

LIVROS DO CONIBDH

BIOÉTICA

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
COORDENADORA

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
(Coordenadora)

LIVROS DO CONIBDH

BIOÉTICA

FDV PUBLICAÇÕES
2016

FDV Publicações

Editora responsável

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Diagramação e capa

Studio S Diagramação e Arte Visual

I Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos – I CONIBDH

Presidente do I CONIBDH – Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Comissão Organizadora – Ana Paula Rodrigues Luz Faria; Carolina Nunes de Freitas; Gustavo Gobbi Martinelli; Luana Petry Valentim; Shayene Machado Salles.

Organização – Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética (BIOGEPE)

Parceiros – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); Sociedade Brasileira de Bioética (SBB); Programa de Pós-Graduação em Bioética Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília; Prefeitura Municipal de Vitória (PMV); Red Latinoamericana y del Caribe de bioética (Redbioética/Unesco)

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP)

L788 Livros do Conibdh : bioética [recurso eletrônico on-line] / coordenadora Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. – Vitória : FDV Publicações, 2016.

Inclui Bibliografia

ISBN 978-85-68600-06-1

Modo de acesso: <http://site.fdv.br/publicacoes/>

1. Direitos humanos – Estudo e Ensino. 2. Bioética – Estudo e ensino. I. Bussinguer, Elda Coelho de Azevedo. II. Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos.

CDU 342.7:608.1

Ficha catalográfica elaborada por Ana Paula Galdino de Deus CRB 6/ES 798
2016

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da Editora
Todos os direitos desta edição reservados pela Editora FDV Publicações.

Tel.: (27)3041-3669

site: www.fdv.br

E-mail: publicacoes@fdv.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO | 7

PARTE I

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte • Janaína Reckziegel | 11

TECNOLOGIAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A QUESTÃO DOS RISCOS PARA AS MULHERES E PARA OS EMBRIÕES: A PONTA DE UM ICEBERG

Kalline Carvalho Gonçalves Eler | 25

A REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA BRASILEIRA SOBRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS INDIVÍDUOS GERADOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA VERSUS O DIREITO À INTIMIDADE DOS DOADORES DE GAMETAS

Anne Lacerda de Brito • Cristina Grobério Pazó | 38

O ANONIMATO DO DOADOR DE SÊMEN E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO GERADO

Letícia Durval Leite | 54

SERES ESQUECIDOS: A PROBLEMÁTICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Kalline Carvalho Gonçalves Eler | 68

CIÊNCIA GENÉTICA NA JUSTIÇA CRIMINAL À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Caroline Bonacossa Lima • João Guilherme Salve • Ivy de Souza Abreu | 83

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A CONTRIBUIÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Riva Sobrado de Freitas • Patricia Luzia Stieven | 104

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO USO DE COBAIAS HUMANAS EM PESQUISA DE NOVOS MEDICAMENTOS

Cristina Rodrigues de Souza • Cristina Grobério Pazó | 128

BIOÉTICA, ABUSO SEXUAL E INCESTO POLIMORFO: UM GRITO PELA POSITIVAÇÃO JURÍDICA

Lya de Oliveira Moura | 143

OS AVANÇOS DA BIOTECNOLOGIA FRENTE AOS DIREITOS DO NASCITURO E O PLANEJAMENTO FAMILIAR RESPONSÁVEL

Paulo Gomes de Lima Júnior • Fernando Castagna Ferreira | 157

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS EM EXAME: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DE QUARTA DIMENSÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Josiane Pedruzzi • Nathalia dos Santos Feu • Tauã Lima Verdan Rangel | 177

ALIMENTOS TRANSGÊNICOS EM UMA PERSPECTIVA BIOÉTICA: CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO EM SEDE DE SEGURANÇA ALIMENTAR

Bruno Oliveira Rosa • Maria Eduarda da Silva • Tauã Lima Verdan Rangel | 197

O AVANÇO DA CIRURGIA PLÁSTICA ENTRE OS ADOLESCENTES NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO PARA A BIOÉTICA

Carolina Diamantino Esser • Iana Soares de Oliveira Penna | 212

A BIOÉTICA E A EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL: UMA BUSCA POR NOVAS ALTERNATIVAS

Sabrina França Heancio • Cristina Grobério Pazó | 232

PARTE II

TUTELA DA VIDA NO ORDENAMENTO JURIDICO: INÍCIO DA VIDA O DIREITO DE NASCER, OS DIREITOS HUMANOS E AS QUESTÕES BIOÉTICAS

Paulo Gomes de Lima Júnior • Fernando Castagna Ferreira | 254

ASPECTOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS DA CONSOLIDAÇÃO DA TUTELA DO DIREITO À VIDA HUMANA

Janaína Reckziegel • Beatriz Diana Bauermann Coninck | 272

ENTRE O ABORTO E O DIREITO À VIDA: OS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM JOGO

Sirval Martins dos Santos Júnior • Cristina Grobério Pazó | 289

O SUICÍDIO ASSISTIDO NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

Cristian Ricardo Ferreira Júnior • Margareth Vetis Zaganelli | 303

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DA ORTOTANÁSIA PELA RESOLUÇÃO Nº 1.805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Lya de Oliveira Moura | 322

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA EUTANÁSIA E DA ORTOTANÁSIA PENSADOS SOB A ÓTICA DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Thaiane Fernandes de Araujo | 342

TESTAMENTO VITAL OU TESTAMENTO BIOLÓGICO: DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO NO BRASIL

Karoline Tavares Vitali • Rodrigo Mazzei | 360

O PROCESSO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO COMO “ATO JURÍDICO” E O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO COMO “CONTRATO DE PESQUISA”

Otávio Goes de Andrade | 381

O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO CONSENTIMENTO INFORMADO E À AUTONOMIA DA VONTADE NA RELAÇÃO-MÉDICO PACIENTE: BASES JURÍDICO-FILOSÓFICAS

Breno Panetto Morais | 398

DOAÇÃO POST MORTEM: PELO DIREITO DE DOAR O PRÓPRIO CORPO

Sara Caroline Léles Próton da Rocha | 414

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE DA PARTURIENTE À LUZ DA RESOLUÇÃO 368/2015 DA ANS

Cristina Grobério Pazó • Juliana Costa Zaganelli • Débora Modenesi Machado | 427

MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO: A CONTRATAÇÃO DE UM “ÚTERO” VERSUS A DIGNIDADE DO NASCITURO

Deyse dos Santos Moinhos | 446

UN BALANCE DE LA DIRECTIVA EUROPEA 2010/53/EU SOBRE DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS

Antonio Pele | 462

A PROBLEMÁTICA DA TRANSFUSÃO SANGUÍNEA EM PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

Vitor Bermond Vargas | 475

A RECUSA DA TRANSFUSÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: UMA PSEUDO COLISÃO DE DIREITOS

Lya de Oliveira Moura | 498

APRESENTAÇÃO

Esta obra, produzida a partir de trabalhos apresentados no I CONIBDH – Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos –, realizado na cidade de Vitória, nos dias 28 e 29 de maio de 2015, contém ensaios acerca da temática proposta, produzidos por pesquisadores das mais diversas regiões e com as mais diferentes formações, que se propuseram a debater o tema e submetê-lo ao olhar externo com vistas a fomentar o diálogo e construir uma aproximação entre Bioética e Direitos Humanos, tendo como ponto de partida a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, documento que representa um marco na aproximação entre essas duas áreas e que se constitui como referencial para todos que se propõem a pensar os conflitos que se apresentam no cotidiano da vida humana e para os quais são necessárias tomadas de decisão fundamentadas e balizadas por princípios pretensamente universais.

Sem a pretensão de configurar-se como uma obra de homogeneidade e densidade teórica, em razão de sua natureza, resultante de um evento de grande porte que reuniu mais de quinhentas pessoas de distintas visões de mundo e de ciência, os três livros resultantes do I CONIBDH representam uma oportunidade de conhecer a multiplicidade de interesses temáticos e as pessoas que se acham envolvidas em pesquisas ou refletindo sobre questões que se apresentam como relevantes e necessárias de serem enfrentadas na atualidade.

Em razão do grande volume de trabalhos apresentados no evento e submetidos à análise para publicação, optou-se por dividi-los em três livros, que ora apresentamos à leitura, intitulados “Livros do CONIBDH: Bioética”; “Livros do CONIBDH: Direitos Humanos Fundamentais I” e; “Livros do CONIBDH: Direitos Humanos Fundamentais II”. Assim, o que denominamos “Livros do CONIBDH” é o resultado desse esforço coletivo de dar espaço para

que os pesquisadores e interessados no tema se apresentem e possam construir pontes e espaços de aproximação, com vistas ao desenvolvimento de novas investigações, quem sabe de caráter interinstitucional que aglutinem pessoas e temas de forma mais vigorosa.

Registre-se também que o I Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos reuniu vinte e nove palestrantes do mais alto reconhecimento nacional e estrangeiro como pode ser observado na programação que anexamos à presente apresentação.

O I CONIBDH representou uma oportunidade singular de reunião, num único espaço físico, de reflexões e de discussões que transcenderam a formalidade acadêmica e o dogmatismo, convidando-nos a (re)pensar a Declaração Internacional de Bioética e Direitos Humanos a partir de uma perspectiva transdisciplinar. As cinco Conferências ministradas por renomados pesquisadores – Dr. Volnei Garrafa (PPG-Bioética/UnB); Dra. Susana Vidal (RedBioética/UNESCO); Dra. Rita Laura Segato (PPG-Bioética/UnB); Dr. Miguel Kottow (Universidade do Chile) – contemplaram temas bastante caros à comunidade científica assegurando aos debates suscitados abordagens teóricas qualificadas voltadas para o enfrentamento ético de temas academicamente relevantes como: as reflexões e as críticas que envolvem a Declaração de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO; os pilares da UNESCO para Educação no século XXI; o pluralismo jurídico e o pluralismo bioético.

Além disso, as doze Mesas redondas e os cinco Grupos de Trabalho que integraram o evento possibilitaram o compartilhamento de pesquisas, a formulação de novos projetos, a aproximação entre pesquisadores e destes com a sociedade civil, a inquietude intelectual frente às complexidades que se apresentam neste mundo em permanente transformação e desenvolvimento.

Passado um ano após o I CONIBDH ainda colhemos frutos aprazíveis, produto das experiências e das interações proporcionadas pelo evento e, além disso, resultantes da seriedade e do comprometimento de todos os envolvidos.

O debate multidisciplinar travado com a comunidade acadêmica nacional e internacional, profissionais da Saúde, do Direito, e integrantes da Sociedade Civil permitiu a discussão de temas ligados à Bioética, aos Direitos Humanos, à interculturalidade, à vulnerabilidade, à exclusão social, à equidade, à universalidade no atendimento à saúde, ao bem-estar social e à responsabilidade social, dentre outros, propiciando o desenvolvimento de estudos acadêmicos que contribuam para novos enfoques, teses e discussões sobre as questões que envolvam a temática do evento em seus mais variados campos de aplicação, especialmente voltadas para os acontecimentos recentes da sociedade nacional e internacional e sua repercussão frente aos princípios enunciados na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO.

Merece destaque nesta apresentação que o evento, que teve como produto estes três livros, contou com o apoio inestimável do prof. Volnei Garrafa, professor da Universidade de Brasília (UnB) que contribuiu de forma vigorosa em todas as etapas da organização e em especial na programação e aproximação entre palestrantes e comissão organizadora do evento.

Cinco mestrandos tiveram atuação ativa e vital na concepção, na organização, na realização do evento e na preparação do que chamamos “Livros do Conibdh” e, nesse sentido, dedico a eles este trabalho, que é fruto do esforço, do ânimo, da competência, da dedicação, da coragem e da alegria com que se envolveram em todas as atividades tanto nas preparatórias quanto nas posteriores.

Cada pessoa que se envolveu na organização e execução do evento, em especial os funcionários da FDV, que foram incansáveis na busca da perfeição, têm parte neste livro, no qual, apenas por exigências de editoria, encontro-me na condição de coordenadora.

Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Presidente do I Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos da Unesco (I CONIBDH). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD-FDV).

BIOÉTICA

PARTE I

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

JHONATAN FELIPE LAURINDO GOMES DUARTE²
JANAÍNA RECKZIEGEL³

RESUMO

O processo de Reprodução Humana Assistida, enquanto mecanismo científico para dar aporte a mais do que meros anseios reprodutivos humanos, mas verdadeira indumentária tecnológica que reveste a formação familiar nos novos tempos, traz consigo uma série de nuances éticas analisadas interdisciplinarmente pelas ciências jurídicas, mas sem se esquivar da mais elementar lição do direito constitucional contemporâneo: os direitos fundamentais. A construção jusfundamental adquire relevo dentro da Reprodução Humana Assistida por ser tema que desborda a mera questão da aplicabilidade axiomática, mas revela-se instrumento de análise da horizontalidade destes mesmos direitos fundamentais, que agora são questionados no âmbito privado das relações jurídicas, com a potencialidade dos embates entre axiomas constitucionais dentro de contratos clínicos. Apelando à pesquisa essencialmente bibliográfica, o corrente estudo almeja a conceituação do processo de Reprodução Humana Assistida em consonância com a teoria da horizontalização dos Direitos Fundamentais, buscando expor como tal forma de reprodução assistida afeta as relações contratuais a ela inerentes, com vistas à horizontalização e tratamento equânime dos direitos fundamentais à identidade, privacidade e intimidade.

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida. Direitos Fundamentais. Horizontalidade dos Direitos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

Os vetores bioéticos, oriundos da Reprodução Humana Assistida, emergiram numa série de conflitos jurídicos já detalhados pela literatura especializada, conforme esperado. A possibilidade de controlar a própria reprodução da espécie é matéria controvertida por razões que extrapolam a religião e o mero senso comum arraigado: é questão ética de observância elementar.

¹ O presente trabalho é resultado do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Cívicos/Sociais do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC.

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Cívicos do PPGD|Unoesc. Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel – UNIVEL. GT III – BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA, PLURALIDADE E SOCIEDADE E-mail: jhonatann_duarte@hotmail.com.

³ Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá – RJ. Mestre em Direito Público. Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” e em “Educação e docência no ensino superior”. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Advogada, Professora Universitária e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Editora de Seção da Revista Espaço Jurídico *Journal of Law* da Editora UNOESC (Qualis B1). GT III – BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA, PLURALIDADE E SOCIEDADE. E-mail: janaina.reck@gmail.com

O problema ético – e jurídico – da Reprodução Humana Assistida, como não poderia deixar de ser, vai ao imediato encontro da teoria já solidificada dos direitos fundamentais; garantias constitucionais positivadas ou naturais agora passam ao centro das atenções graças à postura judicial esperada em detrimento das inúmeras possibilidades que o caso concreto apresenta sem cessar, numa clara demonstração de que o Poder Judiciário apresenta sua face ativista também nos quadros de reprodução assistida.

