico, as práticas neoeugênicas, bem como a sua repercussão no campo dos direitos fundamentais, mais precisamente, nos direitos da personalidade. Para isso, tratará o primeiro capítulo da análise da eugenia tradicional, através das marcas racistas estampadas no rosto de cada sociedade, bem como suas diversas maneiras de exteriorização na história do Brasil e do mundo, a fim de se compreender as atuais práticas seletivas da espécie humana na reprodução assistida. O segundo capítulo, por sua vez, tratará do direito da personalidade e suas implicações dentro do ordenamento jurídico, principalmente quando relacionado ao início da proteção da vida humana. Por fim, o terceiro capítulo cuidará dos limites das práticas eugênicas atuais, devidamente conhecidas como neoeugenia, a fim de se fixar critérios capazes de determinar quais os limites previstos para tanto, uma vez que a proteção da pessoa humana é uma tendência marcante no atual direito privado. Posto isso, a conclusão que se tem é referente a proteção da vida humana independente da sua forma manifesta. Mesmo porque, ao se permitir a coisificação do embrião pelo ordenamento jurídico, por ser ele um ser indefeso, estar-se-á permitindo que a ordem jurídica decida que tipo de ser humano é ou não titular de direitos.

Palavras-chave: Eugenia. Direito à personalidade. Reprodução Assistida. Neoeugenia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CBE	Congresso Brasileiro de Eugenia
CCBE	Comissão Central Brasileira de Eugenia
CPC	Código de Processo Civil
DPI	Diagnóstico Genético Pré-implantação
LBHM	Liga Brasileira de Higiene Mental

1 INTRODUÇÃO

A personalidade é direito fundamental de toda pessoa. No entanto, definir o momento de aquisição da personalidade é um tema de bastante discussão dentro do ordenamento jurídico. Mesmo porque, com o passar dos anos, a tendência do aperfeiçoamento da espécie humana, através das práticas de reprodução assistida aumentaram ainda mais a discussão no campo desses direitos, tendo em vista a fragilidade e as manipulações sofridas pelos próprios embriões - principal alvo dessas intervenções.

Posto isto, para se compreender a história dos avanços científicos se faz necessário entender toda a trajetória da busca pelo aperfeiçoamento da raça humana, já que a mesma é algo presente nas sociedades desde a antiguidade, mesmo que de uma forma mais rudimentar.

A eugenia, por exemplo, foi a primeira manifestação de vontade nesse sentido. Percorreu os mais diversos países e culturas, apresentando-se de forma seletiva, impondo formas e conceitos. Aliada as ideias de Darwin, a eugenia, causou grandes discussões no mundo todo, inclusive no Brasil – onde atuou de forma totalitária, uma vez que renegou a sua própria raça.

Desta maneira, as visões eugênicas foram cada vez mais aperfeiçoadas, sendo que na era atual, atua de forma revolucionária, tendo em vista a sua aliança com a própria ciência. Assim, as práticas seletivas da espécie humana se exteriorizam através da Neoeugenia que se utiliza da manipulação de embriões para o alcance de seus objetivos.

Desta forma, o direito a personalidade é uma questão cada vez mais inquietante no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista todas essas intervenções que acabam colocando em risco a própria vida do ser manipulado.

Com isso, o tema foi dividido em três capítulos, através dos dados e conhecimento adquiridos pelo método dedutivo, em pesquisa teórica qualitativa com emprego de material bibliográfico. Sendo que no primeiro momento será feita uma análise de todo legado deixado pela eugenia no país e no mundo. O segundo capítulo é dedicado ao conceito e histórico dos direitos de personalidade, para posteriormente, no terceiro capítulo, se entender os objetivos dessas novas práticas, que se deram, principalmente, com o avanço da própria ciência.

2 EUGENIA TRADICIONAL

O presente capítulo visa tratar todo o legado eugênico, ou seja, sua trajetória na história do Brasil e do mundo, bem como seu conceito e características. Desta forma, fundamental se faz a interpretação e o entendimento da eugenia tradicional, para o estudo dos procedimentos que se apresentam, atualmente, na sociedade.

A busca incessante pelo aperfeiçoamento da raça humana é uma questão marcante na sociedade, desde muito tempo. No entanto, com o passar dos anos e com o próprio aperfeiçoamento da engenharia genética, ficou mais fácil discutir o tema, que leva a uma série de indagações acerca dos limites previstos para tanto.

A engenharia genética está proporcionando a ocorrência de diversas intervenções nos componentes genéticos do ser humano. Dentre estas potencialidades, apresenta-se como uma grande novidade a terapia gênica – que se refere à cura ou prevenção de enfermidades, anomalias ou defeitos graves, fruto de complicações genéticas (SOUZA, 2001).

O avanço da ciência e da engenharia genética, portanto, leva a uma série de indagações quanto ao que realmente tem se priorizado no ser humano. Pode-se dizer que a evolução científica, ao qual tem passado o mundo, está intimamente ligada a uma geração de direitos humanos pertencentes à quarta geração, vinculados à pesquisa genética do genótipo humano, a qual tem explorado o ser humano e seus limites de maneira desenfreada (SERRAGLIO, 2013).

Essa geração, portanto, visa normatizar os efeitos dessa grande revolução biotecnológica sobre os direitos humanos em geral. No entanto,

[...] a grande dificuldade consiste na proteção efetiva desses direitos. A sua proteção dependerá particularmente do biodireito e da biopolítica. Os conflitos advindos do Projeto Genoma Humano, da sofisticação das técnicas de procriação assistida, do tráfico de embriões e de órgãos, da produção de armas bioquímicas, da prática de controle de natalidade, da clonagem e de outros “possíveis a engenharia genética só poderão ser adequadamente resolvidos por meios de acordos internacionais. Assim, na quarta era do direito já está em curso um revigoramento do direito internacional (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 70).

Contudo, a “eugenia” ou “bem nascido”, vinculada aos assuntos de bioética foi uns dos termos que surgiram ao longo do tempo e aprimorado com o passar dos anos. “Tem um significado de gerar bem, mas indica também a ciência

que estuda as melhores condições para a reprodução e o aprimoramento da espécie humana” (DINIZ, 2001, p. 394).

Assim, “investigar a história da eugenia traz desconforto. Não é um tema fácil de pesquisar pelo fato de termos de lidar todo o tempo com desprezo, à segregação e o desejo de controle de um grupo sobre o outro” (DIWAN, 2013, p. 9), como aconteceu na Europa - durante a Inquisição -, e ainda nos tempos de escravidão aqui mesmo no Brasil¹.

Posto isso, estudar a eugenia é refletir sobre um tema que embora pouco comentado no Brasil, ganhou os mais diversos palcos do mundo deixando marcas de desprezo pela própria raça.

2.1 TRAJETÓRIA DO PENSAMENTO EUGÊNICO

Criada e difundida por Francis Galton a partir do ano de 1883 com base nos pressupostos teóricos pregados por Charles Darwin na teoria fundadora do Evolucionismo - A origem das Espécies -, bem como nas ideias de cunho demográfico de Thomas Robert Malthus, a eugenia percorreu os mais diversos mundos, criando novos paradigmas sociais (MAI, 2004).

Acerca dos ideais Neo-Malthusianos, aduz Mai:

As ideias malthusianas sobre o crescimento demográfico influenciaram muitos pesquisadores e cientistas do século XIX e estimularam movimentos de controle de natalidade em diversos países. Um desses movimentos à época de Galton era o *Birth Control*, que indicava o uso de práticas anticoncepcionais, a esterilização e até mesmo o aborto para o controle populacional, especialmente sobre as classes pobres, consideradas as grandes responsáveis pelo aumento da miséria e da pobreza (2004, p. 21).

Nesse sentido, a trajetória eugênica pode ser estudada em dois estágios, divididos pelo final da Segunda Guerra Mundial. O primeiro estágio foi marcado pelo conhecimento deficiente sobre a hereditariedade, baseado na redescoberta das leis

¹ A Inquisição se instalou por toda a Europa sob o argumento religioso e perseguiu ciganos, judeus, mulheres acusados de bruxaria que ameaçavam a Igreja Católica [...] Ameaçada, a religião católica queimou, torturou e envergonhou milhares de pessoas em nome de Deus. Num outro momento histórico, a escravidão foi usada para justificar interesses político-econômicos e incrementar o modo de produção, gerando mais e mais lucro para os “senhores” donos de escravos. Com a “coisificação” de negros e de diversas minorias dominadas e submetidas ao longo de vários séculos, no Brasil, a escravidão foi abolida tardiamente, perpetuando a dívida do país com a comunidade afrodescendente, que ainda tem muito a recuperar pelo sofrimento ancestral de suas famílias (DIWAN, 2013, p. 9-10).

de Gregor Mendel que partiam da premissa da “simples observação de que certos traços são transmitidos dos pais para os filhos [...]; os traços péssimos de caráter e todas as espécies de faltas eram herdadas” (VARGA, 2005, p. 78).

O segundo estágio, por sua vez presenciou o acelerado desenvolvimento da microbiologia e da genética molecular. “Novas descobertas mostraram que a transmissão de traços humanos e defeitos genéticos seguem, basicamente, as leis hereditárias de Mendel, mas que ela não é devida a um único gene que atue independente” (VARGA, 2005, p. 79).

Com isso, os eugenistas concluíram que o melhoramento da raça humana não viria por meio de reformas sociais, mas sim, pelo incentivo da reprodução seletiva decorrente da união dos indivíduos superiores (VARGA, 2005, p. 78).

No tocante a sua expansão, pode-se dizer que o movimento eugênico começou a ganhar espaço no meio acadêmico e intelectual a partir do início do século XX. Espalhou-se rapidamente pela Inglaterra – seu berço histórico, passando logo após a Europa Continental, Estados Unidos e Japão – que adotaram políticas eugênicas baseadas na esterilização forçada dos indivíduos. No entanto, embora o bem sucedido plano de eugeniização social nos Estados Unidos é inevitável, associá-la, principalmente, a radicalidade da Alemanha nazista (VARGA, 2005).

Na Inglaterra, os ideais eugênicos surgiram num período de reorganização social, pós Revolução Industrial. Nesse momento, o apego na ciência foi extremamente importante para por fim ao caos social aparente na época. Ideais de reurbanização, idealização política e higiene pública, foram adotadas como forma de prevenir a degradação dos trabalhadores da época – tendo em vista, o caos vivenciado a pouco, com a Revolução (DIWAN, 2013).

[...] a emergência das teorias de esquerda, espalharam-se pela Europa e transformaram a pobreza, sinônimo de perigo e inferioridade. Essa situação política ideológica, somada ao problema sanitário gerado pelo vertiginoso crescimento das cidades, tornou a Inglaterra um lugar degenerado, na visão dos biólogos da época. Sem infraestrutura, a insalubridade e as doenças epidêmicas (varíolas, tuberculose, tifo, escarlatina etc.) despertaram o interesse dos higienistas inspirados pelas descobertas de Pasteur. Era preciso evitar a degeneração e controlar a multidão (DIWAN, 2013, p. 33).

Nesse período, a burguesia inglesa vivenciou o caos e juntamente com ele, a degeneração da própria população. O decréscimo das taxas de natalidade das classes altas, em oposição ao aumento das classes médias, significou um forte motivo para que a burguesia aderisse aos ideais eugênicos (MAI, 2004).

Na Alemanha não foi diferente. Difundida num tempo de apogeu nazista, comandado por Adolf Hitler na metade da década de 1930 - onde foram elaboradas leis de esterilização e de prevenção de doenças genéticas para judeus, inimigos políticos e ciganos. Tais atitudes tinham como único objetivo a proteção e a honra do sangue ariano, por meio do trabalho do Tribunal de Saúde Genética, instituído na época (OLIVEIRA, 2004).

A eugenia na Alemanha está diretamente ligada a ascensão de Hitler ao poder, em 1933. No entanto, não é verdade dizer que as ideias eugênicas pertencem exclusivamente à ideologia nazista. As raízes do pensamento eugênico na Alemanha datam do final do século XIX, especialmente após o lançamento do livro de Darwin. Foi na Alemanha que a eugenia adquiriu seu aspecto mais radical e talvez a maior atrocidade da história moderna tenha sido cometida sob o seu endosso. Durante o regime nazista implantado por Adolf Hitler, centenas de milhares de pessoas foram esterilizadas compulsoriamente e mais de seis milhões perderam suas vidas em nome da higiene da raça, não somente na Alemanha, mas em todos os territórios ocupados durante a Segunda Guerra Mundial. (DIWAN, 2013, p. 63-64).

Desta forma, a eugenia conseguiu alcançar as mais diversas culturas e fundamentar os ideais de inúmeros líderes, levando o rigor de uma ciência da purificação.

Na Alemanha, os nazistas; nos Estados Unidos, o conservador Charles Davenport e a feminista Margareth Sanger; e, finalmente na Inglaterra, o social democrata Julian Huxley e o simpatizante do nazismo Karl Pearson; todos estiveram ligados à eugenia de modo diferente. Mais ou menos comprometidos, mais ou menos radicais, todos tinham em vista a substituição das leis de proteção social por outras que favorecessem a reprodução de bons elementos na sociedade, fossem da elite ou da classe operária (DIWAN, 2013, p. 48).