Os direitos fundamentais, com a teoria da horizontalização, cuida de estabelecer a série de nuances éticas e jurídicas que a Reprodução Humana Assistida avoca. A inafastável necessidade de respeito aos direitos fundamentais, agora no plano entre particulares, traz uma série de possibilidades jurídicas sobre as quais o presente estudo repousa. A questão que funda o corrente estudo passa a ser, então, sobre o plano de tal horizontalização nas relações contratuais oriundas da reprodução assistida apontada, e de que maneira elas quedam alteradas com tal advento teórico.

A intimidade genética, decorrente do direito à intimidade, revela diversas potencialidades de elementos e conflitos, de maneira que mais do que mero *hard case* exigente de eventual ponderação, a horizontalidade dos direitos fundamentais traz à baila a pertinência e alcance de tal direito dentro do plano contratual da reprodução assistida.

Neste sentido, coligando o direito fundamental à intimidade, neste caso, genética, com a própria teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais, tem-se uma das mais relevantes questões do direito contemporâneo, com a sociedade contemporânea funcionando como mais do que mero pano de fundo, mas como alimentador do próprio fato social que lhe atinge, com as relações jurídico-contratuais extrapolando o simples alcance volitivo, abarcando, desde já, dilemas éticos e paradoxos jurídicos, a fim de revelar a verdadeira finalidade – e limitação – dos direitos fundamentais horizontais no caso da Reprodução Humana Assistida.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O anseio do exercício da maternidade/paternidade, um dos mais naturais e compreensíveis dos desejos humanos, não pode ser desvinculado do processo de Reprodução Humana Assistida. O processo de filiação e formação familiar data desde os primórdios da história humana, sendo que Rouland (2003) acertadamente lança as bases de tal questão: o que nos diferencia de todos os outros animais é justamente o reconhecimento, fomento e continuidade de laços familiares com papéis institucionais integralizados.

A maternidade emerge, de acordo com Barbosa (2003, p. 44) como “destino social das mulheres”, de maneira que acima da expectativa de toda a sociedade em torno da geração de

filhos, a gestação também acarreta – conforme apontado a seguir – um mecanismo identitário que fornece significado e contexto para as mulheres que almejam a geração de filhos; evitá-la ou não obtê-la, assim, tem um custo social e individual.

O definição formada por Ahmad (2009), que traz a paternidade como *status pessoal*, surge antes mesmo do próprio processo de historicismo da formação familiar dentro de modelos reprodutivos, de maneira que, na esmagadora maioria das vezes, a formação do núcleo familiar humano é processo de formação identitária tal qual o nascimento ou a morte.

A esterilidade, assim, traz consigo inúmeros contratempos e estigmatizações sociais, pois desde já se sabe que “[...] o desejo de procriar é antigo” (FERRAZ, 2011, p. 39). Ferraz (2011) aponta que o repúdio familiar era esmagador em relação às mulheres incapazes de gerar descendentes, sendo que a modalidade masculina de infertilidade⁴ não era sequer investigada. Dessa forma, a mulher sempre foi o principal alvo de críticas quando em relação a não geração de filhos, culminando com abandono da mesma em alguns casos.

Pesquisas recentes dão conta de que disfunções causadoras de infertilidade distribuem-se à razão de 40% (quarenta por cento) entre o sexo feminino, com o mesmo número acometendo homens, sendo os 20% (vinte por cento) sobressalentes a combinação de circunstâncias de ambos os sexos que impossibilitam a geração de filhos (BARBOSA, 2003). Não obstante, foi apenas a partir do ano de 1677, com a invenção do microscópio por Leeuwenhoek, que as causas da infertilidade masculina tiveram possibilidade de serem investigadas, mormente pela escassez de espermatozoides (FERRAZ, 2011).

No seio da família, era muito comum a esterilidade provocar sua desagregação em face do sentimento de incompetência, frustração, culpa, inferioridade e angústia pelo fracasso no projeto parental, principalmente o de perpetuação dos membros da família, quando o biologismo era tido como a única forma de concretizá-lo. Não se pode olvidar, também, as consequências para o homem e para a mulher do ponto de vista social, já que as pessoas em geral associavam a esterilidade, seja ela masculina ou feminina, à derrota e a um mal incomensurável (FERRAZ, 2011, p. 41).

A primeira fecundação relatada, foi de uma égua, que, com o auxílio humano foi fecundada em 1332, o primeiro caso de utilização da técnica de inseminação artificial (BARBOSA, 2003). Já quanto à experiência em seres humanos, Scarparo (1991) afirma que a prática de inseminação artificial ocorreu por volta de 1494, quando tal técnica foi experimentada

⁴ Há unanimidade na doutrina especializada dentro da ressalva existente entre *infertilidade* e *esterilidade*, sendo que a primeira apresenta tratamento médico, podendo ser até mesmo curada, ao contrário da última, que é cingida pela irreversibilidade. Na esteira de Ferraz (2011) e Ahmad (2009), o corrente estudo reconhece tal diferenciação, optando pela utilização do termo *infertilidade* como conglobante de ambas as formas.

na rainha D. Joana de Portugal, sendo que tal tentativa infrutífera. Ainda, de acordo com a mesma autora, por volta de 1785, o sucesso foi alcançado através das técnicas de reprodução artificial em um ser humano, quando Thouret, Decano da Faculdade de Medicina de Paris, conseguiu fecundar sua própria esposa estéril.

Gregor Mendel, estipulando as bases do estudo da genética enquanto campo científico autônomo, forneceu a sedimentação necessária para o desenvolvimento da Engenharia Genética, agora capitaneada por James Dewry e Francis Harry Compton Crick, ambos tidos como pais de tal seara metodológica. A Reprodução Humana Assistida, enquanto mecanismo auxiliar para casais que possuem dificuldades de reprodução, somente começou a adquirir formatação a partir de tal estudo, sendo a Engenharia Genética o vetor possibilitador do desenvolvimento e evolução da Reprodução Humana Assistida, dentro de todas as modalidades hoje existentes (FERRAZ, 2011).

Em 1978, surge o primeiro bebê de proveta no mundo, inúmeros anos de pesquisa foram necessários. Tal criança, concebida pelo método da fertilização *in vitro*, ou *fvete*, trouxe consigo uma série de críticas – influenciadas principalmente por argumentos de cunho religioso de desnecessária intervenção humana em processos reprodutivos – sendo que, como aponta ainda Ferraz (2011), algumas outras técnicas passaram a ser desenvolvidas com o objetivo específico de intervir o mínimo possível em tal processo reprodutivo, conforme se fará ver a seguir.

A primeira modalidade de Reprodução Humana Assistida, foi a Inseminação Artificial, técnica de imensa complexidade, sendo que tal instrumento de reprodução funciona nos casos de falha nas *etapas* do processo reprodutivo, e não necessariamente nas bases celulares. O sucesso de tal técnica depende “[...] do cálculo exato da ovulação, pois o material germinativo masculino é introduzido no útero, devendo se desenvolver naturalmente a gestação” (FERRAZ, 2011, p. 44).

Quando avanços científicos deram conta de descobrir de maneira precisa o ciclo fértil feminino, em 1932 a inseminação artificial passou a ser possível, sendo que em 1945 a criopreservação do sêmen veio a colaborar com tal cenário de apoio científico reprodutivo (FERRAZ, 2011). Assim, com a inserção do sêmen no interior uterino, é de se esperar que tal forma reprodutiva reproduza com maior similitude o que naturalmente ocorreria, caso não houvesse falhas no ciclo de fatores da reprodução.

Existe duas formas de inseminação artificial, as formas homólogas e heterólogas são apontadas por Ferraz (2011), sendo que na primeira forma o sêmen a ser implantado na mulher é de origem do próprio marido ou companheiro, e nesta última, o sêmen advém de doador alheio ao processo reprodutivo. Sem prejuízo do exposto, vê-se ainda a inseminação

artificial biosseminal, quando, para aumentar as chances de sucesso da inseminação, o sêmen é recolhido do marido e do doador, sendo utilizados ao mesmo tempo.

Insta ressaltar que o material genético masculino, dentro da inseminação artificial, é recolhido por masturbação, sendo separados entre normais e anormais – distinguidos através da *velocidade* e *qualidade* do espermatozoide – e posteriormente imersos em líquido próprio, podendo, inclusive, serem conservados por até vinte anos através da técnica da criopreservação (FERRAZ, 2011).

Prosseguindo a análise bibliográfica dentro da fertilização *in vitro*, foi nela que, como já exposto, se viu a possibilidade de geração de uma vida efetivamente através do meio científico, com a ocorrência do primeiro bebê de proveta na década de 1970, ressaltando a importância – e se fazendo perceber a vinculação das formas assistidas de reprodução com os ramos mais complexos da Engenharia Gênica – de tal modalidade dentro dos limites evolutivos científicos, como bem assinala Hammerschmidt (2013).

De acordo com Ommati (1999) tal técnica como sendo fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões, de modo que o zigoto ou os zigotos permanecem sendo incubados *in vitro* até que atinjam um estado de maturação bastante para a transferência até o útero ou até às trompas. Para Ferraz (2011, p. 45), a “[...] fertilização *in vitro* consiste em colher óvulos de uma mulher, fertilizando-os numa placa de Petri, para os mesmos, quando já transformados em zigotos, iniciando a divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora”.

Weider, aponta quatro condições indispensáveis para o sucesso do procedimento (2007), sendo que a) o óvulo deve ter seu metabolismo funcionando perfeitamente; b) o óvulo deve ser penetrado pelo esperma, ambos se incorporando; c) o cromossomo e o núcleo do óvulo devem estar unidos; e d) devem também estar unidos o cromossomo e o núcleo do espermatozoide penetrante. Da mesma forma que a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* pode ser homóloga ou heteróloga, sendo que aqui o material genético da mulher também pode advir de doadora, com a ocorrência possível, inclusive, de gestação no útero de terceira mulher, conhecida como maternidade de substituição (FERRAZ, 2011).

Um processo de indução da ovulação através da inserção de hormônios femininos ocorre, ainda, na fertilização *in vitro*. Desta forma, a mulher tende a liberar mais óvulos, facilitando a inseminação, porém em quantidade baixa o bastante para evitar a gravidez simultânea de duas ou mais crianças. Assim, após o prazo de trinta e seis horas de adequação dos óvulos, haverá a punção dos mesmos, com a consequente doação de material genético por parte do parceiro, ou mero recolhimento do material previamente congelado, sendo que óvulos e espermatozoides são analisados e postos no mesmo meio. A verificação de eventual fertilização

se dá 48 horas após o citado, e, caso tenha ocorrido, os embriões serão inseridos no útero, com realização de teste de gravidez quatorze dias após a inserção (FERRAZ, 2011).

A Reprodução Humana Assistida com gametas, ou *Gamete Intrafallopian Transfer* (GIFT), também funciona como mecanismo auxiliar dos genitores no processo reprodutivo dificultoso. Como explica Ferraz (2011), através de laparoscopia, óvulos da mulher são recolhidos, bem como o esperma, sendo colocados ambos numa cânula especial, preparados conforme o protocolo médico, sendo que tal junção é introduzida em cada uma das trompas de Falópio, onde a fertilização passa a ocorrer naturalmente.

A diferença entre o *Gamete Intrafallopian Transfer* e a fertilização *in vitro* é o fato de ocorrer no interior do corpo feminino, não extracorporeamente, como a última. Assim, tal técnica exsurge como uma alternativa às fertilizações *in vitro* para o oferecimento de condições mais naturais de desenvolvimento, migração e nidação para o embrião, o que reduz o risco de gravidezes extrauterinas, sendo, inclusive, mais aceita pela Igreja Católica (FERRAZ, 2011).

A *Zygote Intrafallopian Transfer* (ZIFT), é a penúltima técnica aplicável dentro dos moldes aludidos, enquanto variante da fertilização *in vitro*. Assim, os espermatozoides são postos em contato com os óvulos, sem que seja dentro do corpo da mulher, havendo a formação do zigoto com a fecundação. A diferença entre tal técnica e a GIFT é que “[...] nesta, a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, nas trompas, enquanto na técnica ZIFT, ocorre fora do corpo da mulher” (FERRAZ, 2011, p. 48). Após um ano de seguidas tentativas de fecundação natural, tal técnica é indicada, além de sê-la para casais que falharam à estimulação ovariana com inseminação intrauterina durante cinco ou seis ciclos, sendo a ZIFT mais rápida que a GIFT, havendo menos chances, inclusive, de uma gestação múltipla (FERRAZ, 2011).

No caso de mulheres que não podem gerar um filho em decorrência de indicação médica para a não gestação – casos como a insuficiência renal grave –, ou devido à ausência de útero, tem-se a maternidade de substituição como alternativa. Conforme Ommati (1999) ressalva, não se trata de uma instrumentalidade *biológica*, mas da simples utilização da fertilidade de outra mulher para gestação, consoante a impossibilidade física da primeira mulher. Tal técnica também é utilizada por pares homossexuais, que a vê como solução para o problema da incompatibilidade de gêneros.

Observação que deve ser levantada, como bem aponta Ferraz (2011, p. 49), é a possibilidade de “[...] ser feita a distinção entre mãe portadora e mãe substituta, recebendo a primeira o óvulo do casal já fecundado, enquanto a segunda é inseminada com o esperma do marido da solicitante, fornecendo também o óvulo”. Assim, a mulher que carrega o feto pode não transmitir informação genética alguma ao feto, uma vez que todo o material genético adveio dos contratantes ou de terceiro.

Não permanecem dúvidas de que tais modalidades de implantação de material genético acarretam inúmeras discussões no plano bioético, moral e jurídico, mormente na seara dos direitos fundamentais, conforme se fará ver a seguir, sempre apelando à mínima regulamentação normativa para o fornecimento de respostas adequadas para os casos em tela.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA HORIZONTALIDADE

Os direitos fundamentais e a teoria da horizontalidade, é uma das mais, senão a mais robusta dentro do direito. A tentativa da literatura especializada de conceituar e determinar tais axiomas data de muito além deste século, com a notória e plausível dificuldade em circundar um tema de tamanha complexidade. Como bem apontam Dimoulis e Martins (2014), os próprios direitos fundamentais não são conhecidos *apenas* como direitos fundamentais, incluindo liberdades fundamentais, liberdades individuais, liberdades públicas, direitos humanos, direitos constitucionais, direitos subjetivos, entre outros.