A eugenia ficou conhecida não apenas pelos seus objetivos – classificados muitas vezes como utópicos, mas por todas as atrocidades ocorridas durante a sua propagação. No tocante a este momento da história, Oliveira faz um breve comentário:

Foi sob esse “rigor científico” de responsabilidade médica que ocorreram os assassinatos de aproximadamente 6 milhões de judeus e de cerca de 30 mil ciganos. Milhões de idosos foram submetidos à eutanásia oficializada, pela fome, pela omissão de cuidados e até mesmo pela aplicação de venenos letais. É incalculável o número de mortes por complicações pós-operatórias da esterilização. (2004, p. 140).

Por essas e outras razões e dada a radicalidade perante os “não arianos”, foi que a Alemanha destacou-se no cenário mundial como um dos países que mais incorporou essa objeção de “raça pura” (DIWAN, 2013).

A partir de então, a eugenia passou a ter como pretensões o desenvolvimento científico e hereditário que levasse, através da instrumentação matemática e biológica, a identificação dos melhores membros dentro da sociedade (CONT, 2008).

Com *status* de disciplina científica, objetivou implantar um método de seleção humana baseada em premissas biológicas. E isso através da ciência, que sempre se pretendeu neutra e analítica. Talvez por esse motivo a eugenia tenha se tornado um dos últimos tabus do século XX (DIWAN, 2013, p. 10).

O movimento eugenista tinha como objetivo principal exterminar da sociedade aquelas pessoas dotadas de características consideradas indesejáveis ou àquelas portadoras de alguma enfermidade.

O movimento eugenista ao procurar “melhorar a raça”, deveria “sanar” a sociedade de pessoas que apresentassem determinadas enfermidades ou características consideradas “indesejáveis” (tais como doenças mentais ou os então chamados “impulsos criminosos”) (MACIEL, 1999, p. 121).

Acerca dos ideais eugênicos, Diwan comenta:

Purificar a raça. Aperfeiçoar o homem. Evoluir a cada geração. Se superar. Ser saudável. Ser belo. Todas as afirmativas anteriores estão contidas na concepção de eugenia. Para ser o melhor, o mais apto, o mais adequado é necessário competir e derrotar o mais fraco pela concorrência. Luta de raças (2013, p. 21).

O desenvolvimento eugênico propôs o desenvolvimento dessa ciência em duas vertentes diferentes, denominadas de eugenia positiva e negativa.

Por eugenia positiva, entende-se um conjunto de iniciativas capazes de proporcionar o melhoramento da raça humana. Orientação matrimonial, incentivar a procriação entre os eugenicamente aptos, por exemplo, são medidas incentivadas nessa vertente eugênica.

Ao conceituar a eugenia positiva, Diniz dispõe as seguintes finalidades:

[...] reduzir os efeitos dos genes patogênicos, como acompanhamento pré-natal mediante tratamento curativo normal, parto feito por pessoal qualificado e em condições de higiene, tentativa de melhorar terapêuticamente a dotação cromossômica do afetado utilizando a terapia

gênica de células somáticas, por exemplo, sem ingerência na sua integridade física, dieta adequada à gestante durante toda a gravidez, amamentação materna etc. (2001, p. 395).

Assim, a eugenia positiva “tenta criar traços desejáveis e produzir pessoas de “qualidade superior” [...], que são encorajados a casar e ter filhos” (VARGA, 2005, p. 78).

Com isso, a eugenia positiva impulsionou políticas de assistência reprodutiva, saneamento básico, maior controle e tratamento de determinadas doenças que de certa forma foram bem recebidas pela sociedade.

Por outro lado, no que diz respeito à eugenia negativa, pode-se dizer que a mesma, visava diminuir o número dos seres não-eugênicos. Para isso, propôs um maior controle sobre a reprodução e os casamentos, através de estudos genéticos, exames pré-nupciais e até mesmo, o incentivo do aborto eugênico.

As condições de vida social, como a pobreza e a própria raça, tornavam-se fator relevante no momento de aplicação dessas práticas, conforme dispõem Mai e Angerami:

Medidas anti-concepcionais e de esterilização, porém, também estavam incluídas na propaganda contra a má procriação em geral, alcançando elementos sociais que compunham as classes mais desfavorecidas e empobrecidas da população, compostas prioritariamente de negros, mulatos e mestiços, os quais eram considerados por muitos eugenistas como elementos inferiores (2006, p. 254).

Posto isto, a eugenia negativa tentou extirpar os defeitos genéticos. “Seus principais métodos são a esterilização ou recolhimento dos defeituosos em instituições fechadas, para que sejam impedidos de transmitir defeitos genéticos e de gerar seres humanos inferiores” (VARGA, 2005, p. 78).

No tocante à eugenia negativa, Diniz aduz:

Tem por escopo não só prevenir o nascimento de pessoa com patologia congênita (mal de Duchenne, hemofilia, triploidia, trissomia 13 ou 18, daltonismo, síndromes de Down, de Turner e Klinefelter, esquizofrenia, psicose maniaco-depressiva, epilepsia etc.), mas também evitar a transmissão do gene defeituoso, ou seja, de moléstias hereditárias, mediante a eliminação de seus portadores, aborto eugênico, eutanásia ou morte violenta de neonatos), ou que sejam engendrados, preconizando, para tanto, àqueles que tiverem anomalia hereditária o controle de natalidade, a esterilização e a proibição de uniões procriativas com alto risco genético (2001, p. 395).

Assim, diferente da eugenia positiva, a eugenia negativa visava eliminar da sociedade todos aqueles geneticamente ruins, mesmo que para isso, tivesse que utilizar de métodos não tão aceitos pela sociedade jurídica.

Pode-se dizer então, que a eugenia foi uma ciência que se aprimorou junto ao tempo. Suas bases foram se solidificando de acordo com os avanços científicos que a permitiram se impor de maneira a determinar conceitos e estabelecer parâmetros na sociedade.

Sobre o tema, ressalta Diniz:

Desse modo, surge o espectro do eugenismo, ou de um biopoder, que, na verdade, ao buscar o ser humano perfeito, coisificando-o, constitui um Jano de duas faces, ressuscitando uma medicina sem humanidade, como aquela que, na época do nazismo, propugnava as práticas eugenistas em busca da pureza da raça ariana (2001, p. 397).

Desta forma, a eugenia fez parte da história, acompanhando os avanços e as particularidades de cada região incidida, não deixando de lado seu principal objetivo, qual seja o aperfeiçoamento da raça humana.

2.2 EUGENIA SOB A ÓTICA DE FRANCIS GALTON

Francis Galton nasceu em Birmingham, na Inglaterra em 16 de Fevereiro de 1822. Durante toda sua vida buscou a especialização em diversas áreas do conhecimento, como a antropologia, a meteorologia, a matemática e a estatística (MAI, 2004).

Empenhado em seu “dever” científico, boa parte de sua biografia esteve voltada para o desenvolvimento de técnicas biométricas capazes de melhorar o gênero humano. [...] Membro de uma família burguesa bastante próspera, Francis Galton cresceu num ambiente ligado aos estudos científicos (DIWAN, 2013, p. 37-38).

O parentesco entre Galton e Charles Darwin foi fundamental para que aquele desse prosseguimento em seus empreendimentos. A teoria evolutiva, a seleção natural, a polêmica com os criacionistas despertaram em Galton, aquilo que futuramente tornou o seu principal objeto de estudo, qual seja, o aperfeiçoamento da raça humana (DIWAN, 2013).

A teoria evolucionista foi o pontapé que inspirou Galton a dedicar-se ao desenvolvimento de uma teoria social que tivesse como objeto principal a evolução da raça. [...] Darwin ajudou a embasar as teorias de Francis Galton a partir de diversas publicações. A origem das espécies deu o impulso inicial ao desenvolvimento da teoria de evolução social de Galton. Sem dúvida nenhuma podemos dizer que Darwin foi um dos primeiros seguidores de Galton. Ainda que não tivesse o nome de eugenia, trazer para o mundo social as características da natureza e da vida animal a fim de aperfeiçoar a humanidade como se fossemos “cavalos” era teoria bem aceita na época (DIWAN, 2013, p. 39).

Aliada a essas ideias, as propostas malthusianas sobre o crescimento demográfico, também serviram de estimulantes para Galton, despertando-lhe o interesse pelo estudo da hereditariedade, utilizando-se dos conceitos de seleção natural das espécies e dos ideais de sobrevivência pregados na época (MAI, 2004).

Embora o entrosamento inicial entre Dalton e Darwin, a aproximação teórica não durou muito tempo e, em 1865 se separaram definitivamente.

Darwin esboçou cuidadosamente uma teoria de transmissão de caracteres conhecida como teoria da “pangênese”, que descrevia um possível mecanismo de transmissão hereditária por meio das “gêmulas” presentes em todo organismo, transferida de pais para filhos e alteradas pelo meio ambiente. Diante das imprecisões de Darwin, Francis Galton tentou aperfeiçoar a teoria e esse foi o ponto que separou os dois cientistas. Para a teoria da melhoria da raça ser validada por intermédio da seleção dos caracteres mais importantes – atributos físicos e mentais, de raça e de classe -, o meio ambiente não pode ter influência na carga hereditária (DIWAN, 2013, p. 40).

Galton acreditava na definição de um tipo padrão de raça humana que culminaram numa ideologia de melhoria da espécie por intermédio dos estudos e avanços científicos (MAI, 2004).

Os estudos genéticos, por sua vez avançavam para explicar a transmissão hereditária de determinadas características as gerações seguintes, o que permitiria que fossem criadas as condições para alcançar o padrão racial estabelecido como ideal. Nesse ponto, Galton apropriava-se dos conhecimentos de Jean Baptist Lamarck, sobre a variabilidade das espécies (MAI, 2004, p. 22).

A partir de então, seu o nome foi associado ao surgimento da eugenia e da genética humana, ao determinar em seus estudos que um gênio era fruto de uma boa combinação biológica. Assim, a esterilização daqueles menos dotados, bem como aqueles tidos como inferiores era medida plausível para o aperfeiçoamento da raça humana (VARGA, 2005).

Baseou os seus estudos na aplicação das leis da hereditariedade, as quais forneceriam as bases necessárias para uma análise mais aprofundada de todo

aperfeiçoamento genético, bem como a transmissão das características entre os seres humanos (VARGA, 2005).

A primeira obra escrita e publicada de Galton que apresentou os princípios da teoria eugênica foi *Hereditary Talent and Character* (1865). Tratava do estudo estatístico do parentesco, que logo mais tarde foi reforçado com a publicação de *Hereditary Genius* (1869). Nas obras, foi desenvolvido o estudo da distribuição do talento nas populações e a teoria eugênica. Assim, a ideia fundamental de que o talento é hereditário e não resultado do meio ambiente foi difundida na obra mais conhecida do autor, *Hereditary Genius* (DIWAN, 2013).

Galton dedicou também, muito tempo dos seus estudos, na pesquisa realizada com o cruzamento das ervilhas. Essas medições levariam a seleção dos mais aptos e a eliminação e controle dos inaptos, dentro da sociedade. Anos mais tarde, aperfeiçoou uma técnica criada por Herbert Spencer, qual seja a técnica dos retratos compostos. Através da observação destes, se concluiria quais eram as características comuns entre as pessoas, até se chegar aos retratos típicos de criminalidade, saúde e doença (DIWAN, 2013).

Declaradamente contra casamentos movidos por “gostos pessoais”, Galton propõe que o valor da raça é superior e mais importante do que a educação e o meio ambiente. [...] prega a necessidade de que os “débeis” poupem a sociedade de seus descendentes adotando o celibato. Assim, o processo da seleção natural seria cumprido e respeitado, permanecendo os mais aptos cada vez mais fortes e menos aptos com a tendência a desaparecer gradativamente (DIWAN, 2013, p. 43).

Na sua última década de vida, dedicou-se a expandir o seu trabalho através da criação da *Eugenics Records Office* em 1904 em Londres, que posteriormente se converteu na *Eugenics Laboratory* em 1907. – onde atuam inúmeros geneticistas renomados até hoje.

2.3 EUGENIA NO BRASIL

O Brasil também foi palco da disseminação eugênica. Criada no século XIX por Francis Galton, a eugenia no Brasil ganhou ênfase nas primeiras décadas do século XX, como forma de sanar o precário estado de saúde pública e suas fortes consequências de degeneração hereditária (FRAGA; AGUIAR, 2010).

A incidência eugênica no país se revelou em duas etapas. A primeira fase ficou conhecida como Eugenia Positiva e Sanitarismo. Nessa época a eugenia tinha como propósito a cura da nação. A medicina nesse período ocupou papel essencial, ao se engajar no processo de medicalização e higienização da sociedade (DIWAN, 2013).

Enquanto isso, a segunda fase ficou conhecida como a radicalização da eugenia devido ao agitado período de divulgação dessas práticas nos grandes meios de comunicação. O Boletim da Eugenia; o primeiro Congresso Brasileiro de Eugenia (CBE) – que discutia os polêmicos controles de casamentos por exames pré-nupcial, educação sexual, controle de imigração entre outros temas -; a Comissão Central Brasileira de Eugenia (CCBE) – organizada por Renato Kehl -, foram alguns desses meios de divulgação utilizados durante os anos de 1929 e 1930, no país (DIWAN, 2013).

Assim, não diferente dos outros países, a eugenia no Brasil agregou inúmeros médicos, psiquiatras e geneticistas renomados da época. No entanto, o maior representante do movimento no país foi o médico Renato Kehl² (MAI, 2004).

O desejo de Renato Kehl era de que o Brasil se povoasse de “gente sã física e moralmente”, à exemplo da Grécia Antiga, que no seu entender havia encontrado o equilíbrio do corpo e do espírito expressos na civilização ideal. Olhando para o passado como um reflexo no espelho, o eugenismo de Renato Kehl via a sociedade através da beleza plástica, da retidão moral e da visão social de maneira idêntica àquela dos gregos antigos (DIWAN, 2013, p. 126).

A psiquiatria foi um grande canal de expressão através da Liga de Higiene Mental (LBHM), que estimulava a segregação e esterilização compulsória dos chamados desfavorecidos, ou seja, daqueles que possuíam alguma enfermidade ou que de certa forma prejudicariam o próspero desenvolvimento da raça humana (MAI, 2004).

Para que o ideal eugênico fosse efetivado, seria necessário que fosse estimulado a procriação entre os considerados “tipos eugênicos superiores” e coibida à procriação dos outros de modo a impedir a proliferação dos chamados “inferiores”. Dessa forma, o ideário eugênico implicaria práticas

² Apesar de Renato Kehl não ser o único eugenista brasileiro, sem dúvida foi ele quem melhor planificou e expressou os desejos e anseios de todos os eugenistas em nosso país. [...] Formou-se farmacêutico em 1909, pela Escola de Farmácia de São Paulo, e, em 1915, médico pela Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro. No entanto, mais no que a farmácia e a clínica médica, dedicou-se a organizar e disseminar a eugenia no Brasil, trabalhando em instituições públicas e privadas, sempre ligado a área médica (DIWAN, 2013, p. 123).

sociais que viriam a se constituir em políticas públicas cujo objetivo expresso seria “melhorar a raça” e, ao mesmo tempo, “impedir a degeneração” da mesma (MACIEL, 1999, p. 122).

Todavia, esse quadro degenerativo não era aplicado apenas aos indivíduos, mas às raças. Desta forma, o ideário eugênico hierarquizou a sociedade da época com base nas diferentes raças sociais, o que de pronto tomou dimensão avassaladora nas principais mentes elitistas:

A necessidade de construir uma identidade racial era consenso entre as elites, que facilmente deixavam-se influenciar por valorizações negativas do potencial do povo brasileiro para civilizar-se. As ideias européias racistas centradas sobre as teorias de inferioridade do negro, degeneração do mulato e decadência tropical do povo no caso do Brasil eram muito citadas nos meios científicos e nos textos didáticos, produzidos em sua grande maioria na Europa (MAI, 2004, p. 27).

Desta forma, é possível afirmar que o racismo já se fazia presente muito tempo atrás entre intelectuais da época. “Essas teorias foram trazidas ao país pelas viagens dos filhos da elite republicana à Europa e pelas expedições científicas que vieram ao Brasil, das quais participavam cientistas, antropólogos e intelectuais europeus” (DIWAN, 2013, p. 88).

Neste norte, o movimento imigratório, o qual provocou a vinda de milhares de negros e mestiços, também foi fator determinante para que culminasse no país o movimento eugênico. Embora considerado fator impeditivo para uma maior proliferação do movimento.

Nessas análises, a mestiçagem representava o atraso, pois o progresso estava restrito às sociedades “puras”. A miscigenação seria, portanto, um fator evolutivo, subvertendo as ideias do biólogo Charles Darwin. Para ele, a hibridação resultava na permanência do gene mais fraco, menos apto e na potencialização dos efeitos e imperfeições, gerações após gerações (DIWAN, 2013, p. 89).

Desta forma, a miscigenação dos povos tomou grandes proporções nas discussões eugênicas, uma vez que a raça “pura” tal qual pregava Hitler era o meio mais eficaz para se atingir o tão desejado saneamento racial.

O desenvolvimento de políticas públicas que controlassem a composição racial brasileira espelhava o empenho dos eugenistas e dos representantes do governo interessados na “elevação da pátria”. [...] Preservar o futuro racial do Brasil, sua unidade nacional e sua homogeneização foram algumas das principais preocupações dos eugenistas ao longo de toda década de 1920, intensificadas no início do período Vargas (DIWAN, 2013, p. 119).

Assim, o bordão “sanear é eugenizar” tomou grande sentido, uma vez que a degeneração hereditária fundamentava-se, de certo modo, na falta de saneamento e higiene assistidos na época (FRAGA; AGUIAR, 2010).

A preocupação com a saúde da população tinha dentro de si a ideia de “aprimorar esta população”, chamada também de “raça”, o que era feito através da eugenia. Porém, isso não significa que as ideias eugênicas que eram aceitas e apregoadas fossem aquelas referentes à mistura racial ou concernentes aos casamentos “indesejáveis”, pois, em alguns casos, “regras de eugenia” podiam ser traduzidas simplesmente por “regras de higiene” (MACIEL, 1999, p. 134).

Nesse sentido, termos como saneamento, higienização eram comuns nos diálogos estabelecidos, de maneira a se confundir, por inúmeras vezes:

De fato, devido à confusão entre saneamento, higiene e eugenia, as propostas referentes a saúde da população se misturavam de tal modo que se chegava a colocar num mesmo discurso propostas no sentido de introduzir a educação física nas escolas com proibição de casamentos (MACIEL, 1999, p. 134).

O primeiro Congresso Brasileiro de Eugenismo foi realizado no Rio de Janeiro em 1929 e significou um marco para os eugenistas brasileiros, ao abordar como tema principal “O Problema Eugênico da Migração”, entre outros inúmeros assuntos acerca da dogmática eugênica. (GOLDIM, 1998).

O 1º Congresso Brasileiro de Eugenia sempre esteve envolto em polêmicas de diversas naturezas. De qualquer modo, o CBE representou uma ofensiva pública e direta em defesa da causa eugenista como nunca antes. [...] Controle de casamentos pelo exame pré-nupcial, educação eugênica, proteção à nacionalidade, imigração, doenças mentais e educação sexual foram alguns dos temas debatidos durante o CBE. No entanto, poucas foram às resoluções de consenso. Um dos pontos consensuais era relativo à política de imigração restritiva, principalmente asiática, baseada em exames prévios de saúde (DIWAN, 2013, p. 113-114).

Em março de 1931 foi criada a Comissão Central da Eugenia, sendo o seu presidente Renato Kehl. A Comissão possuía diversos objetivos, dentre os quais: manter o interesse do estudo de questões eugênicas no país; difundir o ideal de regeneração física, psíquica e moral do homem; prestigiar e auxiliar as iniciativas científicas ou humanitárias de caráter eugênicas (GOLDIM, 1998).

Nesse período, houve o declínio da imigração europeia e o incremento da imigração asiática ao Brasil, atingindo uma média de 50 mil imigrantes

asiáticos no ano de 1929. Esse declínio da imigração europeia passou a preocupar os eugenistas, pois o incentivo a esse tipo de imigração após a abolição da escravidão, 1888, significou o investimento no projeto do branqueamento racial do povo brasileiro. Mais de 1,5 milhão de imigrantes brancos entraram no país entre 1890 e 1920 (DIWAN, 2013, p. 117).

Nesse sentido, os imigrantes europeus eram considerados de “boa raça”, não eram preguiçosos, sujos e indisciplinados como os negros e os mulatos.

Apesar dos inúmeros discursos, a imigração apareceu de maneira centralizadora nas reuniões, aconselhando a exclusão de toda e qualquer imigração não branca, uma vez que eram vistas como “um perigo de contaminação [...], de um contágio capaz de corromper a população e que poderia pôr a perder os esforços em prol do “aprimoramento da raça” empreendidos até então” (MACIEL, 1999, p. 135).

O desenvolvimento de políticas públicas que controlassem a composição racial brasileira espelhava o empenho dos eugenistas e dos representantes do governo interessados na “elevação da pátria”. [...] Preservar o futuro racial do Brasil, sua unidade nacional e sua homogeneização foram algumas das principais preocupações dos eugenistas ao longo de toda década de 1920, intensificadas no início do período Vargas (DIWAN, 2013, p. 119).

O Brasil estava realmente levando a sério as políticas eugênicas, de modo as difundir por todos os lugares e áreas de atuação. A educação entre os cônjuges, referindo-se a casamento e procriação serviam de orientação na busca pela prole perfeita.

Toda política adotada pelo governo Vargas na década de 1930 foi direcionada em defesa do nacionalismo de inspiração nazifascista. Nesse sentido, os integralistas, por intermédio da Ação Integralista Brasileira (AIB), pregavam a radicalização das políticas nacionalistas e xenófobas, aproximando-se dos ideais eugenistas (DIWAN, 2013, p. 120).

Assim, não diferente dos outros países, o discurso eugênico no Brasil provou-se indiscutivelmente racista, causando na população sentimento de rejeição, indiferença e submissão com relação ao “tipo” perfeito. Tendo em vista, todas essas imposições feitas pelo próprio governo.

O discurso e as propostas eugênicas para o Brasil mostram um racismo nada cordial. Sob a justificativa de romper com o atraso, em nome do progresso, ancorados em ideias em que a hereditariedade determina o destino dos indivíduos e numa desigualdade já dada ao nascer pela própria natureza, os eugenistas respaldavam práticas e políticas que iam desde a

discriminação e a exclusão até a mutilação dos seres considerados “inferiores” (MACIEL, 1999, p. 138).

Tais discursos proliferavam-se nas mais variadas bibliografias, ou seja, apresentavam-se desde as obras do médico Renato Kehl até as literaturas do escritor Monteiro Lobato.

O desejo de Renato Kehl era que o Brasil se povoasse de “gente as física e moralmente”, à exemplo da Grécia Antiga, que no seu entender havia encontrado o equilíbrio do corpo e do espírito expressos na civilização ideal. Olhando para o passado como um reflexo no espelho, o eugenismo de Renato Kehl via a sociedade através da beleza plástica, da retidão moral e da divisão social de maneira idêntica àquela dos gregos antigos (DIWAN, 2013, p. 126).

Monteiro Lobato também auxiliou na divulgação da eugenia no Brasil. Escritor de renomado nome inseriu em suas obras discursos amplamente eugênicos. A obra *O Choque das Raças ou o Presidente Negro*, publicado em 1926, configurou umas dessas situações ao discutir questões debatidas no início do século XX, tais como a imigração, os avanços da ciência e da tecnologia, o progresso dos povos entre outros (DIWAN, 2013).

A ficção de Lobato contém em si a junção de todos os desejos e medos de uma sociedade eugenizada. Nesse sentido, o trabalho literário é entendido como fonte investigativa, meio de pesquisa e compreensão sobre o “espírito de uma época”. [...] em escrever uma obra que projete a sociedade para o futuro acaba por constituir um determinado tipo de utopismo, já que essa sociedade imaginária não tem conflitos sociais e tudo se reduz aos problemas raciais eugênicos (DIWAN, 2013, p. 107-108).

Criar parâmetros, impor atrocidades em prol de um ser humano livre de imperfeições foi o método aplicado na época para a ascensão da política eugênica, embora interpretado hoje de maneira utópica e radicalista pela sociedade.

A eugenia como se vê, ficou conhecida no mundo como a política da rejeição e do desprezo, conforme Diwan:

Para tornar o Estado saudável seria necessário extirpar todos os resquícios de nossa miscigenação. Civilizar nossa herança indígena, roubada pelos portugueses, e branquear nossa herança negra, desprezada após a abolição da escravidão, em 1988 (2013, p. 92).

Assim, acabar com os próprios nativos, negros e índios é renegar a própria história, é apagar o próprio passado.

Construir o super-homem e perseguir a pureza da raça através da eugenia foi uma obstinação de muitas nações. Sob os mais diversos argumentos segregaram, mutilaram e executaram milhares de pessoas em todo mundo. [...] a ciência e o poder podem se aliar e criar políticas preconceituosas, por vezes genocidas, que sob o discurso da diferença biológica separaram sociedades em classes sociais e confinaram os diferentes – considerados doentes por esses “cientistas” – em guetos, sanatórios, prisões e campos de trabalho forçado. Talvez esta seja uma contribuição para a percepção de nossa sociedade com menos segregação e mais tolerância, com menos divergências e mais consensos (DIWAN, 2013, p. 13).

Analisando a história, bem como os traços deixados pela nossa colonização, é difícil entender como um país miscigenado por natureza pode ter levado tão a sério tal política eugênica, salvaguardada pelo manto protetor do racismo e da discriminação.

Com isso é perceptível o imperioso espírito racista das condutas eugênicas ao se determinar o “tipo eugênico” ideal. Tais condutas acabaram por esquecer o que o ser humano representa em si, ou seja, a sua índole, o seu caráter, a sua bondade, entre outras características que realmente devem ser estimuladas e valorizadas numa pessoa. Nascer homem ou mulher, branco ou negro estão longe de exteriorizar o tipo ideal perfeito a humanidade.

3 DIREITO À PERSONALIDADE E INÍCIO DA VIDA

A personalidade é direito inerente à pessoa e sua dignidade, sendo assim, irrenunciável e intransmissível³. Desta forma, tendo em vista seu total zelo dentro do ordenamento jurídico, faz-se necessário sua total proteção mesmo quando relacionada à expressão mais frágil da espécie humana, qual seja, o embrião.