É explicável a adoção generalizada da terminologia *direitos fundamentais*, ao menos no caso brasileiro, pelo fato do próprio Texto Magno explicitar a mesma, em seu Título II. Contudo, insta salientar que a própria Constituição brasileira adotou terminologias diversas em alguns momentos, o que pode prejudicar a defesa sistemática de tais garantias, como expõem Dimoulis e Martins (2014), que lamentam a inconstância da expressão na Carta Magna. Para os autores, tal questão terminológica primordial apresenta duas facetas: a) na história constitucional global, várias expressões passaram a possuir diversos significados; e b) a utilização de determinada terminologia pela Constituição pode ofertar argumentos pontuais e sistemáticos contra ou a favor a tutela de determinados direitos, como, *verbi gratia*, sugerindo a exclusão, quando na referência a direitos *individuais* ou liberdades fundamentais, dos direitos sociais, visto que parte da doutrina especializada chega a considerar os direitos sociais como subespécies dos direitos coletivos, não cabendo sua análise enquanto tipos individuais.

Assim sendo, “[...] não há uma terminologia correta” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 40) para a definição conglobante dos direitos fundamentais, devendo o estudo ser respaldado no próprio sentido que ultrapassa mera terminologia e dá aporte à devida construção teórica. Assim, Cavalcante Filho ([s.d]) prefere expor os direitos fundamentais unicamente com suas bases fundantes: o Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana.

Conforme exposto, os direitos fundamentais adquirem relevo na ordem jurídica a partir do momento em que são fundados dentro de um contexto sabidamente democrático. Passam, assim, a ser definidos como “[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas),

contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41).

Pfaffenseller (2007), adotando posição mais comedida, acredita na dificuldade de conceituação dos direitos fundamentais pelo fato de terem de ser colocados contra a perspectiva histórica e social que lhes funda. Neste sentido, “uma das principais problemáticas dos Direitos Fundamentais é a busca de um fundamento absoluto sobre o qual respaldá-los, de modo [...] a garantir sua observância de maneira universal” (PFAFFENSELLER, 2007, p. 93).

Não há dúvidas que toda a tentativa de erigir um conceito e um pano de fundo para os direitos fundamentais serve exclusivamente para garantir sua defesa e sua efetividade, sendo tais garantias elementares verdadeiras preocupações sociais, filosóficas e, obviamente, eminentemente jurídicas (PFAFFENSELLER, 2007). Noutra senda, Maia (2008) lança mão do critério objetivo quanto aos direitos fundamentais, reconhecendo-os como vantagens prescritas na Carta Magna, mas não vendo razão para não crer na verticalização dos direitos fundamentais, sendo o único problema sua horizontalização.

Maia aponta que tal horizontalização dos direitos fundamentais também é conhecida como eficácia externa ou privada dos direitos fundamentais, surgindo em oposição à óbvia relação Estado-indivíduo, onde o ente supraindividual deve obedecer de maneira *incontinenti* o constitucionalmente resguardado na tratativa para com o sujeito, sendo a questão agora a eficácia de tais liberdades intersubjetivas dentro da esfera entre particulares (2008). É graças à eficácia direta ou imediata que emana dos direitos fundamentais que tal exigibilidade horizontal pode ser levada a cabo, sendo que Canaris (2003) já chegou a explicitar o fato da relação Constituição-particular ser o grande problema da teoria constitucional deste século.

O Direito Civil, é o ramo mais atingido pela horizontalização, nenhum outro ramo do direito é tão atingido. Neste sentido, aponta Maia (2008) que a tendência de tal horizontalização dos direitos fundamentais gerou o surgimento de um Direito Civil constitucionalizado, também conhecido tal movimento como a *publicização* do Direito Privado, ou até mesmo a privatização do Direito Público, evocando uma profunda modificação estrutural no Direito Civil, que passa a se interrelacionar profundamente com o Direito Constitucional, fazendo com que o ramo civilista procure um constante ponto de partida no texto magno.

Não restam equívocos que tal “[...] vinculação de sujeitos de direito além do Estado” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 103) traz em seu bojo uma série de nuances vislumbráveis dentro do pano de fundo constitucional. O primeiro de tais vetores é quanto à *aplicabilidade* dos direitos fundamentais em relações horizontais, tão logo, num primeiro momento, a

horizontalidade jusfundamental foi percebida apenas no âmbito direto, ou seja, com todas as normas constitucionais revestidas de aplicabilidade imediata entre particulares.

Dimoulis e Martins (2014) trazem o fato de que o direito passou a reconhecer, posteriormente, o efeito horizontal indireto, com aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais dentro da seara privada. Assim, dentro do *Ausstrahlungswirkung*, o efeito de irradiação dos direitos fundamentais horizontais, “o problema que se apresenta é saber *como* se manifesta o efeito horizontal nos casos concretos [...]” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 104).

Apesar de objetiva, não é simples a resposta. Vislumbrar a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais exsurge da análise das circunstâncias fáticas, tão logo o elemento indispensável para tal aplicação “[...] não é uma desigualdade geral e de cunho material (ricos *vs.* pobres, empregados *vs.* empregadores, empresas *vs.* consumidores etc)” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 106), mas, sim, uma diferenciação desigual de posições no cerne da relação jurídica analisada – e comprovada – no caso concreto.

A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentro do panorama exposto dos direitos fundamentais adquirindo máximo relevo dentro das relações entre particulares, parece assistir razão à Petterle (2007) quando vislumbra os direitos fundamentais que mais correm riscos neste caso: a intimidade e a identidade genética. Hammerschmidt (2013), neste mesmo sentido, vê a intimidade genética como direito personalíssimo e em verdadeiro risco no caso apontado.

Partindo do espectro da identidade como ferramenta eminentemente social, expõem Fraser e Lima (2012, p. 364, grifo nosso) que “[...] a identidade é um instrumento fundamental para a individualização social e jurídica do ser humano, e que pode ser compreendida como a *projeção pública de sua personalidade*”. A questão genética passa a ser, assim, quanto às garantias de se permanecer como indivíduo irrepetível em todos os planos identitários, iniciando quanto à própria ascendência biológica.

Na esfera dos contratos clínicos erigidos em torno da relação jurídica que versa acerca da Reprodução Humana Assistida, a horizontalização dos direitos fundamentais, dentro dos critérios direto e indireto já apontados por Dimoulis e Martins (2014), é observada na manutenção do anonimato do doador e do receptor do material genético, tão logo toda a relação de direito aqui apontada baseia-se na premissa elementar do anonimato.

A intimidade entendendo-se “[...] como um *direito negativo* ou de proteção contra ingerências legítimas” (HAMMERSCHMIDT, 2013, p. 94, grifo da autora), não pode ser afastado

o seu critério de direito fundamental, pois mais do que meramente transcrito no texto constitucional, “a intimidade é um direito inerente à pessoa, que não é preciso ser conquistado para possuí-lo nem se perde por desconhecê-lo. É uma característica própria do ser humano pelo mero fato de sê-lo” (HAMMERSCHMIDT, 2013, p. 93, grifo nosso).

Agostini aponta que (2011), a situação da intimidade enquanto direito fundamental foi drasticamente alterada na ordem constituinte pós-1988. O autor expõe, ainda, que a Carta Magna de 1988, mais do que expressar literalmente a intimidade enquanto garantia do indivíduo – conforme o artigo 5º, inciso X da Lei Fundamental – pôs esta mesma intimidade no patamar jusfundamental de cumprimento das “[...] exigências de dignidade, de liberdade e igualdade humanas [...]” (AGOSTINI, 2011, p. 135).

O acatamento ao direito à intimidade se revela elementar na medida em que apresenta tríplice importância: para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, para o aprimoramento social e para a própria sustentação de regimes pautados na democracia. Quanto a esta última, expõe Agostini (2011) que forças são voltadas *contra* a intimidade em regimes que não o democrático. Exemplo mais claro do exposto pelo autor é o autoritarismo, onde a privacidade é a ameaça constante ao estabelecimento governamental, tão logo a própria subsistência do regime ditatorial é ameaçada pelo não controle e manipulação da esfera íntima dos cidadãos. A utopia, não obstante, planifica os cidadãos de maneira implacável, trazendo consigo a necessidade de dissolução das esferas pública e privada.

O sigilo da informação genética enquanto norte da horizontalização dos direitos fundamentais no âmbito da Reprodução Humana Assistida, Petterle (2007) demonstra que o direito à identidade genética – e seu sigilo – abrange o genoma de cada indivíduo, ou seja, a base biológica genética essencial e irrepetível de cada ser humano. Não há dúvidas, assim, de que a questão passa a ser única e exclusivamente a necessidade de se revelar a identidade do doador e/ou receptor como definição de colisão de direitos fundamentais no plano horizontal.

Como tal *hard case*, tem-se, por exemplo, o caso da necessidade eminente de se revelar a identidade do doador de material genético em virtude da criança gerada a partir de tal material doado, carecer, agora, de determinada parte do corpo do progenitor. É plausível tal situação no caso de crianças com leucemia, onde a medula óssea compatível pode ser única e exclusivamente a do fornecedor de material. Diante de tal imbróglio, urge a necessidade de percepção da horizontalidade dos direitos fundamentais, inclusive quanto à teoria da ponderação.

A solução para os problemas que se apresentam nas circunstâncias fáticas repousam nos princípios hermenêuticos constitucionais, mormente o princípio da unidade da constituição, que se relaciona profundamente com o princípio da concordância real entre os valores expres-

sos no texto constitucional, de modo que seja viabilizado a eficácia de ambos os axiomas, sem que seja um em detrimento do outro. Assim, o estabelecimento de limites, no caso prático, urge pela proporcionalidade, não devendo ultrapassar o necessário quando da coadunação de ambos os bens jurídicos (PETTERLE, 2007).

O direito à identidade dentro de tal quadro de conhecimento das origens genéticas traz à baila o fato do conhecimento da paternidade biológica constituir um “[...] fator social imprescindível para a concretização de direitos da personalidade, pois toda pessoa humana, especialmente aquela em formação, tem direito à paternidade” (AHMAD, 2009, p. 22). Neste mesmo sentido, ponto que fortalece a identidade genética como garantia fundamental é o fato da informação genética ser estrutural, permanecendo com “[...] o indivíduo desde o nascimento até a morte, e por isso possui características especiais que a diferenciam das outras [informações]: é involuntária, indestrutível, permanente e singular” (HAMMERSCHMIDT, 2013, p. 90).

Nada obstante, sintetiza Petterle (2007, p. 110) que “[...] a identidade genética pessoa humana é um bem jurídico a ser preservado, enquanto uma das manifestações essenciais da personalidade humana”. Urge, assim, expor o fato de a informação genética portar a “[...] garantia de desenvolvimento e formação da individualidade” (AHMAD, 2009, p. 22), de forma que a identidade – agora compreendida como fator social de abrangência múltipla; imagem, honra e autodefinição – seja garantida pelo mais basilar fundamento: a expressão gênica.

Conseqüentemente, também expõe Petterle (2007, p. 113) que “como direito de defesa, o direito à identidade genética opera como uma barreira, invalidando todos os atos atentatórios à identidade genética do ser humano, independentemente da natureza pública ou privada destes atos, sejam normativos ou não”. Os principais casos apontados pela autora aludida são a função defensiva voltada a) ao conhecimento do genoma humano; b) à clonagem humana; e c) a não alteração da identidade genética. Nada obsta, contudo, a análise do exposto ao caso da necessidade de revelação da identidade do doador e/ou receptor de determinado material genético, despontando também aqui a função defensiva do direito à intimidade genética.

É por não haver absolutismos constitucionais que o tema se reveste da inegável importância até então apontada. As circunstâncias concretas, assim, dão azo única e exclusivamente à sua análise dentro do panorama da ponderação, onde a horizontalidade dos direitos fundamentais reflete a inafastável necessidade de observar a intimidade conjugada com outros valores supremos da Constituição, quais sejam, a vida, a liberdade ou a própria dignidade de outro ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há direção incontestável nos direitos fundamentais que se compare com a dignidade da pessoa humana. A noção de humanidade como fundamento autorreferenciador do homem é o que lhe dá azo à observância dos mais diversos direitos fundamentais, da vida ao devido processo legal. A dignidade, assim, é o significado primeiro do próprio sentido de humanidade.

Ao passo que a base inafastável da construção dos direitos fundamentais, a dignidade humana assenta em si as premissas elementares do respeito a tudo que confere sedimento e relevo à identidade humana, como, consoante o até então exposto, o próprio direito à intimidade.

A necessidade de ser respeitado enquanto organismo único traz a baila, mais uma vez, o autorreferenciamento como medida pontual para a caracterização do sentimento de humanidade, tão logo a própria construção dos direitos fundamentais revela a indissociável noção de irrepetibilidade humana. Ser visto, assim, como organismo único, traz a noção do ser humano como fundamento elementar de toda uma ordem jurídico-constitucional.

O paradoxo pós-moderno do processo de Reprodução Humana Assistida exsurge como contorno técnico-científicos. A possibilidade de controle sobre os próprios mecanismos de reprodução acalenta mais do que sonho da humanidade, mas também traz consigo uma série de vetores bioéticos dos quais o direito não pode se eximir de posicionamentos. É dentro de tal quadro de complexidade social que os direitos fundamentais – e sua necessidade de equilíbrio – emergem como respostas lógicas.

Os direitos fundamentais, e a própria teoria da horizontalidade, que, como visto, adquire enorme relevo após o contexto da Segunda Guerra Mundial, demonstra a eminente necessidade de concatenação de objetivos comuns de relações privadas dentro do complexo cenário do direito público. O respeito – que aqui quase beira a observância obrigatória conferida pelo critério da aplicabilidade (i)mediata dos direitos fundamentais – às garantias constitucionais elementares traz à tona uma série de questionamentos sobre a validade e a ponderação de tais relações jurídicas.

A consideração do anonimato, tanto do doador de material genético quanto de seu receptor, enquanto base para o funcionamento de tal relação essencialmente contratual, agora adquire contornos de paradoxo jusfundamental. A eventual necessidade de revelação da identidade de um ou de ambos os polos de tal relação jurídico-contratual para que outro direito fundamental seja respeitado traz à tona a cartela de princípios constitucionais sistemáticos que orientam tais situações conflituosas e paradoxais. A ponderação, aqui, mais uma vez deve ser detida e em consonância com a complexidade do caso concreto apresentado.

Não há, por fim, prevalência deste ou daquele direito fundamental dentro da ordem jurídica, mas, sim, a constante lembrança da impossibilidade de absolutismos em matéria de liberdades intersubjetivas, pois o próprio quadro da Reprodução Humana Assistida emerge dentro da relativização de várias destas mesmas liberdades. O que urge, então, é a rememoração de que a ordem constitucional não prega valores imutáveis e intangíveis, mas a concatenação e o justo equilíbrio, aqui sempre analisados dentro do fulcro da ponderação.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, L. C. **A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

AHMAD, R. B. R. **Identidade Genética e Exame de DNA**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA, R. Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: produzindo classes distintas de mulheres? In: GROSSI, M. *et al* (orgs.). **Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: Questões e Desafios**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 41-52.

CANARIS, C. W. **Direitos fundamentais e direito privado**. Lisboa: Almedina, 2003.

CAVALCANTE FILHO, J. T. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 02 jan. 2015.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ, A. C. B. B. C. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família**. Curitiba: Juruá, 2011.

FRASER, R. T. D.; LIMA, I. M. S. O. Intersexualidade e Direito à Identidade: Uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. In: **Journal of Human Growth and Development**, v. 22, n. 3, p. 358-366, 2012.

HAMMERSCHMIDT, D. **Intimidade Genética e Direito da Personalidade**. Curitiba: Juruá, 2013.

MAIA, R. Da horizontalização dos Direitos Fundamentais. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, ed. especial, p. 107-126. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/pos-graduacao/volumeespecial/o8.pdf>>. Acesso em 02 jan. 2015.

OMMATI, J. E. M. As novas técnicas de reprodução à luz dos princípios constitucionais. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, 1999, p. 229-238. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/464/r141-17.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2014.

PETTERLE, S. R. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PFAFFENSELLER, M. Teoria dos Direitos Fundamentais. In: **Revista Jurídica**, Brasília, v. 9, n. 85, p. 92-107, jun./jul. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller_Rev85.pdf>. Acesso em 02 jan. 2015.

ROULAND, N. **Nos confins do Direito: Antropologia Jurídica da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SCARPARO, M. S. **Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

WEIDER, R. **Reprodução Assistida: Aspectos do Biodireito e da Bioética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TECNOLOGIAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A QUESTÃO DOS RISCOS PARA AS MULHERES E PARA OS EMBRIÕES: A PONTA DE UM ICEBERG

KALLINE CARVALHO GONÇALVES ELER¹

RESUMO

Em matéria de procriação assistida nem tudo que é tecnicamente possível é eticamente aceitável e socialmente desejável. Verifica-se a necessidade de realizar estudos aprofundados no que concerne ao impacto das técnicas tanto nas mulheres quanto nos embriões gerados, tendo em vista que o Conselho Federal de Medicina apenas autoriza o emprego dessas técnicas quando não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou possível descendente. Um dos principais riscos a que se submetem as mulheres envolve a alta ingestão de hormônios que, a curto prazo, podem ocasionar a síndrome da hiperestimulação ovariana e uma série de complicações potencialmente graves. Pesquisas recentes também constatarem clara relação entre a aplicação da FIV e a prematuridade e o baixo peso das crianças (que gera hipotensão e afeta o desenvolvimento neurológico), além de enfermidades cardíacas e outras como hipertensão, osteoporose e má-formação. Essas questões representam apenas a ponta do iceberg, sendo imprescindível determinar quais aspectos das técnicas causam mais riscos e como poderiam ser minimizados, avançando na investigação para descobrir se a exposição a um ambiente *in vitro*, na fase mais frágil do processo evolutivo humano, afeta o desenvolvimento de órgãos e tecidos. Enfatiza-se a necessidade de uma tutela protetiva forte para a mulher e para o embrião extracorporal. Diante dos novos dilemas bioéticos, é a essência do ser humano que está posta em questão, sendo a grande tarefa de todas as esferas do conhecimento distinguir o que personaliza o ser humano daquilo que o despersonaliza.

Palavras-chaves: Tecnologias de reprodução assistida. Saúde. Dignidade humana.

INTRODUÇÃO

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que já estava previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos² de 1948, tornou-se o mais importante cânone interpretativo da época atual, sendo positivado na maioria das Constituições³ do pós 2^a Guerra Mundial.

¹ Mestre em Direitos Humanos e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: kallinecarvalho@hotmail.com

² “*Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da **dignidade** inerente a todos os membros da família humana (...) Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na **dignidade e no valor da pessoa humana** (...). Artigo I: Todas as pessoas nascem livres e **iguais em dignidade** e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade*”. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 13 mar. de 2013.

³ O primeiro momento histórico em que a dignidade da pessoa humana foi recepcionada como princípio constitucional foi na Carta Constitucional da República Alemã de 1949. *Art. 1º. (proteção da dignidade da pessoa humana) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever*

A realidade ôntica da pessoa humana tem primazia sobre qualquer construção técnico-formal, precedência assegurada pela ordem constitucional pátria. A proteção constitucional é dirigida à *dignidade* da pessoa, considerada em todas as suas emanções. Nessa nova ordem constitucional⁴, a pessoa humana passa a centralizar os institutos jurídicos, na medida em que o ser é valorizado, justificando a própria existência de um ordenamento jurídico.

A percepção da necessidade de uma proteção jurídica devida em razão da dignidade humana desenvolveu-se não apenas a partir da barbárie nazista, mas também como decorrência do desenvolvimento tecnológico na área da biomedicina onde, novamente, o ser humano torna-se terreno de conquista.

A essência humana escapa completamente da ciência, pois seu objeto é restrito aos aspectos quantitativos da matéria. Por essa razão, não se pode atribuir à ciência um papel para o qual não está preparada. Ao contrário, deve-se reconhecer seu lugar próprio e a missão da Bioética consiste justamente em orientar a ciência, para que não se atribua tarefas que não lhe são correspondentes.

No cenário tecnológico atual, o ser humano começa a ser visto segundo as categorias tecnocientíficas e é reduzido ao *status* de coisas que se pode modelar à imagem dos objetos técnicos.

A nova coisificação é muito mais direta, pois atua de um modo imediato sobre o corpo do ser humano. Já não é o *obrar* da pessoa que se vê ameaçado de coisificação, mas o seu próprio *ser* em sua radicalidade mais absoluta⁵ (ANDORNO, 2012, p.68, tradução própria, grifo no original).

Nesse contexto de novas possibilidades de intervenção artificial da vida humana, observa-se o crescente retorno da discussão acerca do conceito de pessoa tanto pelo Direito quanto

de a respeitar e proteger. Constata-se que a partir do marco histórico do texto constitucional alemão, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana enquanto princípio arraigou-se a várias constituições contemporâneas. A história do constitucionalismo brasileiro, entretanto, não acompanhou de imediato essa transformação, pois, embora sejam encontradas algumas manifestações constitucionais destinadas a proteger a pessoa humana, tal proteção, antes de 1988, era restrita à defesa da liberdade individual, e, meramente formal. Convém trazer a título de exemplo a edição do Ato Institucional nº. 5, no ano de 1968, época da ditadura militar que, ao fundamentar a defesa do regime institucionalizado, dispôs ser o mesmo baseado na liberdade e no respeito à dignidade da pessoa humana.

⁴ A proteção oferecida pelas Constituições anteriores à de 1988 era também estritamente formal. Apesar de ser possível a dedução de certa proteção da pessoa humana dos textos constitucionais mais antigos que tutelavam as liberdades fundamentais, estas se vinculavam à liberdade de contratar e de exercer as faculdades do direito de propriedade sem interferência do Estado. Não havia uma real proteção da pessoa e dos valores que lhe são indispensáveis, posto que a preocupação consistia em fixar limites à intervenção do Estado tendo por base a consagração das liberdades do homem. A expressão liberdade estava profundamente vinculada à ideia de um espaço não violável pelo Estado (RAMOS, 1998) – ideia de abstenção que como tal não comportava a noção de promoção de um espaço onde o homem pudesse desenvolver de forma autônoma sua personalidade.

⁵ La nueva coisificación es mucha más directa, puesto que actúa de un modo inmediato sobre el cuerpo mismo del ser humano. Ya no es el *obrar* de la persona lo que se ve amenazado de coisificación, sino su *ser* mismo em su radicalidade más absoluta.

pela Bioética⁶. Entende-se ser tarefa conjunta do Direito e da Bioética impor limites e dirigir os fins das biotecnologias para que haja uma real promoção da pessoa humana.

A pessoa humana é a referência central dessas duas grandes áreas. Todos os institutos existentes na ordem jurídica encontram garantia tão somente em face do seu fim de permitir o desenvolvimento da personalidade humana (função promocional).

Caracteriza-se a Bioética pelo pluralismo e pela multidisciplinariedade. Seus princípios devem expressar as raízes da vida moral, sendo o resultado de uma solução democrática.

A partir da concepção de uma Bioética Principlológica, pretende-se desenvolver uma proposta discursiva voltada à proteção da pessoa humana, no contexto das novas possibilidades de intervenção artificial da vida humana, especificamente no que concerne a produção de embriões e ao tratamento pelo qual a mulher precisa se submeter no cenário da reprodução medicamente assistida.

AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A QUESTÃO DOS RISCOS

A Bioética Principlológica, marco teórico adotado no presente trabalho, está entre as mais divulgadas e tem como protagonistas Tom Beuchamp e James Childress, autores da obra clássica *Principles of Biomedical Ethics*, cuja primeira edição foi publicada em 1979.

Segundo este enfoque, existem princípios que devem guiar a tomada das decisões, sendo a ordem hierárquica estabelecida somente diante das circunstâncias fáticas. Resumem-se a quatro: o *princípio da autonomia* cujo surgimento está intimamente relacionado aos procedimentos utilizados nas experiências com seres humanos realizadas durante e após o período da Segunda Guerra Mundial. Em linhas gerais, refere-se ao direito dos pacientes e participantes em investigações biomédicas de serem corretamente informados acerca da intervenção que lhes é proposta, tomando conhecimento, sobretudo, da natureza, dos objetivos e dos riscos para, então, livremente decidirem se irão se submeter aos tratamentos e pesquisas. O *princípio da beneficência* exige a realização de atos condizentes com a saúde do paciente. O *princípio da não maleficência* enfatiza a necessidade de não causar dano ao paciente. O *princípio da justiça* ordena uma distribuição equitativa dos recursos disponíveis entre as pessoas que necessitam.

Andorno (2012, p.34-35) apresenta algumas críticas a essa proposta apontando para a ausência de um fundamento ontológico e antropológico bem como ausência de uma teoria

⁶ Em síntese, entende-se Bioética, pela conceituação apresentada por Adorno (2012, p.12) como sendo um ramo da Ética que se ocupa de estudar a moralidade do agir, buscando, principalmente, respostas sobre o tratamento que deve ser conferido à vida humana, diante do desenvolvimento biotécnico.

moral mais ampla que fosse capaz de harmonizar os princípios em questão; não há, para o autor, uma explicação clara de como esses princípios poderão ser conciliados diante de um conflito; como eventual técnica de ponderação será empregada.

A despeito das críticas, o autor reconhecer ser inevitável a referência a certos princípios e enfatiza outros, em especial o *Princípio da Dignidade humana*, reconhecido como verdadeiro rol unificador da Bioética; o *Princípio da Vulnerabilidade*, inerente a existência humana que reclama solidariedade e cuidado por parte dos indivíduos e da sociedade em seu conjunto; o *Princípio da Precaução*⁷, segundo o qual, existem comportamentos que devem ser proibidos, sancionados e punidos em razão dos riscos que podem causar. Diante de dúvidas acerca da posição a seguir, deve-se adotar a que seja mais favorável ao sujeito mais frágil (*in dubio pro vita; in dubio pro persona*). Esse último princípio relaciona-se ao juízo prudencial, ou sabedoria prática em sentido aristotélico e adota como premissa uma obrigação de vigilância, promovendo, sobretudo, a consciência da responsabilidade política em seu grau mais elevado, uma vez que obriga a avaliação competente dos impactos econômicos e sociais decorrentes da decisão de agir ou de se abster.

Em matéria de procriação assistida, necessário primeiramente pontuar que nem tudo que é tecnicamente possível é eticamente aceitável e socialmente desejável. Verifica-se a necessidade de realizar estudos mais aprofundados no que concerne ao impacto das técnicas de reprodução assistida tanto nas mulheres quanto nos embriões que estão sendo gerados, tendo em vista que o Conselho Federal de Medicina apenas autoriza o emprego dessas técnicas quando não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou possível descendente⁸.

Em razão disso, ancorado nos Princípios da Precaução e da Dignidade Humana que exige que todos os recursos tecnológicos sejam empregados em favor da promoção da pessoa, sustenta-se que as tecnologias reprodutivas devem ser empregadas com cautela.

Um dos principais riscos a que se submetem as mulheres com as técnicas de reprodução assistida envolve a alta ingestão de hormônios que, a curto prazo, podem ocasionar a síndrome

⁷ Andorno coloca o Princípio da Precaução como um novo parâmetro internacional a ser observado no contexto das diferentes inovações tecnológicas que podem vir a causar danos nos seres humanos e no meio-ambiente. O autor relaciona o Princípio da Precaução a prudência, em sentido aristotélico, que consiste em sabedoria prática (*phronesis*), o oposto da sabedoria teórica (*sohpiá*). Através da aplicação desse princípio, Andorno busca encontrar o equilíbrio adequado entre duas posições extremas: o medo irracional das novas tecnologias e a atitude irresponsável dos dispositivos tecnológicos que trazem riscos para a humanidade. A abordagem proposta é no sentido de desenvolver uma visão global da responsabilidade de todos os Estados e indivíduos para com a humanidade. Ver ADORNO, Roberto. The precautionary principle: a new legal standard for a technological age. In: *Journal of International Biotechnology Law*; vol 1, p.11-19, 2004.

⁸ I – PRINCÍPIOS GERAIS

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos (BRASIL, 2013).

da hiperestimulação ovariana e uma série de complicações potencialmente graves caracterizadas pela formação de múltiplos cistos ovarianos, associada ao aumento da permeabilidade capilar, que traz, como consequência, formação de ascite e hidrotórax, distúrbio hidroeletrólítico, hemoconcentração, distensão abdominal, náuseas, vômitos e diarreia. Nos casos mais severos, sobrevêm a hipovolemia, oligúria e fenômenos tromboembólicos. Isso significa que os vasos deixam passar líquido através de suas paredes, acumulando-se, esse líquido, na barriga, no tórax, podendo chegar à insuficiência dos rins, ao choque e até à morte. Os ovários crescem anormalmente, podendo torcer-se, o que exige cirurgia. Com a hiperestimulação, podem se desenvolver vinte, trinta e até mais óvulos num só ciclo. Os efeitos a médio e longo prazos desses hormônios nunca são mencionados e são pouco acompanhados (REIS, 2006, p. 83).

O recurso à reprodução assistida, mesmo diante de tantos riscos, segundo pesquisas realizadas por Corrêa (2001) envolvendo usuários da reprodução assistida, insere-se em um contexto cultural com forte ênfase na autonomia, sendo a impossibilidade de procriar vista como um grave obstáculo à liberdade, ao livre arbítrio e ao controle individual na formação das famílias.