Mesmo porque, na concepção de Leite,

Dentro de uma sociedade evolutiva e globalizada, assim, é inegável a importância desses direitos na medida em que andando ciência e tecnologia a passos largos deve o direito, amparado nos costumes, na jurisprudência e em princípios gerais de ordem moral e filosófica, acompanhar essas transformações não se esquecendo jamais de que o seu papel fundamental é o de proteger o ser humano, preservando sua identidade, integridade e dignidade (2001, p. 151).

A necessidade de protegê-la contra práticas e abusos atentatórios tornou-se premente em razão assim da tendência política para desprestigiá-la como dos progressos científicos e técnicos (GOMES, 2002, p. 148).

Partindo desta premissa, de que o embrião também deve ser passível de proteção pelos institutos civis, interessante se faz a análise mais aprofundada do direito à personalidade, partindo de uma análise histórica, conceitual, bem como o seu alcance dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A personalidade jurídica, mesmo que com enfoque diferenciado, já era trabalhada na Idade Antiga, através das punições às “ofensas físicas e morais a pessoa, através do *actioinjuriarum*, em Roma, ou da *dikekakegorias*, na Grécia” (DINIZ, 2003, p. 118).

Em Roma as Leis das XII Tábuas e o Corpus Juris Civilis já faziam menção à noção de pessoa. Assim, as relações sociais daquela civilização eram constituídas por pessoas e coisas, sendo que estas últimas afetavam o

³ A irrenunciabilidade traduz a ideia de que os direitos personalíssimos não podem ser abdicados. Ninguém deve dispor de sua vida, da sua intimidade, da sua imagem. A intransmissibilidade, por sua vez, deve ser entendida como limitação excepcional da regra de possibilidade de alteração do sujeito nas relações genéricas de direito privado. Vale dizer, é intransmissível, na medida em que não se admite a cessão do direito de um sujeito para o outro (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 194).

modo de ser das primeiras e conseqüentemente de toda a sociedade romana (LOPES, 2014).

Por conseguinte, na Idade Média, ser pessoa estava diretamente relacionado à questão da classe social do indivíduo. Nesse sentido, a personalidade tinha estrita relação com o poder aquisitivo e patrimonial da pessoa. Exemplo disso, era a falta de atribuição de personalidade aos escravos, que guarneciam de um patrimônio que não era seu (SÁ; NAVES, 2009).

Sobre esse período da história, comenta Lopes:

Na Idade Média, com a influência do Cristianismo, a noção de pessoa desvincula-se da força atrativa das instituições, ganhando unicidade e individualidade, onde o homem passa a ser a personificação da imagem do criador. A influência cristã revela a transcendência do homem a um *status* de sujeito dotado de valores intrínsecos a sua própria humanidade. A mudança de padrões filosóficos, ocorrida na Idade Média, representa os primeiros passos para a construção de base sólida para o desenvolvimento da noção de pessoa e dos direitos da personalidade, que se consolidam com o advento da modernidade (2014).

Mais tarde, com a formação do capitalismo e a liberdade formal adquirida pelos trabalhadores, a burguesia avistou o fim da escravidão e conseqüentemente a universalização de conceitos jurídicos.

A todo homem foi reconhecida a condição de sujeito de direitos, originariamente por vincular-se a capacidade de exercício do direito de propriedade. A pessoa era essencial na participação de relações jurídicas patrimoniais e, por isso, generalizou-se a atribuição de capacidade (SÁ; NAVES, 2009, p. 64).

Com isso, a personalidade tornou-se exigência do próprio poder natural, devendo o Estado, apenas concedê-la, por meio da codificação (SÁ; NAVES, 2009).

Alguns movimentos e diplomas legislativos ganharam destaque nas Idades Média e Moderna por enfatizarem em seu conteúdo os direitos da personalidade. A Carta Magna de 1215, na Inglaterra; o Renascimento – que aderiu a conveniência entre a intangibilidade de direitos e a independência da pessoa; o *Bill of Rights* de 1680 – declaração norte-americana que refletia sobre o liberalismo do povo inglês, a tradição das antigas colônias, entre outros assuntos e a declaração dos direitos adotada pela Assembléia Constituinte francesa em 20-26 de agosto de 1789 que determinava o dever de garantia da vida e liberdade próprias em busca da felicidade e segurança (LEITE, 2001).

A Carta de São Francisco, de 1948 é considerada a primeira expressão dos direitos da personalidade, que se projetou logo após na Constituição de Bonn que introduzira em 1949 o Direito Geral de Personalidade, como respaldo aos problemas enfrentados pelos alemães durante o regime nazista, bem como aqueles enfrentados durante a Segunda Guerra Mundial relacionados ao desprezo pela vida humana e pela personalidade. A Constituição reconhecia em seu artigo 2º o livre desdobramento da personalidade, que por força da jurisprudência do Tribunal Federal, tornou-se vigente e obrigatório (SÁ; NAVES, 2009).

Após a II Guerra Mundial e dadas as atrocidades cometidas pelo regime nazista contra a pessoa humana e a humanidade em geral, identificou-se a necessidade de proteção de um conjunto básico de direitos da pessoa humana. Era imperativo que se garantisse uma tutela elementar e fundamental em prol da personalidade humana, afastando de ameaças à própria raça (REUTERS, 2013, p. 280).

Embora o Cristianismo constituir base indestrutível para personalidade ao se basear na fraternidade universal e na ideia de dignidade humana (LEITE, 2001), “foi à declaração dos Direitos de 1789 que impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão” (DINIZ, 2003, p. 118).

[...] deixou a Declaração de 1789 de prever os direitos sociais dos indivíduos, preocupando-se, apenas, com o aspecto individualista do ser humano, de acordo com os princípios iluministas que inspiraram a Revolução Francesa e a Assembléia Nacional que elaborou a Declaração dos Direitos do Homem, vindo as posteriores declarações preencher as lacunas deixadas por esta Declaração Universal do final do século XVIII (SZANIAWSKI, 2005, p. 40-41).

Podemos dizer que atualmente, o conceito de pessoa, bem como de personalidade adquiriu maior independência, não mais relacionado à classe social, cor, raça, idade, sexo, enfim, a qualquer critério subjetivo ou objetivo imposto pelo próprio ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Maluf faz um breve comentário dos direitos da personalidade na Era Moderna quando em comparação com a concepção romana:

Em contraposição a concepção romana do ente humano, no direito moderno a noção de personalidade relaciona-se com a capacidade, que a seu turno é a aptidão para adquirir direitos e exercê-los para si ou para outrem os atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade. A pessoa natural por sua vez o ente a quem a ordem jurídica outorga esses poderes (2010, p. 33).

Enfim, os direitos da personalidade na Era Moderna relacionam-se única e exclusivamente com a capacidade da pessoa de exercê-los ou não, desapegando-se de critérios estabelecidos no passado.

3.2 CONCEITO DE DIREITO À PERSONALIDADE

O homem deve ser protegido em sua integralidade o que representa uma garantia que vai além da proteção apenas do seu patrimônio. Desta forma, direito à personalidade nada mais é que ter protegida a sua essência de qualquer abuso ou dano.

Os direitos da personalidade, segundo Bittar; Bittar Filho:

São direitos essências da pessoa, que constituem componentes indissociáveis de sua personalidade. São, pois, direitos inatos – como a maioria dos escritores atesta -, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do direito positivo (no plano constitucional ou em sede de legislação ordinária), dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte: contra o arbítrio do Poder Público ou as incursões de particulares (no primeiro, como liberdades públicas; no segundo, como direitos da personalidade) (2003, p. 48).

Assim, estar dotado de personalidade, nada mais é que estar apto e capaz para adquirir e exercer seus direitos, ou seja, é qualidade de se considerar pessoa. Desta forma, a capacidade torna-se elemento essencial para a definição de personalidade, uma vez que “na capacidade de ser titular de direitos e obrigações que a personalidade se mede, influenciando na capacidade de agir, não só o estado do agente, mas também certas qualidades jurídicas” (GOMES, 2002, p. 141-142).

Assim, Reuters esclarece que, “a personalidade faz parte da pessoa. Configurando-se como parte juridicamente intrínseca autorizando o titular que venha adquirir, exercitar, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses” (2013, p. 275).

Sobre o tema Diniz faz um breve comentário:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social) (2003, p. 135).

Nesse sentido, aduz Lopes acerca da expressão desses direitos personalíssimos, bem como, a sua exteriorização na sociedade:

A personalidade prospera na intimidade do homem e se projeta na sociedade, como expressão ampliada e indelével dos valores que se lhe apresentam caros e que lhe dão a exata dimensão subjetiva na composição do patrimônio moral da pessoa. Os direitos da personalidade são os que se expressam na identidade, liberdade, honra, autoria, privacidade, sexualidade, que se encontram no patrimônio da personalidade de que cada homem é titular, os quais são intransmissíveis e irrenunciáveis. Tutela-se e preserva-se, pois, a pessoa da expropriação de seus atributos individuais, dimensionando as fronteiras entre o coletivo e o pessoal (2014).

Com isso, Gomes, também dispõe acerca da personalidade num sentido de atribuir a pessoa seu papel fundamental no meio social que está inserida:

A personalidade é um atributo jurídico. Todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direitos e obrigações. Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias das condições de sua atividade jurídica e dos limites a que se deve circunscrever (2002, p. 141).

Na visão de Gagliano e Pamplona Filho “conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objetivo os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (2013, p. 184).

Assim,

[...] a personalidade é um primeiro bem da pessoa, que lhe serve de primeira utilidade para que ela possa ser o que é, autorizando-lhe sobreviver e se adaptar as condições do ambiente em que se encontra, funcionando como critério para aferição, aquisição ou ordenação de outros bens (REUTERS, 2013, p. 275).

Nesse sentido, entendemos como personalidade “o conjunto de traços morais distintivos de uma pessoa” (HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2008, p. 574) que estão tutelados pelo Código Civil em seu artigo 2º que dispõe: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2014a).

Com base no dispositivo legal, incessante se faz o estudo acerca dessa abrangência legal, no que diz respeito ao nascituro, que segundo a legislação vigente possui expectativas de direito.

3.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Por estarem diretamente ligados ao homem, os direitos da personalidade possuem algumas características essenciais para sua aplicabilidade. Nesse sentido, dispõe o art. 11 do Código Civil, “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2014a).

Assim, o ordenamento jurídico lhes confere caráter essencial, não consentido que o homem se despoje de qualquer forma dos mesmos, possuindo assim constituição especial que garanta a sua eficaz proteção, uma vez que estão relacionados aos bens mais elevados de um ser humano (BITTAR; BITTAR FILHO, 2003).

Posto isso, podemos dizer que os direitos da personalidade são absolutos por serem oponíveis *erga omnes*, ou seja, se impõe a todos, assim tal característica guarda íntima correlação com a indisponibilidade, uma vez que não se permite ao titular do direito renunciar a ele ou cedê-lo em benefício de terceiro ou da coletividade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 193); extrapatrimoniais porque não são suscetíveis de avaliação econômica ou pecuniária, conforme a observação de Leite:

Tais bens não dispõem de qualquer utilidade econômica, e por essa razão, não podem ser comercializados ou por impossibilidade natural ou por vedação da lei. São bens que estão fora do comércio. Isso não obsta, entretanto, que sua lesão possa dar lugar a consequências patrimoniais, através do ressarcimento do dano, tanto material como moral (2001, p. 158).

Nesse norte, os direitos da personalidade também são intransmissíveis ou indisponíveis “visto não poderem ser transferidos a esfera jurídica de outrem. Nascem e se extinguem *ope legis* com o seu titular, por serem dele inseparáveis [...] insuscetíveis de disposição” (DINIZ, 2003, p. 120). Quanto à intransmissibilidade, aduz Leite:

É claro que a intransmissibilidade decorre, naturalmente, do fato de se encontrarem tais direitos fora do comércio, sendo vedada, assim, sua avaliação em dinheiro. Essa impossibilidade de transmissão ou de transferência, que marca os chamados direitos da personalidade, decorre da própria natureza dos bens que envolve (2001, p. 158).

São classificados ainda, em impenhoráveis e imprescritíveis “pois não se extinguem, quer pelo não uso, quer pela inércia na sua defesa, não ficando sujeitos à execução forçada” (LEITE, 2001, p. 158). Isso porque, segundo Gagliano e Pamplona Filho

[...] há determinados direitos que se manifestam patrimonialmente, como os direitos autorais. Os direitos morais do autor jamais poderão ser penhorados, não havendo, porém, qualquer impedimento legal na penhora do crédito dos direitos patrimoniais correspondentes. Sob o mesmo argumento, há que se admitir a penhora dos créditos da cessão de uso do direito a imagem (2013, p. 196).

Os direitos da personalidade são ainda, irrenunciáveis, pois não ultrapassam a esfera do seu titular; necessários e inexpropriáveis, pois, “por serem inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito a qualidade humana” (DINIZ, 2003, p. 121).

Os direitos da personalidade inatos, portanto, “não são suscetíveis de desapropriação, por se ligarem à pessoa humana de modo indestacável. Não podem dela ser retirados contra sua vontade, nem o seu exercício sofrer limitação voluntária” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 190).