Corrêa (2001, p.75) assevera, todavia, ser muito difícil determinar em que medida o recurso à reprodução assistida expressa um exercício da vontade individual e em que medida é produto de condicionamentos sociais. Para a autora, a rede de desejos, objetos técnicos, possibilidades morais e recursos materiais são tecidos de maneira complexa, sendo impossível dissociar o social e o material do desejo de filhos. Nesse sentido, questiona se seriam as tecnologias reprodutivas geradoras de um novo tipo de desejo de ter filhos e qual o papel das próprias tecnologias na demanda por filhos da reprodução assistida.

Ballester (2011, p. 28) também observa que a ciência médica ao invés de esforçar-se para identificar com maior clareza as causas da infertilidade tem simplesmente optado pela substituição artificial da função reprodutora, mesmo quando a situação é de subfertilidade. Para o autor, as técnicas de reprodução assistida não correspondem a verdadeiros tratamentos terapêuticos; não curam a infertilidade, pois o objetivo é garantir a produção de um bebê. Não há também uma subordinação estrita do recurso às técnicas reprodutivas a razões médicas, ou seja, às situações de infertilidade, pois, a técnica pode ser empregada por pessoas que não se encontram em uma situação de infertilidade.

A Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI), por exemplo, técnica considerada de alta complexidade, surgiu em 1992⁹ como uma alternativa para infertilidade

⁹ O primeiro resultado de gravidez obtida através da ICSI foi publicado na revista *Lancet* em 1992, por Palermo *et al.*, autores do artigo “*Pregnancies after intracytoplasmic injection of single spermatozoon into an oocyte.*”

masculina, seja por baixa¹⁰ contagem, anomalias de mobilidade ou por ausência de espermatozoides¹¹, o que torna, de certa forma, desnecessário o recurso dos casais aos doadores de gametas masculino. A técnica também tem sido empregada quando há falha na FIV em ciclo anterior¹² e quando há um número muito baixo de recuperação de ovócitos. Excetuadas essas últimas situações, a aplicação da ICSI impõe a mulheres perfeitamente normais intervenções que comportam os riscos do ciclo FIV, o que deixa a interrogação quanto a sua eticidade e aceitação, principalmente por parte do corpo médico, que irá promover intervenções de risco sobre mulheres saudáveis (MORATALLA, 2012).

Em relação aos riscos causados nos embriões gerados pelas tecnologias reprodutivas, Moratalla et al. (2012, p. 485) denunciam que somente no início da década de 90 começaram a ser publicados os primeiros estudos¹³ comparativos da saúde dos embriões concebidos naturalmente e daqueles oriundos das biotecnologias no período de 1978 a 1987, conforme apresenta o relatório¹⁴ do *Medical Research Council*. Os autores mencionam que, ao longo da década de 90, observa-se uma clara relação entre a aplicação da FIV e a prematuridade e o baixo peso das crianças (que gera hipotensão e afeta o desenvolvimento neurológico), além de enfermidades cardíacas e outras como hipertensão, osteoporose e má-formação.

Em 2005, uma importante pesquisa liderada por Hansen (2005) é publicada em forma de artigo comprovando que as crianças concebidas por FIV ou por ICSI tinham uma prevalência em dobro (8,8% frente a 4,2%) de alterações cromossômicas, más-formações cardíacas, atresia esofágica e más-formações craniais em comparação às crianças concebidas naturalmente.

¹⁰ A contagem baixa de espermatozoides classifica-se em oligozoospermia severa (concentração de espermatozoides por mL < 2 milhões) e astenozoospermia <5a 10% de espermatozoides móveis) (SANTOS, 2010, p.292)

¹¹ Para um correto diagnóstico, torna-se necessário identificar o tipo de azoospermia, se obstrutiva ou não obstrutiva. Na primeira, a espermatogênese é normal, mas há uma obstrução em algum local dos ductos seminais, enquanto que nos casos não-obstrutivos há uma deficiência (ou ausência) da espermatogênese, ou seja, ausência de espermatozoide no ejaculado seminal, devido à deficiência de produção de espermatozoides, que é identificada em 12% dos homens inférteis. Nesse caso, utiliza-se a célula precursora do espermatozoide: a espermátide (SANTOS, 2010, p.293).

¹² Ao analisar o 23º registro latinoamericano de reprodução assistida, que representa os resultados de procedimentos realizados em 2011 por 145 centros de 12 países na América Latina, observa-se um uso indiscriminado da ICSI, pois dos 28.065 procedimentos homólogos que foram realizados em 2011, apenas 4.089 consistiam em ciclos de FIV, ao passo que, 23.976 foram ciclos de ICSI.

¹³ Segundo a autora, o tamanho das amostras coletadas pelos primeiros estudos, entretanto, era insuficiente para uma análise estatística rigorosa dada a variedade de características tanto no que se refere às causas de esterilidade dos progenitores, quanto ao tipo de técnica empregada; tipo de gravidez resultante (múltipla ou não); idade da mãe; implantação ou não de embriões congelados, etc. O quadro de crianças avaliadas também variava quanto à idade, zona geográfica e etnia.

¹⁴ BERAL, Velarie; DOYLE, Patricia. Births in Great Britain resulting from assisted conception, 1978-87. Report of the Medical Research Council. Working Party on Children Conceived by In Vitro Fertilisation. **British Medical Journal** n° 300, 1990, p.1229-1233. Disponível em <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1662883/pdf/bmj00178-0017.pdf>>. Acesso em 21 set. 2014.

Um estudo mais recente, publicado no *The New England Journal of Medicine*, realizado com mais de 300.000 recém-nascidos dos quais 6.163 haviam sido gerados por técnicas de reprodução assistida, colocou em manifesto que, além das complicações perinatais, o risco de nascer com algum tipo de defeito é maior (8,3%) quando a criança é oriunda de qualquer técnica de reprodução em comparação com aqueles que são naturalmente concebidos (5,8%). Nesta pesquisa, constataram-se também diferenças significativas segundo a técnica empregada: 7,2% das crianças oriundas da FIV apresentaram problemas, sendo a porcentagem de 9,9 quando houve o emprego da ICSI (DAVIES et al., 2012).

A despeito das contribuições da técnica de ICSI para a infertilidade masculina, torna-se imperioso discutir o potencial de risco sofrido pelas crianças nascidas a partir desse procedimento, visto que a ICSI é uma técnica de micromanipulação invasiva cuja injeção substitui as etapas de interação entre os gametas como reação acrossômica, união do espermatozoide à zona pelúcida, penetração e interação das membranas ovocitárias e espermática (LEAL, 2003, p.160).

A fecundação forçada do ovócito, por meio dessa técnica demonstrou ser um alto risco para a descendência, uma vez que a incapacidade fecundante dos espermatozoides é geralmente devido a causas genéticas, ou associada a alterações do cromossomo Y ou, então, a mutações induzidas por agentes tóxicos ambientais. A partir do momento em que a capacidade fecundante de espermatozoides alterados é forçada, o risco de herdar alterações devidas à esterilidade paterna é transferido para as seguintes gerações, no caso de filhos do sexo masculino (MORATALLA et al., 2012, p. 472).

Moratalla et al. (2012, p. 493) também mencionam que 6% dos homens estéreis tem um cariótipo com anomalias do tipo de trissomias dos cromossomos sexuais. A título exemplificativo, a síndrome de Klinefelter¹⁵, que ocorre em 1 a cada 500 meninos nascidos, afeta 14% dos homens com azoospermia não obstrutiva. O emprego da ICSI, assim, permite a transmissão à descendência desse tipo de enfermidade genética. Nessas circunstâncias, a autora defende ser imprescindível uma análise rigorosa das causas de esterilidade masculina e, sendo constatada qualquer tipo de alteração cromossômica, o ideal é que a ICSI seja desaconselhada.

¹⁵ A síndrome é devida a uma alteração cromossômica numérica, onde o portador é do sexo masculino e apresenta o cariótipo 47, XXY. A característica mais comum é a esterilidade. Apesar da função sexual ser normal, os portadores da síndrome não podem produzir espermatozoides devido à atrofia dos canais seminíferos e, portanto são inférteis. Normalmente, são magros e apresentam: estatura elevada; braços relativamente longos; pênis pequeno; testículos pouco desenvolvidos devido à esclerose e hialinização dos túbulos seminíferos; pouca pilosidade no púbis; níveis elevados de LH e FSH, podem apresentar uma diminuição no crescimento de barba; ginecomastia (crescimento das mamas), devido aos níveis de estrogênio (hormônio feminino) mais elevados do que os de testosterona (hormônio masculino); problemas no desenvolvimento da personalidade provavelmente em decorrência de uma dificuldade para falar que contribuem para problemas sociais e/ou aprendizagem. Informações extraídas de <<http://www.ghente.org/ciencia/genetica/klinefelter.htm>>. Acesso em: 11 de nov. 2014.

Essas questões, segundo Moratalla *et al.* (2012), representam apenas a ponta do *iceberg*, sendo, pois, imprescindível determinar quais aspectos das técnicas causam mais riscos e como poderiam ser minimizados e avançar na investigação para descobrir se a exposição a um ambiente *in vitro*, na fase mais frágil do processo evolutivo humano, afeta o desenvolvimento de órgãos e tecidos. Scherrer *et al.* (2012), em seus estudos, constataram que há alterações que aparecem a longo prazo, como a enfermidade sistêmica pulmonar e cardiovascular, causadas pela exposição do embrião nos primeiros dias, nos quais está vulnerável, a um entorno adverso e à estimulação ovárica.

Somente a partir de pesquisas aprofundadas será possível definir uma indicação clara quanto aos usos dos diferentes procedimentos das técnicas de reprodução assistida, a fim de minimizar os riscos associados ao seu caráter invasivo.

Por essa razão, incumbe à Bioética e ao Direito dirigir as biotecnologias e não o contrário. O cerne da questão reside na distinção que deve ser feita entre o progresso verdadeiro e o progresso aparente, considerando aquele como o emprego de meios técnicos que estão a serviço do real desenvolvimento da personalidade humana.

CRÍTICA À ENTIFICAÇÃO DA TÉCNICA

Fukuyama (2003, p. 111), ao formular a pergunta “por que deveríamos nos inquietar com relação à biotecnologia?”, elucida que:

(...) o medo mais profundo que as pessoas expressam acerca da biotecnologia nada tem de utilitário. Trata-se antes de um medo de que, no fim das contas, ela nos faça de algum modo perder nossa humanidade – isto é, alguma qualidade essencial que sempre sustentou nosso senso do que somos e de para onde estamos indo (...). Poderíamos assim emergir do outro lado de uma grande linha divisória entre história humana e história pós-humana sem nem mesmo perceber que o divisor de águas fora rompido porque teríamos sido cegos ao que era essa essência.

O autor prossegue questionando o que seria a essência humana posta em perigo e responde, com uma perspectiva secular, ainda que de forma cíclica, que a essência humana não pode ser outra coisa senão a própria natureza humana: as características típicas¹⁶ da espécie

¹⁶ Fukuyama (2003, p.140) explica que a palavra “típico” não implica determinação genética rígida, pois todas as características mostram variação dentro da mesma espécie; do contrário a seleção natural e a adaptação evolucionária não poderiam ocorrer. Tipicidade, portanto, é um artefato estatístico e refere-se a algo próximo da mediana de uma distribuição de comportamentos ou características. O autor também rebate a alegação de que não existiria uma natureza humana haja vista a inexistência de verdadeiros universais ao argumentar que uma característica não precisa ter uma variância (desvio padrão) zero para ser considerada um universal,

partilhada por todos os seres humanos como seres humanos.

Fukuyama (2003, p.137) argumenta que a natureza humana é o fundamento para determinar quais pontos na biotecnologia precisam de maiores salvaguardas contra desenvolvimentos futuros e ressalta que a natureza humana não dita uma lista única e precisa de direitos. A natureza humana é complexa por ser flexível, uma vez que interage com vários ambientes naturais e tecnológicos, e ao mesmo tempo, não é infinitamente maleável e, por isso, deve ser protegida contra avanços da biotecnologia que diminuam a condição humana. É a natureza humana que confere senso moral e habilidades sociais para viver-se em sociedade, servindo de base para discussões filosóficas sobre direito, justiça e moralidade. O abandono dessa ideia levaria a um território sombrio e demasiadamente incerto.

Ao externar suas preocupações com os efeitos da biotecnologia sobre a natureza humana, Fukuyama (2003), entretanto, equivocou-se ao atribuir à biotecnologia um valor entitativo, um papel hostil que ameaça escapar do domínio dos homens. Essa preocupação com a despersonalização do ser humano, tida como consequência da absorção por parte da técnica, resulta da incompreensão do fato histórico de que o homem sempre existiu envolvido pelas técnicas.

Não há como pensar técnica sem homem e, por isso, a técnica nunca dominará o homem, pelo simples motivo, como coloca Pinto (2005), de estar sempre subordinada aos interesses dele, não sendo possível escapar do seu poder. A biotecnologia, nesse sentido, apenas reflete o progresso da hominização.

Quando se verifica a espoliação de certos grupos humanos, o autor da espoliação não é a técnica, mas um grupo ou classe social que se vale dos instrumentos técnicos para a satisfação de seus fins. Fukuyama (2003) não atenta para esse papel das relações sociais de produção e, por isso, alerta para os perigos que a biotecnologia pode causar à natureza humana. Entretanto, dotar a técnica de aspecto maligno significa conferir poderes demiúrgicos ao que constitui simples adjetivo¹⁷.

A técnica pertence ao homem, único sujeito da sua história; deriva do conhecimento do mundo, não podendo, por isso, ser agente de qualquer ação que requer o exercício por parte de um ser, uma realidade em si (PINTO, 2005, p.174). A única fonte do mal ou do bem para

já que não existe quase nenhum assim. Para ser considerada universal, a característica precisa ter uma mediana e um desvio padrão relativamente pequeno.

¹⁷ Pinto (2005, p.175), nesse ponto, explica que a palavra técnica designa um adjetivo e não um substantivo: o ato, o produzir é que deve ser julgado técnico ou não. A técnica define uma qualidade do ato material produtivo, mas, em virtude de uma mutação semântica, passou a remeter ao homem que pratica atos técnicos. Dessa forma, enquanto adjetivo, a técnica refere-se ao modo de operar, enquanto substantivo refere-se, primeiramente, à pessoa do operador, convertendo-se em seguida em um conceito abstrato. Essa substantivização, como dispõe Pinto (2005, p.180), acaba por ocultar o papel do homem e suas responsabilidades.

o homem é o próprio homem. Ferramentas, máquinas ou quaisquer outros objetos técnicos serão sempre meios pelos quais o bem ou o mal podem ser praticados no seio das contradições das relações sociais entre os homens.

A substantivação ou entificação da técnica atende aos interesses dos grupos sociais poderosos que, mediante a antropomorfização da técnica, fazem passar para segundo plano o papel real desempenhado pelos homens. Numa manobra de auto-inocentamento histórico, os detentores do poder social transferem para uma abstração as responsabilidades objetivas que de fato cabem a indivíduos perfeitamente concretos e identificados (PINTO, 2005, p.180).

A técnica, portanto, tem apenas significado modal, não é sujeito ou motor do processo histórico. Toda história é impulsionada pela consciência dos homens que, mediante a técnica, investiga a realidade objetiva do campo físico e no sistema de relações sociais e, se dispõe a intervir produzindo modificações historicamente visíveis. Daí que a questão do problema não reside na natureza da técnica, mas na sociabilidade na qual determinada técnica se desenvolve. O problema não é a técnica, mas o seu uso social.

Alicerçado nesse raciocínio, Pinto (2005) conclui ser preciso verificar o tipo de sociedade no qual se desenvolve determinada técnica, considerada em si, erroneamente, como problemática, ou seja, torna-se necessário considerar a relação do ser com o desenvolvimento das forças produtivas.

Em concordância, Sève (1997, p. 311) pondera que “ciência e técnica são sempre resultado do mundo social. Se se desconhece este dado fundamental, tomam-se como realidades explicativas entidades mistificadoras”.

Ao se transferir ingenuamente para as técnicas de reprodução assistida um caráter de moralidade que é unicamente atribuível ao homem, os verdadeiros responsáveis por eventuais erros no que diz respeito ao emprego dessas técnicas estarão isentos de responsabilidade¹⁸.

Uma vez que a técnica exprime o modo de ação humana, qualquer valoração ética não lhe diz respeito diretamente, mas a quem dela se utiliza no âmbito das relações sociais. Portanto, inexistente uma moral da técnica, pois a qualificação ética só tem sentido em relação ao homem no desempenho da atuação social (PINTO, 2005, p.168).

Dessa forma, não são as técnicas de reprodução assistida responsáveis pela fragmentação do corpo humano e da sua mercadorização, mas a estrutura da sociedade que permite

¹⁸ A constituição de parceiras entre clínicas especializadas e laboratórios farmacêuticos traz consigo a indagação a respeito das responsabilizações. Essa questão da responsabilidade civil da reprodução humana assistida é abordada de forma detalhada por Fernandes (2005, p. 127-150).

e justifica a perpetração deste resultado. A forma social capitalista dá um teor capitalista para as técnicas de reprodução assistida a fim de cumprirem, precipuamente, o papel de geração de riqueza através das experiências proporcionadas.

A concepção que pretende responsabilizar as técnicas de reprodução assistida pelos resultados desumanos que com frequência acarretam é ingênua, pois ignora que a tecnologia será sempre uma mediação. Unicamente no homem reside o verdadeiro responsável pelos aspectos negativos sobre o próprio ser humano.

Aponta-se, portanto, para a necessidade de problematizar os limites da manipulação antecipada dos processos da vida biológica e de discutir a responsabilidade dos diversos agentes com o futuro da humanidade.

O fulcro central da questão reside no fato de que toda técnica desenvolve-se em determinada forma de organização social e, no capitalismo, esse avanço tecnológico está intimamente vinculado à produção de riqueza e aos meios de aquisição de poder, carecendo de construções valorativas, ante aos custos que possa causar à manutenção de direitos aclamados como fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sinaliza-se a existência de um paradoxo inquietante, pois precisamente nesse momento atual de incertezas, as sociedades precisam dirimir opções éticas decisivas. Todavia, como encontrar pontos de referência objetivos em uma época tão marcada pelo ceticismo? Talvez a saída desse labirinto, pontua o autor, consista em um novo esforço para redescobrir o ser humano; sua natureza humana.

Por essa razão, este trabalho buscou enfatizar a necessidade de uma tutela protetiva forte para o embrião extracorporal e para a mulher. Diante dos novos dilemas bioéticos, é a essência do ser humano que está posta em questão; do homem como sujeito que resiste à coisificação, sendo a grande tarefa de todas as esferas do conhecimento distinguir o que personaliza o ser humano daquilo que o despersonaliza.

Incumbe, portanto, à Bioética construir um espaço democrático para que seus conflitos sejam melhor resolvidos por meio da racionalidade e da argumentação. Nesse sentido, sustenta-se que um direito que efetivamente deve ser universalizado é a existência de espaços permanentes de discussão a fim de se evitar a imposição de valores e interesses dos grupos majoritários e das potências hegemônicas. Mister, também, ressaltar que os problemas de uma sociedade pluralista, como as sociedades ocidentais, serão sempre renegociáveis, isto é, passíveis de revisão, constituindo-se em ambiente aberto de discussão.

REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidade de la persona**. Madri: Tecnos, 2012.

BALLESTER, Francisco José Balesta. El equívoco de la esterilidad: ¿enfermedad o manipulación? **Revista de Bioética y Derecho**, núm. 23, set., p. 21-34, 2011. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7660>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

CORRÊA, Marilena C. D. V. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. **Bioética**, vol 9, nº 2, p. 71-82, 2001. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/246>. Acesso em 13 nov. 2014.

DAVIES, M.J. *et al.* Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects. **New England Journal of Medicine**, v. 366, n.19, p. 1803-1813, maio, 2012. Disponível em: <<http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa1008095#t=abstract>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

HANSEN, Michèle; *et. al.* Assisted reproductive technologies and the risk of birth defects: a systematic review. **Human Reproduction**. vol.20, nº.2, 2005 p. 328–338. Disponível em: <<http://humrep.oxfordjournals.org/content/20/2/328.full.pdf+html>>. Acesso em 18 set. 2014.

LEAL, Cecilia Hernandez. Inyección intracitoplasmática del espermatozoide (ICSI): una técnica de reproducción asistida con indicaciones. **Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología**, vol. 54, núm. 3, p. 157-163, 2003. Disponível em: <http://www.fecolsog.org/userfiles/file/revista/Revista_Vol54No3_Julio_Septiembre_2003/v54n3a03.PDF>. Acesso em: 11 nov. 2014.

MORATALLA, Natalia López. El precio del milagro de los nacimientos por las técnicas de fecundación asistida. In: **Cuadernos de Bioética**, Murcia, vol. XXIII, nº 2, 2012, p. 421-466. Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87524464008>> Acesso em 20 set. 2014.

_____.; *et. al.* Riesgos para la salud de los nacidos por las técnicas de fecundación asistida: la punta de um iceberg. In: **Cuadernos de Bioética**, Murcia, vol. XXIII, nº 2, 2012, p. 467-527. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87524464009>> Acesso em: 20 set. 2014.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**, vol1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

REIS, Ana Regina Gomes. O ethos em tempo de Bioética: o site como tropo. In: FERREIRA, Verônica; ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula (Orgs.). **Feminismo e novas Tecnologias Reprodutivas**. Recife: SOS CORPO – Instituto Feminista para a Democracia, nov. 2006, p.79-94.

SANTOS, Maria de Fátima Oliveira dos. **Injeção intracitoplasmática de espermatozoides: questões éticas e legais**. Rev. Bras. Saude Mater. Infant., Recife, v. 10, supl. 2, p.289-296 dec. 2010 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 nov. 2014.

SCHERRER, U. et al. Systemic and Pulmonary Vascular Dysfunction in Children Conceived by Assisted Reproductive Technologies. **Circulation**, v.125, n.15, p. 1890-1896, mar., 2012. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/22434595>> Acesso em: 04 dez. 2014.

SÈVE, Lucien. **Para uma crítica da razão Bioética**. Lisboa, Piaget, 1997.

A REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA BRASILEIRA SOBRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS INDIVÍDUOS GERADOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA VERSUS O DIREITO À INTIMIDADE DOS DOADORES DE GAMETAS

ANNE LACERDA DE BRITO ¹
CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ ²

RESUMO

Através do presente trabalho foi analisado o tratamento normativo que o Brasil tem dispensado à inseminação artificial heteróloga, ao direito à identidade genética e ao anonimato dos doadores de gametas, quer seja por instrumentos normativos já consolidados ou por projetos de lei. Após esse estudo, concluiu-se, ao fim, pela importância da regulamentação por meio das leis, em razão da função uniformizadora que elas possuem, sendo claro que o fato do Poder Legislativo não apreciar o tema, não faz com que ele seja extirpado do contexto social, persistindo os problemas que podem afligir sobremaneira os indivíduos envolvidos.

Palavras-chave: Identidade genética. Intimidade. Inseminação artificial heteróloga.

INTRODUÇÃO

Com as inovações jurídicas trazidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, foi incorporado um novo conceito de “família” ao ordenamento jurídico pátrio.

A Magna Carta, em seu artigo 227, § 6º vedou a desigualdade entre os filhos, quer tenham sido eles adotados, bem como havidos ou não na relação do casamento. Tal dispositivo e a adequação do Direito aos avanços médicos serviram como fundamento para que no art. 1.597, incisos III e V, o legislador tratasse das inseminações homóloga e heteróloga, estendendo aos indivíduos gerados nessa condição a denominação de filhos.

¹ Aluna especial do Mestrado em Direito Processual Civil da UFES; pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela FGV; graduada em Direito pela FDV. Advogada-sócia do escritório Brito & Simonelli Advocacia e Consultoria. E-mail: anne@britoesimonelli.com.br.

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UFG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogada do escritório Brito & Simonelli Advocacia e Consultoria. E-mail: crispazo@uol.com.br. Grupo de

A inseminação artificial é uma técnica de reprodução humana medicamente assistida, cujo escopo é auxiliar pessoas com dificuldade a procriar a realizar seu projeto parental por meio de um impulso científico.

Nessa técnica reprodutiva, a fecundação ocorre diretamente no organismo materno, e ela se divide em duas espécies: homóloga e heteróloga, as quais diferenciam-se, basicamente, em razão da origem do material genético utilizado em cada uma delas. Enquanto na primeira, os gametas pertencem ao casal, na heteróloga é necessária a utilização de sêmen, óvulo ou até mesmo do embrião de um terceiro estranho ao casal.

O Código Civil de 2002 trata sobre o tema *sub examine* no momento em que fixa as hipóteses de presunção legal de filiação, como se vê do artigo abaixo transcrito, com grifos nossos:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido³.

Além desses incisos, o outro único instrumento normativo brasileiro que versa sobre a utilização dessas técnicas é a Resolução n. 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual, no que importa para o presente trabalho, prevê o seguinte:

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES [...] 4 – Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Após a leitura do trecho acima, observa-se que a Resolução resguarda apenas o direito de sigilo à identidade do doador (bem como do receptor), e, da mesma forma que o Código Civil, não dispõe sobre o direito de identidade do filho gerado através do gameta do doador anônimo.

Albergando tal direito, impõe-se de forma expressa, exclusivamente, o art. 48 do Esta-

³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002 (Código Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

tuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD), o qual prevê tal direito aos filhos adotados, nos seguintes termos:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

O direito ao sigilo representa uma proteção para doadores e receptores envolvidos na reprodução, eis que impede o estabelecimento de qualquer vínculo parental entre o doador e a criança, quer a título de filiação, alimentos ou direito sucessório.

Em contrapartida, mais que simplesmente saber a forma pela qual foi gerado, a concessão do direito à identidade genética permite ao indivíduo reconhecer e entender aspectos que estão diretamente ligados ao DNA, tais como determinadas características físicas ou mesmo psicológicas, bem como a descoberta e, inclusive, a cura de certas doenças genéticas, entre outros aspectos, como a prevenção de casamentos entre irmãos ou pais e filhos.

O respeito a tal direito viabiliza a concretização da dignidade humana, cujo desrespeito acarreta prejuízos inenarráveis ao indivíduo, eis que incidentes não só no contexto jurídico, mas também psicológico, social e sanitário.

A seguir, analisaremos os projetos de lei propostos pelo Poder Legislativo a fim de suprir as lacunas existentes, em que pese as normas citadas.

PROJETOS DE LEI BRASILEIROS SOBRE O TEMA

Até o ano de 2015 inexistem no Brasil normas legais que versem especificamente sobre a contraposição entre o direito de conhecimento da origem genética dos seres humanos gerados por inseminação artificial heteróloga e o direito ao sigilo do doador de gametas.

Como visto introdutoriamente, existem normas esparsas no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Resolução nº 2.013/13 do CFM, tratando isolada e superficialmente sobre os direitos citados.

No Congresso Nacional tramitam diversos projetos de lei sobre o tema “reprodução assistida”. Dentre eles, o mais abrangente é o Projeto de Lei 1184/03⁴, que foi proposto pelo Senado Federal, em substituição ao Projeto de Lei 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara.

No PL 1184/03 é percebida uma maior proteção ao sigilo, que deverá ser respeitado sempre que possível. Essa última expressão deixa claro, entretanto, que embora tenha um

⁴ BRASIL (Senado Federal). **Projeto de Lei n. 1184, de 2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

grande valor, o anonimato não deve ser visto como uma regra absoluta, sendo possível a sua flexibilização.

Também foi destacada a importância dos impedimentos do casamento, como se vê da tabela de comparação entre os projetos, encontrada no sítio virtual do Projeto Ghente⁵:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90, DE 1999	PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90 (SUBSTITUTIVO), DE 1999	PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90, DE 2001(SUBSTITUTIVO)
<p>Art. 6º, § 3º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou sua saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.</p>	<p>Art. 10, § 1º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.</p>	<p>Art. 9º, § 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.</p>

Restou clara também a inexistência de vínculo parental-filiatório entre o doador de gametas e a pessoa nascida por processo de reprodução assistida, ainda que os beneficiários (pais) venham a falecer (art. 16, *caput* e § 1º e art. 17).

Outro importante direito é o de ter conhecimento sobre informações para transplantes de órgãos ou tecidos, restando garantido o segredo profissional e, sempre que possível, o anonimato (art. 16, § 2º), com alcance de dados até os parentes de 2º grau do doador e da pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida. Observe-se que, conforme a redação do Projeto, não só o indivíduo gerado por AID poderá buscar o doador, mas também este poderá recorrer ao primeiro, caso necessite de um transplante.

⁵ http://www.ghente.org/doc_juridicos/comparativo.htm

Ressalte-se que tal projeto recebeu proposta de emendas, dentre as quais destacamos três, que visavam: à restrição da possibilidade de conhecimento da identificação do doador; à identificação genética e ao reforço do sigilo, com a alteração dos arts. 9º e 16, § 2º.