Por fim, pode-se dizer que os direitos da personalidade são ilimitados “ante a impossibilidade de se imaginar um número fechado de direitos da personalidade” (DINIZ, 2003, p. 121).

Desta forma, o rol de direitos da personalidade apresentados pela Constituição, bem como pela legislação ordinária são meramente exemplificativos, tendo em vista o progresso econômico-social e ainda, científico que podem dar origem a novas ameaças aos direitos da personalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

Com isso, os direitos da personalidade são revestidos de características que oferecem aos mesmos uma maior proteção de qualquer manifestação que lhes causem risco.

3.4 INÍCIO DA PERSONALIDADE NATURAL

O início da personalidade natural é matéria de extrema relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A partir daí se definirá o início da tutela dos

direitos de cada indivíduo e a resposta para a solução de casos concretos que advêm de outras áreas do direito, como o sucessório, por exemplo.

Podemos dizer ainda, que entender sobre o início da personalidade humana exige também, conhecimentos que vão além de conceitos expostos da seara jurídica, como aqueles que vêm exclusivamente da ciência e da medicina.

Posto isso, temos que o início da tutela jurisdicional da personalidade está diretamente ligada ao início da vida. Nesse sentido, o direito brasileiro adota, que se comprovado que a criança respirou, houve o nascimento com vida (VENOSA 2003). Se viveu ou não depois do nascimento é questão que só se resolve mediante perícia médico-legal.

Deste modo, “dá-se o nascimento com a positiva separação da criança das vísceras maternas, pouco importando que isso decorra de operação natural ou artificial. A prova inequívoca de o ser ter respirado pertence à medicina” (VENOSA, 2003, p. 160). Assim, será considerado sujeito de direitos mesmo àquele que nascer com vida e logo depois vier a falecer.

Conforme Orlando Gomes,

Estas ficções atribuem personalidade porque reconhecem, nos beneficiados, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu ou já morreu. Trata-se de construção técnica destinada a alcançar certos fins. Dilata-se arbitrariamente o termo inicial e final da vida humana, para que sejam protegidos certos interesses (2002, p. 143).

No entanto, definir o início da vida e conseqüentemente o início da personalidade, apresenta-se, muitas vezes, de forma diferenciada entre os vários institutos existentes, como a embriologia, a genética, a neurologia e até a própria Igreja Católica.

No âmbito da biologia e da embriologia, “a vida de um novo ser se inicia desde a própria ovulação, no momento da liberação do ovócito, estendendo-se até o momento da fixação do zigoto no útero, nidação, que torna a vida viável” (MALUF, 2010, p. 91).

O desenvolvimento embrionário tem início com a fecundação. As características do novo indivíduo são determinadas pelos cromossomos herdados nesse momento do pai e da mãe. O zigoto, guiado pela sua informação genética única, inicia rapidamente a constante divisão, diferenciação e migração celular, que irão formar todos os tecidos do organismo de forma supreendentemente precisa. Passará por sucessivas

etapas de divisões celulares até formar o indivíduo propriamente dito (MALUF, 2010, p. 91).

Posto isso, a embriologia determina que o início da vida se inicia na 3ª semana de gestação quando o indivíduo passa a adquirir a sua individualidade como ser humano, tendo em vista, a possibilidade de divisão do embrião até 12 (doze) dias após a fecundação, podendo ainda, formar duas ou mais pessoas (MALUF, 2010).

A vida é o bem supremo da existência, seu valor mais precioso, disso ninguém duvida. Vem antes de qualquer outro direito, ou seja, prevalece sobre todos os demais – o princípio do primado do direito a vida prevalece então em face dos outros direitos nos casos de conflito. De sua proteção emanam todos os direitos e deveres dos homens. Seja oriundo das leis, dos códigos morais, dos costumes, da ética (MALUF, 2010, p. 85-86).

Assim, a luz da embriologia que “o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher” (MALUF, 2010, p. 97).

Desta forma, conclui-se que o início da vida é uma questão que varia dentro dos institutos sociais. Sendo que o modo com que cada um enxerga essa questão, é fator fundamental para o início da tutela e respeito jurisdicionais.

3.4.1 Teorias sobre o início da personalidade

Identificam-se, na doutrina brasileira três teorias acerca do início da personalidade, de tal forma a explicar a situação do nascituro na legislação atual.

O direito civil clássico sustenta desde muito tempo que a personalidade do indivíduo é adquirida a partir do nascimento com vida. Logo, esta concepção tem origens no direito romano, onde se estabelecia que o embrião era como parte da própria mãe, não possuindo assim, nenhuma independência sobre a sua própria vida (SZANIAWSKI, 2005)

Nesses moldes, a Teoria Natalista é aquela adotada pelo ordenamento pátrio atual. Tal teoria revela que a personalidade surge através do nascimento com vida, desta forma consideram que o nascituro só possui expectativas de direito, por não considerarem que o mesmo seja pessoa (SÁ; NAVES, 2009, p. 65).

Podemos perceber, na doutrina natalista, algumas justificativas para a proteção do nascituro, sem, no entanto, outorga-lhe personalidade, quais sejam: o nascituro não teria personalidade, mas tão somente expectativa de direito; o nascituro seria tutelado em virtude de um interesse público na proteção da vida (SÁ; NAVES, 2009, p. 65).

Para essa corrente então, é salvaguardado ao nascituro uma situação jurídica de expectativas que preserva os interesses futuros, mas que apenas se aperfeiçoará, com o nascimento com vida.

No entanto, tal ensinamento não é pacífico na doutrina, apresentando por sua vez, a teoria da personalidade condicional que a personalidade é adquirida na concepção, mas, desde que a criança nasça com vida (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

Sá e Naves fazem um breve comentário, sobre tal condição:

Ora, condição é cláusula voluntariamente oposta em jurídico que subordina seus efeitos a evento futuro incerto. Sendo resolutiva, a condição faz cessar esses mesmos efeitos. Assim, se nascesse sem vida, não se poderia falar em aquisição de direitos. Ao contrário, nascendo vivo, seus direitos se confirmariam (2009, p. 66).

Nesse sentido, “a proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver” (WALD, 1995, apud GAGLIANO; PANPLONA FILHO, 2013, p. 131).

No entanto, embora a proteção do nascituro esteja presente em tal teoria, não significa que a mesma, garanta a personalidade do mesmo. Assim, a questão terminológica nessa teoria é vista com impropriedade, uma vez que aquilo que é considerado um pressuposto legal pela doutrina é visto como uma condição por esta teoria.

Por último, temos a teoria concepcionista que construiu suas bases através das influências do direito francês, contando assim, com diversos adeptos. Para essa teoria, a personalidade é prevista desde a concepção. Assim, o nascituro é pessoa por estar sendo gerado, embora ainda não tenha nascido (SÁ; NAVES, 2009, p. 67).

Diferentemente da teoria da personalidade condicional, a teoria concepcionista provoca, através da própria doutrina, o ensejo de se admitirem efeitos patrimoniais ao nascituro, tendo em vista a sua personificação nesse caso (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

Adepta de tal teoria, Almeida faz um breve comentário sobre a mesma:

[...] juridicamente entram em perplexibilidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro “por este não ser pessoa”. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Cód. Chinês, art. 1º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade (ALMEIDA, 2000, p. 160).

Assim, a questão que se percebe é a falta de uniformização da doutrina com relação a essas questões. Valendo que, segundo a legislação em vigor o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal, desde a concepção legal, dos seus direitos.

Nesse sentido,

O nascituro é titular de direitos personalíssimos (como direito à vida, o direito a proteção pré-natal etc.); pode receber doação, sem prejuízo de recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos*; pode ser beneficiado por legado e herança; pode ser-lhe nomeado curador para a defesa dos seus interesses (arts. 877 e 878 do CPC); o código penal tipifica o crime de abortos; como decorrência da proteção conferida pelos direitos da personalidade, o nascituro tem direito a realização do exame do DNA, para efeito de aferição de paternidade (GAGLIANO; PANPLONA FILHO, 2013, p. 133 -134).

Pode-se dizer, então, que o Direito brasileiro, em resumo, “reconhece e protege os direitos das pessoas naturais (pessoas nascidas), assegura situações subjetivas do nascituro (aquele que se encontra no ventre da mãe), como também garante vantagens à prole eventual (seres não concebidos)” (SÁ; NAVES, 2009, p. 112).

Com isso, apesar de possuir uma posição – no que diz respeito ao início da personalidade -, o direito brasileiro é bombardeado de questionamentos advindos da própria doutrina, que possui ainda, profundas controvérsias sobre essa situação.

3.4.2 Condição do nascituro

A legislação não deixa dúvidas acerca da personalidade adquirida pela criança ao nascer com vida, mas várias são as polêmicas envolvendo o nascituro por estar diretamente relacionado à vida.

O nascituro é um ente já concebido que se distingue daquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de uma prole eventual; isso faz pesar na noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para o que nem ainda foi concebido (VENOSA, 2003, p. 161).

O nascituro então, se encontra numa situação particular, uma vez que encontra seus direitos resguardados, embora não possuindo requisitos legais de personalidade – conforme o entendimento doutrinário pátrio.

Desta forma, embora não possuir personalidade é cediço ao nascituro alguns atos da vida civil, como demonstra a atual redação do Código Civil de 2002, quais seja a possibilidade de ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação, conforme o art. 1.609, parágrafo único; nomeá-lo como curador se o; pai falecer e mãe estando grávida e não tiver o pátrio poder – art. 1.779; ser beneficiário de uma doação feita pelos pais – art. 542 e ainda, adquirir bens por testamento. No entanto, esses direitos ficarão suspensos até o nascimento com vida da criança, a partir de quando ganharão forma (VENOSA, 2003, p. 161).

Sobre o tema, aduz Almeida:

Certos direitos da personalidade são adquiridos pelo nascituro desde a concepção e independem do nascimento com vida. Porque uma de suas características é a intransmissibilidade, não se há de cogitar, neste caso, que o nascituro adquiriu, mas não transmitiu direitos, qualidade que, em regra, os direitos patrimoniais materiais têm (2000, p. 198).

Nesse sentido, pode-se dizer que o nascituro apresenta uma capacidade real de direito, mas não uma capacidade fato, uma vez existir a necessidade de representação legal nesses casos (MALUF, 2010, p. 102).

Gagliano e Pamplona Filho, acerca dos direitos da personalidade, argumentam:

Não há a menor dúvida de que o ser humano é o titular por excelência da tutela dos direitos da personalidade. Todavia, vale destacar que o instituto alcança também os nascituros, que, embora não tenham personalidade jurídica, tem seus direitos ressalvados, pela lei, desde a concepção, o que inclui, obviamente, os direitos da personalidade (2013, p. 189-190).

“O nascituro, portanto, é centro de imputação, e as situações jurídicas das quais participa, seja como direito, dever, ônus, sujeição e faculdade, dependerão do caso concreto” (SÁ; NAVES, 2009, p. 70).

Posto isso, embora as controvérsias existentes, o nascituro possui seus direitos resguardados em várias situações da qual faz parte.

3.5 TUTELA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL

Como meio de satisfazer suas próprias necessidades, o homem está sempre posicionado em um dos lados de uma relação jurídica. Deste modo, a necessidade de proteção dessas relações se faz pertinente nas mais simples situações. Assim, a personalidade se apresenta de maneira limitadora aos demais direitos, de forma a preservar o ser humano de qualquer fato que venha coloca-lo em perigo (VENOSA, 2003).

Com isso, a preocupação com a pessoa humana contra as agressões do Poder Público é matéria de direito público prevista desde a época da Declaração dos Direitos do Homem em 1789 (RODRIGUES, 2003).

Nesse sentido, Rodrigues ressalta a relevância da proteção desses direitos:

O reconhecimento desses direitos no campo do direito público conduz a necessidade de seu conhecimento no campo do direito privado; neste caso, encaram-se as relações entre particulares e o jurista se propõe a proporcionar meios para defender esses direitos não patrimoniais na mais contra a ação do poder público, mas contra as ameaças e agressões advindas de outros homens (2003, p. 62).

Embora a Constituição Federal não possua uma cláusula geral expressa que disponha sobre os direitos da personalidade, o constituinte garantiu a inclusão de direitos, como por exemplo: o direito à vida, à intimidade à igualdade, entre outros, com intuito de proteger a pessoa humana, já que representam categoria de direitos especiais de personalidade (SZANIAWSKI, 2005).

Nossa Constituição, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece a tutela o direito geral da personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo (SZANIAWSKI, 2005, p. 137).

No entanto, o fato de não possuir uma cláusula geral, não significa que a Constituição não tenha absorvido da doutrina o direito geral da personalidade⁴, prevendo a proteção da mesma, já em seu preâmbulo, representando claramente a construção de um Estado Democrático de Direito,

Destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, como solução pacífica das controvérsias [...] (BRASIL, 2014b).

No tocante a tutela dos direitos da personalidade, prevê ainda, a Constituição Federal em seu art. 5º, X o seguinte: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação” (BRASIL, 2014b).