Em parecer sobre o tema, datado de 20/03/2003, o ex Senador Tião Viana se manifestou pela rejeição das referidas emendas, sob o seguinte fundamento:

Quanto às Emendas nºs 5 e 7, mantemos nossa opinião de que a pessoa nascida a partir das técnicas de Reprodução Assistida possui o direito legítimo de conhecer todas as informações sobre o processo que a gerou [...], desde que manifeste sua vontade livre, consciente e esclarecida. É importante ressaltar que, embora permita a quebra do sigilo da adoção, com o intuito de garantir o direito à identidade, o Substitutivo veda, em seu Art. 17, o reconhecimento de qualquer direito ou vínculo quanto à paternidade ou maternidade, entre o doador e seus parentes biológicos e a pessoa nascida por esse método, salvo os impedimentos matrimoniais arrolados na legislação civil.

O posicionamento acima possui compatibilidade com o defendido pelas autoras do presente trabalho, ou seja, com a possibilidade de conhecer o passado ancestral sem que necessariamente seja revelada a identidade civil do doador, motivo pelo qual se entende que o PL 1184/03 gerará bons frutos se aprovado nos moldes em que tem caminhado.

Oportuno ainda aduzir que ao PL 1184/03 encontram-se pensados outros 15 novos projetos de lei. Com o pensamento, o teor desses projetos deverá ser analisado juntamente com o projeto principal, sendo proferido um único parecer pela Comissão responsável pela análise da proposição, conforme determinam os artigos 142, II e 143, III do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).

Dentre eles, destaquemos o conteúdo do PL 4.686/04⁶, o qual possui temática diretamente ligada ao núcleo desse escrito, não devendo ser esquecido quando do estudo do PL 1184/03. Segue a ementa do referido projeto:

Introduz art. 1.597-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona.

Como se vê, o escopo do projeto é introduzir o artigo 1.597-A no vigente Código Civil, atribuindo a ele o seguinte conteúdo:

⁶ BRASIL (Senado Federal). **Projeto de Lei n. 4686, de 2004**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

Art. 1597- A. As instituições de saúde, detentoras de licença de funcionamento concedidas na forma da lei, que realizarem Reprodução Assistida, e os profissionais responsáveis pela execução dos procedimentos médicos e laboratoriais pertinentes, estarão obrigadas a manter em arquivo sigiloso, e zelar pela sua manutenção, todas as informações relativas ao processo, às identidades do doador e da pessoa nascida por processo de inseminação artificial heteróloga, de que trata o inciso V, do artigo anterior.

§ 1º. À pessoa nascida pelo processo a que alude este artigo é assegurado o acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre e consciente, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive a identidade civil do doador e mãe biológica, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissionais e de justiça.

§ 2º A maternidade ou paternidade biológica resultante de processo de reprodução assistida heteróloga não gera direitos sucessórios.

§ 3º O conhecimento da verdade biológica impõe a aplicação dos artigos 1521, 1596, 1626, 1628 (segunda parte) deste Código.

A intenção do projeto se mostra positiva, eis que ao mesmo tempo em que protege o direito ao sigilo, o limita em razão da vontade do indivíduo em conhecer seu passado genético. Corretamente, não se olvida o PL, entretanto, de que tal direito não implica benefícios sucessórios, além de gerar impedimentos para o casamento, fatos que não impedem que o filho seja tratado com igualdade em relação aos demais frutos da família socioafetiva.

Registre-se, entretanto, que os artigos 1.626 e 1.628 do Código Civil foram revogados pela Lei n. 12.010/09, razão pela qual não deverão mais contar no parágrafo 3º do futuro (em caso de aprovação) artigo 1.597-A.

É importante ainda pontuar as justificativas que foram aduzidas para a inserção de tal dispositivo no Código Civil. Em relação ao momento que deve ocorrer o referido conhecimento, o Deputado José Carlos Araújo⁷ afirma:

[...] tais informações genéticas devem ser transmitidas ao ser concebido quando este tiver maturidade suficiente para entender tal situação, e também quando tiver condições para suportar psicologicamente a realidade ou quando isto se fizer necessário para preservação de sua saúde e integridade física. Esse direito, também, pode ser conveniente se o filho vier a sofrer alguma enfermidade vinculada a herança genética, ou então, queira prevenir tais doenças.

Ademais, expõe o deputado que, com a inseminação assistida heteróloga, os pais civis adquirem a autoridade parental sobre o filho, sendo deles a responsabilidade de criá-lo e

⁷ BRASIL, (Senado Federal). **Projeto de Lei n. 4686, de 2004**, p. 152. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

educá-lo, restando afastada a possibilidade deste em requerer alimentos ou participar do processo sucessório dos pais biológicos, ainda que saiba quem eles são. É mencionado ainda pelo deputado, de forma acertada, que “O conhecimento da origem genética não modifica em nada as relações jurídico-familiares que tal indivíduo possui com seus pais e sua família afetiva”⁸.

Em parecer proferido em 12/04/2005, a Consultora Técnica da Coordenação de Biotecnológica em Saúde, Adriana Diaféria, concorda com o impedimento à formação de vínculos parentais que desrespeitem as regras gerais do Código Civil, bem como com a vedação aos direitos sucessórios em face dos doadores de gametas, sob a justificativa de que “o projeto parental somente se destina aos receptores da técnica de reprodução assistida”⁹. A parecerista, entretanto, faz a seguinte ressalva:

[...] o direito ao conhecimento da verdade biológica do ser gerado pela técnica da reprodução assistida poderá colidir com o direito ao anonimato dos doadores dos gametas, que é considerado um dos pressupostos para a reprodução assistida. Para que haja o devido balizamento entre estes direitos um sistema muito seguro de dados deverá ser constituído de forma a evitar lesões aos direitos fundamentais dos envolvidos.

Observe que é exposta pela consultora uma solução para o conflito entre os direitos ao sigilo e ao conhecimento das origens genéticas, qual seja a criação de um seguro sistema de dados, à qual nos posicionamos de forma favorável. Em tal banco de dados seriam disponibilizadas informações daqueles que disponibilizam seu material genético em clínicas de reprodução, tendo acesso ao conteúdo médicos e oficiais de registros civis, de modo a resguardar questões de saúde e impedimentos matrimoniais.

Destacamos ainda a existência do PL 115/2015 de autoria do Deputado Juscelino Rezende Filho, que, em complemento ao PL 4892/2012, ao qual foi apensado, visa instituir o Estatuto da Reprodução Assistida.

No Estatuto restariam regulamentadas a aplicação e a utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais, sendo fixadas diversas regras, inclusive referência principiológica (art. 7º), controle administrativo (arts. 60 a 75) e infrações criminais (arts. 76 a 100).

No que interessa ao presente trabalho, destacam-se os arts. 19, 48, 50, 51 e 52. O primeiro deles¹⁰ trata sobre o direito à intimidade, mantendo, assim como o projeto anteriormente

⁸ Ibid., p. 153.

⁹ DIAFÉRIA, Adriana. Parecer técnico sobre o Projeto de Lei nº 4686 de 2004. Brasília, abr 2005. Disponível em: <<http://www.ghente.org/>>. Acesso em: 10 maio 2015.

¹⁰ Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvo guardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso

analisado e as normas já existentes, o direito ao sigilo como regra. Resguarda, contudo, o direito da pessoa nascida através da técnica reprodutiva de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial.

As ações com tal fim são descritas no Capítulo IV, que compreendem os arts. 50 a 52¹¹, sendo de dois tipos: a) ação de investigação de origem biológica e b) ação negatória de paternidade. Tanto o art. 48¹², como o parágrafo único do art. 50 deixam clara a inexistência de formação de vínculo filiatório nem tampouco quaisquer direitos ou deveres oriundos dessa relação.

As ações são ainda condicionadas a alguns fatores, quais sejam: interesse relevante para garantir a) a preservação de sua vida, b) manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica, e c) em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial. Ao doador também é garantida a utilização da via judicial em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.

Observa-se que há abertura interpretativa nas expressões “outros casos graves” e “outro motivo relevante”, podendo ser abarcadas diversas hipóteses nesses conceitos, permitindo a atualização constante dos dispositivos, eis que serão preenchidos pelo contexto social vigente.

Finalizando a discussão acerca dos projetos de lei brasileiros, importante trazer à lume o pensamento de GAMA¹³ sobre o tema, segundo o qual:

Apesar das iniciativas legislativas noticiadas neste trabalho, ainda há muito trabalho a ser feito, devendo os debates, obrigatoriamente, envolver a sociedade civil, as comunidades morais, religiosas, científicas e acadêmicas nos diversos setores e, especialmente, as pessoas humanas, principais interessadas e destinatárias das normas jurídicas em trabalho de construção.

de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial. Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.

¹¹ Art. 50. A ação de investigação de origem biológica é permitida nos limites previstos no artigo 19 deste Estatuto. Parágrafo único. Do conhecimento judicial do liame biológico entre o doador de gametas e o nascido com seu material genético não será estabelecido o vínculo de filiação e não decorrerá qualquer direito pessoal ou patrimonial ou dever oriundo do vínculo paterno-filial.

Art. 51. A ação negatória de paternidade será permitida nas hipóteses de erro de consentimento quanto à utilização da inseminação ou fertilização heteróloga ou em caso de fraude em razão de infidelidade do outro genitor, tanto na modalidade homóloga quanto na heteróloga. Parágrafo único. Nos casos acima previstos, caberá à mulher igual direito.

Art. 52. A ação negatória também será permitida se houver fundada suspeita de que não foi aplicada pelo médico a técnica escolhida no termo de consentimento informado. Parágrafo único. Nesta hipótese, a sentença que reconhecer o erro médico não desconstituirá o vínculo paterno-filial existente.

¹² Art. 48. Nenhum vínculo de filiação será estabelecido entre o ser concebido com material genético doado e o respectivo doador, ainda que a identidade deste venha a ser revelada nas hipóteses previstas no artigo 19 deste Estatuto.

¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 301-302.

Tendo isso em vista, passa-se às críticas em relação às normas pátrias referentes a esse importante assunto do Biodireito e da Bioética.

CRÍTICAS À REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA

Diante do que foi exposto nas linhas anteriores, é notável a insuficiência das normas existentes sobre o tema em questão no Brasil, restando uma questão a ser respondida à luz de aspectos sobre o Biodireito, a Bioética e a dinâmica dos procedimentos biotecnológicos: legislar ou não legislar?

Citado por SAUWEN e HRYNIEWICZ, observa-se a opinião de Aldous Huxley¹⁴ sobre o assunto, segundo o qual, “A melhor forma de lidar com dilemas morais é deixar as decisões práticas subordinadas às pessoas mais diretamente afetadas [...] esta é uma área da ética que seria melhor retirar da esfera dos governos e devolver às ‘comunidades locais’”.

Apesar de haver até certa beleza na citação acima, nota-se que a mesma está permeada pela imagem de um mundo ideal, em que todos os indivíduos seriam prudentes e suas decisões não trariam graves consequências à sociedade. Entretanto, é cediço que, por tal situação não corresponder à realidade, houve a necessidade de criação de um Estado, apto a dirimir os conflitos sociais, bem como regular as condutas daqueles que o compõe.

Nesse contexto, a legislação corresponde “expressão inquestionável de segurança, de limites, dos valores comuns da comunidade que sente necessidade de sua determinação via normativa, como parâmetro de conduta observável por todos.”¹⁵ No mesmo sentido, posiciona-se GARRAFA¹⁶, para quem o fundamento das leis “mais do que evitar ou punir qualquer conduta censurável, era o de manter um certo equilíbrio na sociedade”.

Infere-se, assim, a importância conferida à regulamentação por meio das leis, eis que, como se vê, a estas é dada a função de uniformizar as ações e comportamentos sociais.

Com a existência de instrumentos normativos, embora não se cerque todos possíveis problemas que podem afligir uma comunidade, há uma maior paz e segurança jurídica, pois os indivíduos têm um pilar em que pautar suas condutas, de forma que existe certa previsibilidade quanto a elas – as quais têm a paz social como norte –, sendo ainda admitidas sanções a quem venha ferir essa expectativa.

¹⁴ HUXLEY, Aldous *apud* SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 98.

¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001, p. 106-107.

¹⁶ GARRAFA, Volnei. Bioética: os limites da manipulação da vida. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 169, jan.-mar. 1997.

Diante disso, segundo LEITE¹⁷:

No aguardo de uma posição firme e objetiva do legislador, a maioria dos países tem recorrido às regulamentações alternativas que hoje são de quatro naturezas:

- a) Os Códigos de deontologia profissional;
- b) Os Regulamentos que se impõem certas associações;
- c) As regras de conduta baixadas por certas instituições particulares;
- d) As orientações dos comitês de ética.

Estas regras não têm a mesma natureza, mas elas se apresentam todas como alternativas de uma legislação estrita. Resta saber qual é o seu valor, sua legitimidade e pertinência.

Observe-se que o Brasil não foge à regra destacada acima pelo doutrinador, e, de fato, diante da ausência de atividade legislativa, o que tem regulado as práticas relativas à inseminação artificial heteróloga é um código deontológico médico, qual seja a Resolução n. 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina.

Tal situação impõe ao Brasil uma elevada insegurança jurídica, eis que além de ser insuficiente, a Resolução não possui coercibilidade, nem tampouco aval social – como acontece com as normas oriundas do Poder Legislativo, já que seus componentes são eleitos –, o que é imprescindível para tratar um tema tão polêmico e com consequências para os mais diversos âmbitos, já que “[...] com a fertilização assistida, no porvir, poder-se-á ter uma legião de seres humanos feridos na sua constituição psíquica e orgânica [...]”¹⁸. Inclusive, consoante BUSSINGUER¹⁹,

A Resolução do Conselho Federal de Medicina 1957/2010²⁰ representa um avanço no enfrentamento das questões éticas relativas à reprodução assistida no Brasil e coloca o Conselho Federal de Medicina (CFM) como o protagonista normativo de problemas sociais que já deveriam ter sido objeto de decisão do Poder Legislativo. Ela evidencia o descompasso entre o tempo social e o tempo legislativo e o atraso a que ficamos submetidos enquanto o legislativo não consegue dar conta de uma sociedade que renova seus padrões éticos e de uma ciência em permanente avanço.

É de grande importância o entendimento trazido pela autora de que a ciência encontra-se em constante evolução, da mesma forma que os valores éticos da sociedade, de maneira que o Poder Legislativo não consegue corresponder à expectativa social.

¹⁷ LEITE, op. cit., p. 109-110, nota 15.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 572.

¹⁹ BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. O desafio e a coragem de superar o atraso legislativo brasileiro. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília, v. 6, n. 1-4, p. 147, 2010.