Nos casos de violação de direitos da personalidade, a lei põe a salvo, a proteção dos mesmos, mediante indenização, de forma a resguardá-los de qualquer ameaça. O Código Civil prevê também, a tutela dos direitos da personalidade em seu capítulo II, artigos 11 a 21. Esses princípios, segundo Venosa, “devem orientar a doutrina e o julgador, pois pertencem, em síntese, aos princípios gerais do direito” (2003, p. 152).

Assim,

Tutela geral dos direitos da personalidade compreende modos vários de reação, que permitem ao lesado a obtenção de respostas distintas, em função dos interesses visados, estruturáveis, basicamente, em consonância com os seguintes objetivos: a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos dessas práticas; c) submissão do agente a cominação da pena; d) reparação de danos materiais e morais; e e) perseguição criminal do agente (BITTAR; BITTAR FILHO, 1999, p. 49).

Nesse sentido, a proteção dos direitos da personalidade se apresenta no ordenamento jurídico de maneira preventiva – evitando a concretização da lesão ou ameaça desses direitos, através do ajuizamento de ação cautelar ou até mesmo por ação ordinária com pedido de multa cominatória -; e ainda, de maneira repressiva – onde há a imposição de pagamento de indenização, em casos de sanção civil ou persecução penal, quando a sanção for penal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

⁴ Concernente aos princípios fundamentais do Estado brasileiro, protegendo a dignidade humana e a prevalência dos direitos fundamentais do homem, garantindo-os (SZANIAWSKI, 2005, p. 136-137).

Assim, conclui Bittar e Bittar Filho que

Para tutela desses direitos, existem diferentes sanções: indenização pelo dano moral, indenização patrimonial e pena pelo atentado (ações cumuláveis). Admitem-se também opções específicas para confessar-se ou negar-se um dos direitos da personalidade, bem como medidas acautelatórias, em que se sobressai a busca e apreensão de material violador (2003, p. 49).

Desta feita, ninguém pode renunciar os direitos da personalidade, uma vez estarem ligados à dignidade da pessoa humana. Desse modo, “ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar a liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos no campo da família, por exemplo” (VENOSA, 2003, p. 152).

Uma vez que, concluímos, “que os direitos da personalidade devem assumir posição jurídica autônoma, por constituírem verdadeira categoria de direito, com objetivo, natureza jurídica e características singulares”. (LEITE, 2001, p. 150). Abrangendo a todos de maneira igualitária e absoluta, em qualquer situação que estiverem inseridos.

4 LIMITES DAS PRÁTICAS NEOEUGÊNICAS DIANTE DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Os sucessivos progressos no ramo científico e tecnológico exigem constantemente soluções jurídicas que desafiam o nosso próprio ordenamento jurídico, que se vê muitas vezes perplexo, com tantas mudanças ocorridas.

Tais progressos encontram total ligação com o surgimento de novas doenças, novos tratamentos entre outras descobertas ligadas ao ramo da genética que acabam incentivando o crescimento e amadurecimento da própria ciência (MALUF, 2010).

No entanto, toda essa evolução científica aliada a maior liberdade dada aos indivíduos – no tocante às técnicas de procriação - vem gerando inúmeras indagações no sentido de se estabelecer até onde toda essa intervenção é juridicamente possível e aceita, mais precisamente na área do Direito Privado como aquelas questões relacionadas à personalidade do ser humano.

4.1 DO SURGIMENTO E AVANÇO DAS PRÁTICAS NEOEUGÊNICAS

Alguns anos se passaram e a eugenia difundida por Francis Galton – que cultuava o melhoramento da raça humana, através da aplicação das Leis de Hereditariedade, volta aos dias atuais como uma roupagem diferenciada, qual seja, o da manipulação genética e a seleção de embriões⁵.

No que diz respeito ao conceito, ensina Meirelles:

O termo neoeugenia é usado em referência às formas contemporâneas, trazidas pelos avanços da medicina especializada e da biotecnologia, de propiciar escolhas seletivas, pautadas em critérios que são formados a partir das informações trazidas pelos recursos empregados no processo procriativo (2014, p. 12).

A Neoeugenia ou Nova Eugenia – como muitas vezes é chamada – trouxe um aparato totalmente diferenciado de tudo aquilo visto antigamente pela humanidade, uma vez que se encontram embutidos nela, desejos do atual estágio científico, quem nem sempre apresenta os verdadeiros riscos que se encontram por de trás de toda essa gama biotecnológica (FRAGA; AGUIAR, 2010).

⁵ Escolha de embriões produzidos por fertilização assistida a partir do diagnóstico pré-implantação. (ZATZ, 2011, p. 201).

Essa nova eugenia se relaciona com a ideia de aprimoramento de certas características, em contraposição à “velha eugenia”, que visava à eliminação de características indesejáveis. Mas as duas tem em comum um suposto aprimoramento da espécie humana (ZATZ, 2011, p. 120).

Nesse sentido, as práticas neoeugênicas acabam sendo difundidas, geralmente, como sinônimo de cura ou intransmissibilidade de determinadas doenças que assombram milhares de pessoas por conta de sinais hereditários. No entanto, essa propagação desenfreada acaba trazendo consigo uma série de incertezas e preocupações, no que tange a eficácia e a beneficência desses métodos (MEIRELLES, 2014).

A neo-eugenia, diversamente da tradicional, além de utilizar métodos ainda não bem conhecidos e acessíveis para a grande maioria da população, pelo menos em nosso país, se reveste de incertezas e temores quanto ao futuro dos seres que a ela se submetem como também no que diz respeito à evolução da espécie humana, uma vez que interfere no curso natural do patrimônio genético humano (FRAGA; AGUIAR, 2010, p. 183).

Contudo, apesar de todo avanço tecnológico, bem como as diferenças já mencionadas, as práticas atuais, acabam preservando a mesma maneira coercitiva que antigamente, fazendo com que seja interpretada, tal qual, os interesses passados.

Sendo assim não é difícil reconhecer um ponto em comum entre a eugenia tradicional e a neo-eugenia, uma vez que hoje, em função de interesses econômicos e sociais se age da mesma maneira coercitiva que antes, quando se obedecia a uma finalidade de purificação racial, sacrificando direitos individuais fundamentais em atendimento a anseios coletivos. (FRAGA, 2011, p. 195)

Com isso, embora o momento histórico seja outro e as técnicas utilizadas atualmente mais modernas, as consequências geradas continuam relacionadas à velha purificação racial.

4.1.1 Neoeugenia e práticas reprodutivas

Nos dias atuais, falar sobre a reprodução humana é algo muito mais complexo que antigamente, tendo em vista, o grande salto dado por esta em relação aos métodos antigos e exclusivos de se ter um filho.

Os avanços da biociência e da biotecnologia permitiram que o sonho mítico viesse a se tornar realidade. As modernas técnicas de inseminação assistida e fertilização artificial tornaram este “milagre” praticamente um fato “normal”, não fossem as dúvidas sobre o desrespeito aos ritmos naturais da vida humana e valores éticos (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 85).

Assim, a relação homem e mulher não mais significa a única forma de se gerar um bebê e nesse contexto, a reprodução assistida⁶ proporcionou a realização, não apenas, de se ter um filho, mas a efetivação de experiências envolvendo embriões humanos.

Nesse contexto, Junges nos revela que:

O âmbito humano, mais envolto em mistério e reservado absolutamente a Deus, foi sendo desvendado e controlado pelo engenho humano. O desvendamento dos processos gerativos e as técnicas de inibição, correção e substituição da reprodução natural deram tal controle sobre a procriação humana que a mulher pode decidir se quer ou não ter filhos, em que momentos os quer gerar, a quantidade de filhos que deseja, o modo como serão gestados e, até o sexo e as suas características (1999, p. 148).

Desta forma, o paradigma atual da modernidade revela inúmeras transformações tecnológicas que foram capazes de dominar a própria natureza. A reprodução humana acabou sendo desvendada juntamente com sua estrutura e processos. Assim, o que foi colocado à disposição para se gerar um filho, acabou tomando caminhos com finalidades distintas (JUNGES, 1999).

Nessa perspectiva, a medicina supera a sua função puramente terapêutica e instaura uma medicina do desejo, pois as técnicas procriativas não curam, apenas substituem. Assim, a medicina coloca-se a serviço da satisfação dos desejos humanos e estes são ilimitados. Essa dimensão coloca novos desafios éticos não contemplados por uma medicina puramente terapêutica (JUNGES, 1999, p. 148).

Nesse sentido, a evolução do conhecimento científico dedicado às técnicas de reprodução humana acabou por provocar assim, o aparecimento de questões relacionadas à figura íntima do ser humano de forma a exigir a fixação de critérios capazes de controlá-las, quando relacionadas à ameaça de direitos (MALUF, 2010).

⁶ Por reprodução assistida entende-se “o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana” (RIBEIRO, 2002, p. 286).

[...] a possibilidade de manipulação cromossômica tornou-se não só possível, como real, atendendo a objetivos lícitos ou não, mas que, de qualquer forma propicia uma modificação lenta e gradual (e no caso da terapia germinal, imediatamente transmissível), do conteúdo genético da espécie (FRAGA; SILVA, 2010, p. 125).

A incidência neo-eugênica nesse tipo de prática reprodutiva é cada vez mais frequente, uma vez que se encontra muitas vezes salvaguardada pelo manto protetor da cura e da beneficência.

Nem todo progresso técnico na área das ciências da vida significa sempre progresso humano e benefício real para as pessoas. Nem tudo que é tecnicamente possível é eticamente justificável. A onipotência do cientista, muitas vezes a serviço de interesses econômicos e sem nenhum controle sobre a sociedade civil, vem sendo sempre mais questionada. Por isso, é importante levantar os problemas éticos de qualquer técnica na qual esteja implicada a pessoa humana (JUNGES, 1999, p. 152).

Nesse prisma, atendendo a objetivos lícitos ou não, faz-se necessário uma análise das técnicas biomédicas atuais, mesmo àquelas com fins altruísticos, uma vez que poderão estar colocando em risco, o gozo das prerrogativas constitucionais asseguradas a todos os indivíduos indistintamente, como por exemplo, à vida, à dignidade, à intimidade entre outras.

4.1.2 A escolha do sexo

Saber o sexo da criança é umas das questões enfrentadas por todos os futuros papais e mães. A descoberta do sexo do bebê desperta uma série de expectativas e ansiedades nos futuros pais, que vão desde a escolha do enxoval até ao modo de tratar e educar a criança.

Nesse sentido, os métodos de determinação do sexo dos filhos é uma questão concebida desde muito tempo, na literatura antiga e no folclore dos mais diversos países. Aos poucos essa questão foi ganhando o campo científico e por volta de 1890, pesquisas apontaram sobre a diferença cromossomal entre homens e mulheres (VARGA, 2005).

O aperfeiçoamento da técnica inicial de fecundação *in vitro* deu origem a várias outras [...]. Muitos são os questionamentos que seguiram à sua difusão. O primeiro deles diz respeito às novas técnicas que vem sendo aplicadas sem que se dê o tempo necessário para sua experimentação. Uma determinada técnica, aplicada sem escrúpulos e sem devida testagem

– muitas vezes a fama de seu criador ou o lucro do laboratório tem preferência – pode resultar em graves consequências para a vida da mãe ou do feto (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 91).

Atualmente, existem dois métodos para tanto, tornando-se a escolha do sexo do bebê cientificamente possível pra quem tiver meios para tanto. Uma dessas técnicas se utiliza do isolamento do espermatozóide que contiver o cromossomo X ou o Y, conforme o desejo do casal em se ter um menino ou uma menina, nesses casos a mulher será fertilizada com aquele desejado (ZATZ, 2011).

O processo, conhecido pelo nome comercial de *Micro Sort* é desenvolvido originalmente em uma clínica de fertilização *in vitro* nos Estados Unidos, baseia-se no fato de que o cromossomo Y, que define o sexo masculino, tem menos material genético que o cromossomo X, do sexo feminino. Isso o torna mais leve. De maneira geral, seria como colocar os espermatozóides em um tubo de ensaio. A porção inferior estará enriquecida com espermatozóides mais pesados, e, portanto com maior chance de gerar uma menina, enquanto da porção superior será o oposto. O sucesso é maior em casos de menina (cerca de 88% para meninas e 73% para meninos) (ZATZ, 2011, p. 84).

Já o outro método, é chamado de Diagnóstico Genético Pré-implantação – DPI, mais complexo e eficaz também.

Para os casais submetidos à fecundação *in vitro*, é possível fazer a seleção antes de o óvulo fecundado ser implantado no útero. Os ovos são fertilizados e cultivados para o estágio de oito células (cerca de três dias). Em seguida, são testados. Se aquela célula tiver dois cromossomos X, será uma menina; e, se tiver um X e um Y, será do sexo masculino. Isso se o embrião for transferido e a gravidez for a termo. Somente aqueles do sexo escolhido são implantados (ZATZ, 2011, p. 84).

No Brasil, conforme a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina é proibida qualquer prática que atente a escolha do sexo do bebê, a não ser, em casos relacionados a doenças diretamente ligadas ao sexo. No entanto, existem alguns países que essas práticas são perfeitamente possíveis, seja pelo vácuo legislativo existente ou pelo simples motivo de experimentação (ZATZ, 2011).

Em Israel, por exemplo, ficou decidido que se o casal tiver quatro filhos do mesmo sexo, e desejar uma quinta criança, será permitido que façam a utilização do DPI, como forma de escolha do sexo do próximo filho (ZATZ, 2011).

Na China e Índia, a preferência pelo sexo masculino é evidente e marcada por determinados valores culturais, religiosos e até mesmo, econômicos. Na China especialmente, a política do Filho Único – instituída para controle do

aumento da população – é uma das causas dessa preferência, uma vez que o casal poderá ter apenas um filho (ZATZ, 2011).

Por outro lado, é muito interessante observar que a escolha de um sexo ou do outro pode mudar em função de fatores que nada tem a ver com as preferências familiares. [...] Ter nascido menina como resultado do acaso (mesmo no caso de pais que desejavam ardentemente que isso ocorresse) é qualitativamente diferente de ter nascido uma menina como resultado da escolha do sexo (ZATZ, 2011, p. 88-89).

Assim, o futuro dessa criança não estará determinado apenas pelo seu sexo, mas sim, por uma série de motivações e expectativas ao se decidir a seleção do gênero da mesma.

Deveriam os filhos ser dados à luz para realizar os desejos dos pais? A pré-seleção artificial traz consigo o perigo de as crianças tornarem-se simplesmente meios para os pais atingirem certos objetivos. Que reação terão os filhos, quando souberem que seu sexo foi pré-determinado pelos pais com vistas a certos objetivos? Parece que procriação dos filhos, sem pré-seleção de sexo, seria eticamente preferível à escolha do sexo do bebê (VARGA, 2005, p. 219).

Sobre o tema, Zatz, aduz:

Sou a favor do diagnóstico pré-implantação para evitar doenças genéticas, mas não por motivos fúteis, como a escolha do sexo. Aliás, fico imaginando aquele adolescente que hoje provoca os pais dizendo “eu não pedi para nascer”, vociferando “eu não queria ser menina, queria ser homem” ou vice e versa (2011, p. 86).

Na mesma linha, dispõe o Conselho Federal de Medicina sobre a sua repugnância a qualquer prática de seleção sexual em reprodução assistida, que não seja utilizada exclusivamente para evitar ou prevenir doenças ligadas ao sexo do bebê (FRAGA; AGUIAR, 2010).

Vale vislumbrar, portanto, o grande caos que acarretaria toda essa seleção sexual, em relação à disparidade entre o número de homens e mulheres em determinada região ou até mesmo em todo país.

O número de homens e mulheres, pelo menos em torno da idade núbil dos 20 anos, é agora mais ou menos igual. Um significativo desequilíbrio desta proporção poderia ter sérias consequências éticas. A instituição monogâmica do matrimônio está baseada numa proporção equilibrada dos dois sexos. Se houver mais homens do que mulheres, ou vice-versa, muitas pessoas serão incapazes de encontrar um parceiro matrimonial, a não ser que seja introduzida alguma forma de poligamia. A luta pela igualdade dos sexos também poderia sofrer um revés (VARGA, 2005, p. 220).

Com isso, tem-se uma problemática pertinente com relação ao assunto, principalmente no que diz respeito ao direito da personalidade desse embrião que já se encontra à disposição dessa pré-seleção, a fim de satisfazer um mero desejo.

4.1.3 Seleção das características

Já se fala em design de criança, desde que o biólogo molecular Lee M. Silver lançou a sua obra “De volta ao Éden” (*Remaking Eden: how cloning and beyond will change the human Family*), em 1997. Em seu estudo, Lee, trata sobre a possibilidade de escolha dos pais de no futuro terem filhos mais bonitos, Inteligentes ou livres de infecções (ZATZ, 2011).

Não se trata de modificar genes dos descendentes para que eles não tenham doenças fatais, ou mesmo que afetem irremediavelmente a sua qualidade de vida, mas de selecionar, entre vários embriões, um ou outro com as características desejáveis (ZATZ, 2011, p. 119).

A primeira hipótese de seleção foi levantada por James Watson considerado pai dessa ciência, juntamente com Francis Crick, após a descoberta da dupla hélice do DNA (ZATZ, 2011). A partir daí, todos os caminhos levaram a chamada Neoeugenia, tendo em vista esse turbilhão de possibilidades apresentados pela própria ciência.

Diferentemente das práticas eugênicas tradicionais que normalmente abrangiam uma grande quantidade de pessoas, as práticas neo-eugênicas dizem respeito à esfera individual, permeada muitas vezes pela relação médico-paciente, uma vez que são quase sempre pertinentes à saúde de um indivíduo ou casal interessado, ao conceito (quando se trata de técnicas de reprodução assistida), seus familiares, e às gerações futuras através da possibilidade da não preservação do genoma humano, patrimônio da espécie (FRAGA; AGUIAR, 2010, p. 125).

Atualmente, os avanços com o genoma humano⁷ e a aplicação do diagnóstico pré-implantação permitem a seleção de algumas características como, por exemplo, cor dos olhos, cabelo, altura, bem como aquelas relacionadas a algumas doenças. No entanto, a genética impõe limitações, mesmo nesses casos. Para que ocorra a seleção das características desejáveis como, por exemplo, a cor

⁷ A sequência completa do DNA contendo toda a informação genética de um organismo ou de uma população (ZATZ, 2011, p. 196).

dos olhos, é necessário que no genoma de um dos pais ou dos dois esteja presente a característica almejada (ZATZ, 2011).

Como o DPI⁸ é um procedimento que requer fertilização *in vitro*, vale ressaltar que esta, resulta somente de uma pequena quantidade de embriões fertilizados, assim, “a probabilidade de um embrião herdar a combinação correta de variantes genéticas para ter os traços desejados pode ser pequena demais para valer à tentativa” (ZATZ, 2011, p. 120-121).

Posto isto, tem-se que a utilização dessas técnicas devem ser aplicadas em questões realmente sérias, como nos casos de desenvolvimento de doenças hereditárias ou letais.

Em outras palavras – a par de uma legislação atualizada e vigilante – é imprescindível e urgente que a comunidade científica tenha sempre presente que a ciência é precioso dom de Deus, que deve ser usada pelo homem visando ao bem e ao progresso da humanidade, com o cuidado de não alterar o indivíduo excessivamente em suas características, a ponto de desnaturá-lo e quebrar-lhe, completamente, a sua própria identidade (LEITE, 2001, p. 374).

Assim, apesar do sucesso da reprodução humana assistida, que gera grande interesse na população, esta deve ser vista com cautela, pois o uso de uma liberdade, constitucionalmente garantida, pode lesar interesses ou bens jurídicos fundamentais à pessoa humana, a saber, a própria vida, a integridade física e moral, a privacidade, o conhecimento de sua origem biológica, o acesso à biparentalidade⁹, entre outros (MARTINS, 2003 apud MALUF, 2010, p. 160).

Com isso, fica claro entender que a ciência não pode colocar em risco todo um legado hereditário apenas para satisfazer a vaidade dos pais com relação a sua futura prole.

⁸ Diagnóstico realizado em uma ou mais células de um embrião gerado por fertilização *in vitro* antes de ser implantado no útero. O DPI permite identificar alterações nos cromossomos e algumas mutações genéticas em famílias que já tiveram indivíduos afetados (ZATZ, 2011, p. 194).

⁹ O emprego da procriação humana artificial deve garantir a incondicionalidade da procriação do filho para ser atribuído exclusivamente a um pai e a uma mãe [...], além de garantir ao filho um meio familiar adequado, que não o exponha a situações de incerteza quanto à sua filiação (ZANNONI, 1998, apud VENOSA, 2004, p. 294).

4.2 EFEITOS QUE POTENCIALMENTE INTERFEREM NOS DIREITOS À PERSONALIDADE

Como já mencionado, a era dos avanços genéticos e da tecnologia reprodutiva, traz consigo inúmeras questões, no que diz respeito à tutela dos direitos da personalidade, mais precisamente, no que diz respeito ao embrião humano. Mesmo porque, o desdobramento da manipulação genética, por hora, vem extrapolando os limites previstos para essas descobertas (ZATZ, 2011).

No entanto, falar dos efeitos que potencialmente interferem no direito a personalidade é matéria de extrema complexibilidade, tendo em vista o próprio meio que esta se desenvolve e todo emaranhado de teorias envolvendo a sua própria aplicação. Mesmo porque, na atualidade, a Lei Civil determina como marco de aquisição de direitos personalíssimos, o nascimento com vida (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013), muito embora a existência de contradições nessas questões, como por exemplo, aqueles seguidores da doutrina concepcionista.

Assim, embora toda essa discussão em torno do início da aplicação dos direitos da personalidade, Maluf (2010) comenta sobre a essencialidade e o embasamento do direito à vida, nesses direitos. Para autora, a vida se manifesta desde o seu primeiro estágio, o que levaria a entender a consagração dos direitos a personalidade a este indivíduo.

A vida passa ser, então, um bem jurídico tutelado como direito fundamental desde a concepção – em seu momento específico –, que comprova cientificamente a formação da pessoa [...], o direito à vida, por ser personalíssimo, liga-se a pessoa até a sua morte, abrangendo o ser humano desde o momento da concepção, sob condição do nascimento com vida, e permanece integrando à pessoa até a sua morte (MALUF, 2010, p. 88-89).

Sobre o mesmo prisma, comenta Szaniawski

É a vida que dá origem à personalidade do ser humano, devendo ser lembrado que a vida já existe nas células germinativas dos pais do indivíduo. Desta maneira, o direito à vida existe em qualquer ente humano, independentemente do seu nascimento, de sua classe social, de seu estado psíquico ou físico ou do lugar onde esteja vivendo, quer entre nós, quer entre o ventre materno, quer em tubo de ensaio, são todos seres humanos vivos, portadores de personalidade e com direito a vida (2005, p. 146).

Nesse sentido, qualquer intervenção, seja esta para determinar alguma característica, ou mesmo, selecionar o sexo desejado, estaria colocando em risco a

própria integridade e vida deste pequeno ser, que tanto se transforma e luta para nascer (MALUF, 2010).

O que se percebe, então, não é apenas a intervenção do direito a personalidade em si, mas todo o emaranhado de direitos especiais a ele agregados, como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, entre outros direitos – provenientes da dignidade da pessoa humana, considerado princípio matriz - que vão além destes arrolados pelo art. 5º da Constituição Federal (SZANIAWSKI, 2005).

Com isso, toda pessoa que foi concebida tem o direito de nascer, desenvolvendo assim, a sua personalidade, as suas características, a sua materialidade, não tendo impedida a sua vez de viver (SZANIAWSKI, 2005).

Consoante esta ideia, aduz Junges:

O uso de embriões vivos excedentes para experiências que poderão trazer benefícios futuros para o aperfeiçoamento da fecundação e gestação não se justifica em nenhum caso, assim como não se justifica manipular qualquer pessoa a serviço de interesses científicos, porque significa a sua redução a meio e a consequente negação da sua dignidade. A ciência deve progredir, mas não através de meios que firam a dignidade humana. Ela precisa ser criativa e buscar caminhos alternativos de pesquisa que atinjam a integridade física do embrião e de qualquer ser humano (1999, p. 153).

Com isso, toda técnica utilizada, seja por reprodução assistida ou por qualquer outro meio que venha a colocar em risco a própria dignidade do ser humano não interferem apenas nos direitos à personalidade e no exercício deles, mas em todo emaranhado de direitos e princípios que neles estão embutidos.

Assim, os efeitos que potencialmente interferem no direito à personalidade estão relacionados ao poder de exercer com dignidade a própria vida, com suas próprias particularidades, bem como, o risco que se tem da perda da própria identidade e de toda uma herança genética.

4.2.1 Tutela da personalidade do embrião humano

A tutela da personalidade jurídica do embrião é tema de diversos entraves. Até o momento, várias são as discussões sobre o assunto, sendo geradas as mais diversas opiniões.

Sobre o tema, Sá e Naves (2009) dissertam sobre a impossibilidade dos mesmos, serem considerados pessoas, tendo em vista, que a norma jurídica não lhes possibilitou a participação no universo jurídico.

É certo que o embrião humano é passível de tutela, porém o ordenamento jurídico não lhe imputa situações jurídicas. Assim, não há como considerar detentor de direitos subjetivos, deveres jurídicos, direitos potestativos, sujeição, poderes, ônus ou faculdades (SÁ; NAVES, 2009, p. 125).

No entanto, argumentam que o fato de não serem considerados pessoas, não os remetem a classificação como coisa (SÁ; NAVES, 2009).

Com ponto de vista diferenciado, Zatz (2011) ensina que independente de ser ou não pessoa humana em sua plenitude, o embrião pertence à espécie humana e tem todas as suas potencialidades. Por isso, merece o seu devido respeito a qualquer prática que reduza a sua dignidade.

Os embriões distinguem-se de bebês por não figurarem como pessoas e não serem representados juridicamente como seres humanos; os embriões também são distintos dos fetos, nome dado ao embrião a partir da oitava semana *post fertilisationem*, quando a gênese orgânica embrionária encontra-se já concluída ou está em fase de conclusão (HECK, 2011, p. 118).

Assim, o embrião que se desenvolve a partir do início da vida humana, segundo Meirelles (2003), já significa uma pessoa em andamento, e não um simples processo.

É preciso lembrar, segundo Meirelles,

[...] que os embriões de laboratório podem representar as gerações futuras; e, sob ótica oposta, os seres humanos já nascidos foram, também, embriões, na sua etapa inicial de desenvolvimento (e muitos deles foram embriões de laboratório). Logo, considerados os embriões humanos concebidos e mantidos *in vitro* como pertencentes à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, pela via da similitude, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo a dignidade humana e a proteção ao direito a vida. Inadmissível dissociá-los desses que são os fundamentos basilares de amparo aos indivíduos nascidos, seus semelhantes (2003, p. 93).

No mais, no que tange ainda, aos direitos do embrião, entende Diniz (2010) que tem o embrião personalidade jurídica formal relativa aos direitos da personalidade, adquirindo uma personalidade jurídica material quando do nascimento com vida.

Nesse sentido, a proteção do direito à vida assegurada pela Constituição Federal resguarda além da dignidade humana, a vida, de maneira a protegê-la indistintamente. Ficando claro, que não há no texto constitucional o estágio da vida humana que deve ser protegido (MALUF, 2010).

O embrião não é ainda, pessoa humana em plenitude, mas pertence a espécie humana e tem todas as potencialidades para tornar-se pessoa. Neste sentido, ele é “ascrito” à humanidade e merece a solidariedade ontológica por sua proximidade e identificação com a espécie humana e, por isso, atribui-se a ele a dignidade pessoal. Portanto, exige o respeito devido a quem tem dignidade pessoal. Qualquer redução do embrião a meio para outros fins é um desrespeito à sua dignidade (JUNGES, 1999, p. 153).

Embora a discussão acerca de tais direitos, a humanidade não pode mais sofrer com as desilusões e decepções em relação às condições de vida, impostas pelas incertezas políticas e científicas (MEIRELLES, 2003).

Assim, embora a discussão nesta seara do direito seja fervorosa, o direito à vida e suas limitações devem ser respeitados de qualquer intervenção que venha interferir no exercício da sua própria dignidade.

4.3 LIMITES DAS PRÁTICAS NEOEUGÊNICAS NO TOCANTE AO GOZO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Direito se ampara em diversos segmentos, a fim de tutelar esses direitos de qualquer ameaça que por ventura, vierem sofrer. Com isso, a bioética representa uma das disciplinas de apoio, nesses casos, “que surgiu com a preocupação de levantar critérios morais para toda conduta humana na qual está implicada a vida. Apresenta-se como um saber que objetiva a sobrevivência humana num contexto em que a vida está ameaçada por diversos fatores” (JUNGES, 1999, p. 71).

A Bioética definirá quais os comportamentos morais a serem adotados de acordo com cada situação específica, sem ferir qualquer código e impedindo que ocorra qualquer “choque” entre as leis e as pessoas envolvidas (MATTAR, 2003).

Mesmo porque, “a pessoa humana é fundamento de toda reflexão e de toda a Bioética. A vida humana é sagrada, porque é algo bom e de valor. Sua qualidade deve ser preservada” (MATTAR, 2003, p. 149).

Por Bioética ainda, pode-se entender, como:

[...] o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera-se, portanto, questões onde não existe consenso moral [...] (MALUF, 2010, p. 6).

Assim, pode-se dizer que existe uma interdependência entre o direito e a ética, que conforme Junges, se explica da seguinte forma:

Tendo o mesmo objeto de análise, as duas ordens do conhecimento prático exigem-se mutuamente. A ordem jurídica remete a ordem moral para fundamentar a validade e a vigência das normas e dos processos jurídicos e justificar os valores que sustentam a ordem constitucional (1999, p. 123).

Desta forma, o mútuo respeito entre tais disciplinas faz com que qualquer conduta seja cautelosamente estudada e não venha a interferir nos limites impostos pela dignidade da pessoa humana – que protege todo arcabouço de manifestações do ser humano -, englobando inclusive, o direito à personalidade (SÁ; NAVES, 2009).

Assim, conforme aduz em Sá e Naves:

[...] a dignidade da pessoa humana é tutelada tanto na esfera pública quanto na privada, afigurando-se esta última, construção recente, fruto de elaborações doutrinárias germânica e francesa da segunda metade do século XIX, sendo correto dizer que por direitos de personalidade entendem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior (2009, p. 58).

Nesse sentido, as práticas biotecnológicas estão cercadas de inúmeras situações e princípios – que são norteadores, inclusive da bioética – capazes de impor limitações a todo abuso decorrente de qualquer intervenção.

O princípio da beneficência, por exemplo, faz menção que a relação de um profissional da saúde para com o seu paciente deve zelar estritamente a prática do bem e da justiça (MALUF, 2010).

Nesse sentido, vemos que no caso de manifestação de circunstâncias conflitantes, deve-se procurar a maior porção possível de bem em relação ao mal para o paciente, sendo a beneficência uma ação feita em benefício alheio que obedece o dever moral de agir em benefício dos outros (MALUF, 2010, p. 11).

Em seguida, temos o princípio da justiça, que traz consigo a ideia de imparcialidade no tocante aos riscos e benefícios das práticas médicas, bem como o repúdio a práticas discriminatórias.

De certa forma, a leitura desses princípios aponta que a bioética deverá ter sempre como parâmetro, tanto para suas investigações como para suas diretrizes, a aplicação prática de seus princípios norteadores, que conseqüentemente serão utilizados pelo Direito num momento oportuno, zelando sempre pelo bem estar do ser humano (MALUF, 2010).

Assim, conforme comenta Leite:

O ser humano, independente do estágio de evolução científica que eventualmente nos encontremos, continua sendo ser humano, na sua mais integral e perfeita constituição. Assim, os atos tecnocientíficos praticados sobre o ser humano, quer embrionário, quer adulto, não podem ser considerados em níveis distintos, como pretendem certos segmentos científicos. (2001, p. 105).

Desta feita, não deve o direito aceitar que a ciência demonstre-se contrária à natureza humana e sua dignidade, não podendo a bioética e o direito, admitirem, conforme Diniz, “a adoção de qualquer conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa retirando dela a sua dignidade e o respeito a uma vida digna” (2007, p. 16).

Estes atos 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 (PEGORARO apud LEITE, 2001, p. 105).

Mesmo porque, procriar não é fabricar. A fabricação leva em conta a modelação da matéria até se chegar ao produto desejado, caso contrário, haverá o descarte do mesmo. Procriar, portanto, é algo diferente, segundo Junges,

Procriar significa projetar no tempo, ousar um ato de fé e esperança na vida, em si mesmo, em confronto com o cônjuge e o futuro filho. Gerar um filho significa enfrentar o desconhecido, confrontar-se com a surpresa de o filho revelar-se diverso do que era programado. Significa desculpar e perdoar o filho pelas decepções que poderá provocar ao nascer e escolhê-lo na sua individualidade e identidade próprias. No fundo de toda procriação autenticamente humana, existe esperança e acolhida do desconhecido (1999, p. 154).

Com isso, o fato de projetar para o mundo uma nova vida não dá o direito de apropriação sobre a mesma. O ser gerado deve ter respeitada a sua intimidade e conseqüentemente a sua própria personalidade, que mesmo aparentemente tão frágil e inicial, já possui autenticidade suficiente para dar ao mesmo *status* de pessoa humana (MALUF, 2010).

Gerar um filho é tê-lo para vida. É recebê-lo de braços abertos, apesar das suas próprias indiferenças, com isso qualquer prática que venha modificar a sua própria intimidade, quer por seleção de sexo, quer por alteração das próprias características entram em confronto com a identidade desse novo ser. Mesmo porque, o direito dos pais sobre os seus filhos vai até o início do direito desses, que no caso, estariam delimitados pela sua personalidade, que corre o risco de ficar abalada, num futuro não tão distante.

Por fim, conclui-se que a ética, a bioética e o biodireito estão unidos para salvaguardar o ser humano – por ele compreendido também o embrião -, de qualquer ameaça que por ventura vierem a enfrentar, através dos seus princípios e das suas condutas regadas de moralidade em prol da sobrevivência humana com dignidade.

5 CONCLUSÃO

A busca incessante pelo aperfeiçoamento da raça humana é uma questão marcante na sociedade desde a antiguidade – onde o incentivo da reprodução pelos indivíduos “superiores” revelavam o desejo da busca de seres humanos cada vez mais perfeitos. As tentativas de reformas sociais incentivadas pela sociedade eugênica deixaram marcas de discriminação que assombram a humanidade até hoje.

Atualmente o desejo de se gerar um filho “perfeito” e livre de qualquer anomalia incentivou o avanço da própria ciência que não mediu esforços para por em prática todo esse emaranhado tecnológico e satisfazer enfim, os desejos e vaidades impostos pelos pais.

Nesse sentido, o que se assiste é uma ciência cada vez mais sem limites e fronteiras, aliada aos incontrovertidos anseios dos pais que são capazes de passar por cima de qualquer conceito, *status* ou religião para ter no aconchego do seu colo uma prole “sua” que talvez não tão sua pela perda da “sua” própria identidade.

Assim, embora indiscutível a natureza humana do ser humano embrionário, sua defesa se faz necessária dentro do ordenamento jurídico. Cumprindo esta função, sua vida deve ser protegida em sua totalidade não importando sua forma manifesta.

Desta forma, a embriologia nos revela que o embrião humano é a expressão do futuro, representando por tanto, aos anseios de uma nova vida. Nessa magnitude, a ampliação temporal no campo dos direitos da personalidade torna-se fator essencial para que a manipulação genética não tome maiores proporções e interfira no gozo desses direitos, inerente à pessoa a sua dignidade e constitucionalmente assegurado a todos.

Posto isto, o direito deve tutelar, prioritariamente, a vida humana mesmo que em sua forma rudimentar e frágil, proporcionando a mesma proteção do ser humano nascido. Mesmo porque, ao se permitir a coisificação do embrião pelo ordenamento jurídico, por ser ele um ser indefeso, estar-se-á permitindo que a ordem jurídica decida que tipo de ser humano é ou não titular de direitos.

Por fim, conclui-se que neoeugenia nada mais é que o aperfeiçoamento de uma política discriminatória pregada pelos nossos próprios antepassados, os

quais visavam uma sociedade “limpa” das mazelas étnicas, culturais e econômicas oriundas da nossa própria colonização.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 13 abr. 2014a.

_____. Constituição de República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2014b.

CONT, Valdeir del. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. **SciELO**, São Paulo, v. 6, n. 2, p.201-218, jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S167831662008000200004>. Acesso em: 17 out. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIWAN, Pietra. **Raça Pura**: Uma história da eugenia no Brasil e no mundo. 2. ed São Paulo: Contexto, 2013.

FRAGA, Ivana de Oliveira; AGUIAR, Mônica Neves. Neoeugenia: o limite entre manipulação gênica terapêutica ou reprodutiva e as práticas biotecnológicas seletivas da espécie humana. **Revista Bioética**, Brasília, v. 18, n. 1, p.121-127, 2010.

FRAGA, Ivana de Oliveira. **O conteúdo jurídico do conceito de beneficência estrita em face da experiência neoeugênica**: do limite entre técnicas terapêuticas e reprodutivas e práticas eugênicas da espécie humana. 2011. 299 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOLDIM, José Roberto. Eugenia. 1988. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eugenia.htm>>. Acesso em: 5 out. 2013.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

HECK, José N. **Bioética**: autopreservação, enigmas e responsabilidade. Florianópolis: Ed. UFSC, 2011.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 98-119.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos da personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 150-168.

LOPES, Bráulio Lisboa. **Direitos de personalidade. Inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8073-8072-1-PB.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

MACIEL, Maria Eunice. **A Eugenia no Brasil**. 1999. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppghist/anos90/11/11art7.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2013.

MAI, Lilian Denise. **Análise da Produção do conhecimento em eugenia na Revista Brasileira de Enfermagem – REBEn**. 2004. 196 f. Tese (Doutorado) - Curso de Enfermagem, Universidade de São Paulo Escola de Enfermagem, Ribeirão Preto, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/83/83131/tde-25112004-104241/pt-br.php>>. Acesso em: 11 out. 2013.

MAI, Lilian Denise; ANGERAMI, Emília Luigia Saporiti. Eugenia Negativa e Eugenia Positiva: Significado e Contradições. **Revista Latino America de Enfermagem**, São Paulo, p.251-258, mar. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n2/v14n2a15.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MATTAR, Maria Olga. A ética cristã e a eliminação dos embriões mais fracos no processo de reprodução humana. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Novos Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 133-161.

MEIRELLES, Ana Thereza. **Práticas Neoeugênicas e Limites aos Direitos Reprodutivos em face da Proteção ao Patrimônio Genético**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2482/1820>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Novos Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83-95.

OLIVEIRA, Fátima. **Bioética: uma face da cidadania**. 2. ed. reformulada São Paulo: ed. Moderna, 2004.

REUTERS, Thomson. Direitos de Personalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 83, p.263-284, abr. 2013.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003

SÁ, Maria de Fátima Pereira de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro" da bioética ao biodireito**. 3. ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SERRAGLIO, Lorena Pretti. Quarta Geração de Direitos. **Etic - Encontro de Iniciação Científica - Issn**, São Paulo, v. 4, n. 4, p.1-11, fev. 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1681>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **A Criminalidade Genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VARGA, Andrew C. **Problemas de bioética**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6.

ZATZ, Mayana. **Genética: escolhas que nossos avós não faziam**. São Paulo: Globo, 2011.