²⁰ Posteriormente substituída pela Resolução nº 2.013/2013.

É nesse diapasão que alguns doutrinadores defendem a não regulamentação desse tipo de tema, que possui uma dinâmica muito mais veloz do que o processo legislativo, entendendo-se que “[...] o impasse mais marcante é o que ocorre entre uma pretensa estabilidade das normas e o ritmo acelerado em que vão acontecendo as descobertas no campo biomédico. Em termos práticos: é praticamente impossível produzir normas em número e essência apropriados às novidades.”²¹

Ocorre que, em contrapartida a este posicionamento, encontram-se outros autores que entendem como possível a regulamentação do tema por meio de leis, em vez de criar um Código, por exemplo. Segue a posição de MADALENO²²:

[...] a abordagem acerca da reprodução assistida no Código Civil é superficial, só sendo referida por decorrência da filiação conjugal presumida, e a normatização da matéria deve ser estabelecida por leis especiais, porque são constantes e dinâmicas as mudanças nessa seara de infindas descobertas no campo da engenharia genética, não comportando sejam reguladas em códigos, cuja maior característica é justamente a estabilidade das leis, afirmando Miguel Reale que ‘novidades, como os filhos de profeta, só podem ser objeto de leis especiais, mesmo porque transcendem o campo do Direito Civil’.

Eduardo de Oliveira Leite também defende a flexibilidade das leis e acredita na urgência na criação das mesmas, ressaltando, entretanto, que além de maleável, a legislação para tratar sobre essas questões deve ser firme²³. Ademais, segundo o mesmo autor²⁴:

Ela [a lei] deve interferir rapidamente, se ajustar às novas conquistas tecnológicas e, sendo objeto de largo debate parlamentar (que pode e deve ser completado pela contribuição de estudos externos), vem imantada da legitimidade capaz de garantir a validade de sua inserção no meio social concretizando o escopo último de qualquer empreendimento do sujeito de Direito: o resgate da dignidade humana.

Importa realçar que o referido debate parlamentar, além de estar ligado com estudos técnicos, deve partir também de um debate social, vez que:

[...] se o direito não considerasse a realidade fática e axiológica (relativa aos valores) de uma sociedade, a norma jurídica seria, como diz o eminente mestre alemão Rudolf Von Ihering, um “fantasma de direito”, um conjunto de termos ociosos que viveria uma vida de mentira sem possibilidade efetiva de realização.²⁵

²¹ SAUWEN; HRYNIEWICZ, op. cit., p. 41, nota 14.

²² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 505.

²³ LEITE, op. cit., p. 116, nota 15.

²⁴ LEITE, op. cit., p. 119, nota 15.

²⁵ SAUWEN; HRYNIEWICZ, op. cit., p. 45, nota 14.

De tal forma, é imprescindível que a tramitação dos projetos de lei precedentemente mencionados seja célere, tendo em vista que não são poucos os debates pelos quais terão que passar, bem como há urgência em regulamentar as questões relativas ao tema.

Tal preocupação, todavia, não é demonstrada pelos congressistas, situação que é vista com ojeriza até mesmo pelos colegas políticos. Como exemplo, no dia 17 de fevereiro de 2012, no Jornal da CBN, foi realizada entrevista com o Deputado Federal Ivan Valente sobre a falta de regras para manipulação genética e a necessidade da criação de um Conselho Nacional de Bioética²⁶.

O Deputado informou que em 2004 propôs o Projeto de Lei n. 3497 para tratar sobre o tema. À época da entrevista, segundo o Deputado, o projeto estava na mesa da Câmara, esperando, por se tratar de uma matéria multidisciplinar, a designação de comissão especial.

Tal comissão não havia sido criada até a época da entrevista e, em consulta ao *site* do Congresso Nacional, vê-se que há diversos pedidos de desarquivamento do processo, sendo que o último andamento dado ao PL é de 07/03/2012, em que o Deputado Ivan Valente apresenta requerimento de Constituição de Comissão Especial.

Segundo o Deputado, a Comissão Nacional de Bioética servirá para criar subsídios importantíssimos a questões polêmicas, ligadas à evolução científica, particularmente, à biogenética e outras ciências, para que saíamos do “achismo”. O congressista pontua que temas tão complexos, que envolvem desde o desenvolvimento científico e tecnológico, até a biologia e a filosofia, precisam ser tratados por especialistas que assessorem os poderes públicos – a Presidência, o próprio Poder Legislativo e o Judiciário quando tem que deliberar sobre tais questões – com a ajuda de pessoas com expertise para resolver problemas atinentes a tais assuntos.

Para o Deputado, a Comissão ainda não foi criada porque, além da inércia do Congresso Nacional, há pessoas que não querem ver esse tema tratado de forma mais científica e menos filosófica, como ocorre com discussões como o uso das células-tronco embrionárias, transplantes, eutanásia, aborto e demais questões que envolvem temas éticos e complexos, que servem de berço para disputas político-ideológicas.

Ocorre que evitar a discussão de tais questões no Poder Legislativo – órgão com legitimidade para tanto – faz com que os problemas a ela relacionados busquem solução no Poder Judiciário, obrigando este órgão a, ao visar acalmar os anseios sociais, frutos da inatividade do Poder Legislativo, usurpar os poderes deste, colocando em perigo a divisão dos poderes traçada pelo ordenamento jurídico pátrio.

²⁶ VALENTE, Ivan. “Criação do Conselho de Bioética esbarra em quem não quer ver algumas questões sendo tratadas de forma científica”. 17 fev. 2012. **Jornal da CBN**. Disponível em: <<http://cbn.globoradio.globo.com>>. Acesso em: 10 mar. 2012 (informação verbal, transcrita pelas autoras desse artigo).

Nesse sentido, de grande importância o voto do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, do Distrito Federal, sobre o aborto de fetos anencéfalos, em que o Ministro destacou o papel de legislador negativo que a Suprema Corte deve assumir. Sobre o aludido papel, expõe PINHEIRO²⁷ que:

Em diversas decisões, o STF exprime a idéia [...] de que a ele não é permitido inovar o sistema jurídico, mas apenas afastar aquelas que julgue em desacordo com as normas constitucionais. A partir desta concepção, o Tribunal utiliza em suas decisões as expressões legislador positivo ou legislador negativo para diferenciar estas competências; neste sentido, o Tribunal somente poderia exercer as prerrogativas de um legislador negativo, ou seja, um órgão capaz apenas de afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais; desta forma, caberia ao poder Legislativo a função de criar novas normas jurídicas, atuando como legislador positivo.

Em suma, percebe-se, então, que o papel de legislador positivo está relacionado com a permissão para introduzir normas no ordenamento jurídico, enquanto o negativo só deve atuar para retirar do ordenamento normas em desacordo com a Magna Carta.

Segundo a divisão de poderes brasileira, esse papel de legislador positivo cabe ao Congresso Nacional, “intérprete último da vontade soberana do povo”²⁸, e o STF, por sua vez, “só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno”²⁹.

Diante disso, afirma o Ministro Lewandowski que a competência do órgão supremo do Poder Judiciário do Brasil:

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional.

Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

²⁷ PINHEIRO, Victor Marcel. **O STF como legislador negativo**. 2006. 68 fl. Monografia (Conclusão da Escola de Formação) – Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2006, p. 5.

²⁸ DISTRITO FEDERAL. STF. ADPF 54. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 06. 11 abr. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2015.

²⁹ Ibid., p. 13.

É notório, portanto, que o fato de o Poder Legislativo não apreciar o tema, não faz com que ele seja extirpado do contexto social, de forma que os membros deste órgão precisam se conscientizar de sua importante função, e regulamentar a reprodução assistida heteróloga, pois, como bem lembra Gama³⁰, a proposital postura omissiva do legislador não impede a referida prática nas áreas da saúde reprodutiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à identidade genética é espécie do direito à identidade, o qual é requisito imprescindível para a concretização da dignidade humana e, nesse trabalho, ele foi abordado em contraposição ao direito à intimidade do doador de gametas.

O levantamento das normas a respeito do tema resulta na identificação de uma situação de extrema importância regulada apenas por um código deontológico médico, que se destina exclusivamente a essa classe profissional, além de possuir vaga menção por dispositivos esparsos do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na tentativa de regulamentar legalmente a matéria, tramitam a passos largos diversos Projetos de Lei sobre o tema da reprodução assistida, sendo especiais para a presente discussão os Projetos de número 1184/2003; 4686/2004 e 115/2015.

Há, inclusive, discussão se a legislação a respeito de questões do Biodireito e da Bioética seria o meio mais adequado para sua abordagem, sob pena de haver engessamento face à dinâmica com que evoluem os procedimentos biotecnológicos.

Ao final, conclui-se pela importância da regulamentação por meio das leis, pela função uniformizadora que elas possuem, sendo claro que o fato do Poder Legislativo não apreciar o tema, não faz com que ele seja extirpado do contexto social, persistindo os problemas que podem afligir sobremaneira os indivíduos envolvidos, que, cada vez mais, aumentam de número.

³⁰ GAMA, op. cit., p. 266, nota 13.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei n. 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 2002 (Código Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. **Projeto de Lei n. 4686, de 2004**, p. 152. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. **Projeto de Lei n. 1184, de 2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. **Projeto de Lei n. 115, de 2015**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. O desafio e a coragem de superar o atraso legislativo brasileiro. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília, v. 6, n. 1-4, p. 147-154, 2010.

DIAFÉRIA, Adriana. Parecer técnico sobre o Projeto de Lei nº 4686 de 2004. Brasília, abr 2005. Disponível em: <<http://www.ghente.org/>>. Acesso em: 10 maio 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010

DISTRITO FEDERAL. STF. ADPF 54. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 06. 11 abr. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

GARRAFA, Volnei. Bioética: os limites da manipulação da vida. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 169, jan.-mar. 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011

PINHEIRO, Victor Marcel. **O STF como legislador negativo**. 2006. 68 fl. Monografia (Conclusão da Escola de Formação) – Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2006, p. 5.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro**: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000

VALENTE, Ivan. “Criação do Conselho de Bioética esbarra em quem não quer ver algumas questões sendo tratadas de forma científica”. 17 fev. 2012. **Jornal da CBN**. Disponível em: <<http://cbn.globoradio.globo.com>>. Acesso em: 10 mar. 2012 (informação verbal, transcrita pelas autoras desse artigo).

O ANONIMATO DO DOADOR DE SÊMEN E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO GERADO

LETÍCIA DURVAL LEITE ¹

RESUMO

A reprodução heteróloga por meio da doação de sêmen gerou inúmeros debates acadêmicos. E, principalmente porque o Brasil não possui nenhuma legislação que regule este tipo de reprodução que, hodiernamente, a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) 2.013/2013 detém força normativa nos assuntos relativos ao tema. Essa resolução prevê que os doadores não devem conhecer a identidade civil do indivíduo gerado e vice-versa. Esta previsão, no entanto, pode violar os direitos da personalidade do indivíduo concebido. Neste contexto, lançou-se mão da dialética para, num primeiro momento, utilizar o direito comparado para demonstrar como a reprodução heteróloga é tratada em outros países, principalmente no aspecto do anonimato daqueles que integram esta relação. Em seguida, buscou-se apresentar os principais argumentos utilizados em defesa da manutenção do sigilo dos dados civis do doador, para, logo em seguida, analisar os direitos personalíssimos do filho gerado que são colocados em cheque pelo anonimato. Este estudo se propõe a demonstrar que há uma violação do direito do indivíduo concebido ao reconhecimento da sua origem genética e à sua dignidade como pessoa humana, cuja essência implica no direito à incolumidade física, psíquica e moral. Por fim, fez-se um breve estudo da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da Unesco, que é explícita tanto à proteção das gerações futuras e quanto à proteção da integridade pessoal dos indivíduos. Conclui-se que os direitos personalíssimos do indivíduo concebido devem prevalecer sobre o direito ao sigilo da identidade civil do doador.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Doação de sêmen. Dignidade humana.

INTRODUÇÃO

Com o avanço da medicina, criaram-se métodos para auxiliar a reprodução, tornando-a acessível àquelas pessoas que por algum motivo não poderiam ter filhos, como, por exemplo, pela doação de gametas a terceiros, em especial a doação de sêmen. Com isso, muitas pessoas passaram a utilizar esses novos meios, e, dessa forma, começaram a surgir questões importantes que podem constituir objeto de pesquisa na teoria e prática do Direito, como, por exemplo, examinar se o anonimato do doador de sêmen infringe ou não os direitos personalíssimos do indivíduo gerado sob o enfoque da dignidade humana e do reconhecimento da identidade genética.

¹ Graduanda em Direito na Faculdade de Direito de Vitória. Estagiária no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Ex-monitora da cadeira de Direito Civil II da Faculdade de Direito de Vitória. E-mail: leticiadleite@gmail.com.

De acordo com José Alfredo de Oliveira Baracho (2011, p.109), “a dignidade humana é um valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética, tendo como base uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num elenco de deveres e direitos correlatos”.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2011, p. 73), a dignidade da pessoa humana trata-se de uma

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Já restou-se incontroverso na doutrina que grande parte dos indivíduos gerados por processo de doação de sêmen podem desenvolver problemas psicológicos no futuro. Um estudo realizado pela *Comission on Parenthood's Future* constatou que muitos dos filhos desejam saber de onde vieram e o sentem incômodo com o modo pelo qual foram concebidos

Além disso, o reconhecimento do histórico familiar, principalmente relacionado aos problemas de saúde, é muito importante em questões como a prevenção e tratamento de doenças. Vale também lembrar que em casos nos quais são necessárias doações de órgãos, a maior probabilidade de existirem doadores compatíveis encontram-se na família.

O problema é que no Brasil não há nenhuma legislação que trate dos casos de doação de gameta, e, atualmente, a resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) 2.013/13 atua como fonte normativa, dispondo sobre a proibição de os doadores conhecerem a identidade dos indivíduos gerados e vice-versa.

É neste ponto que se dá enfoque ao Biodireito, pois a revolução científica não pode desconsiderar a existência de direitos fundamentais. Daí a pertinente observação de Ana Laura Vallarelli Gutierrez Araújo (2011, p.34) no sentido de que “compete ao *Biodireito* permitir condutas que tragam benefícios atuais e futuros, impedindo os malefícios e proibindo o mercado humano, atribuindo a todos o dever de respeitar a dignidade da pessoa humana”.

A presente pesquisa, portanto, tem por escopo principal alcançar uma resposta, a partir dos direitos da personalidade, para o seguinte questionamento: o direito ao anonimato do doador de sêmen viola os direitos da personalidade do indivíduo concebido?

A DOAÇÃO DE GAMETAS

A priori, é necessário entender o que é e quando começou a doação de gametas masculinos. Acerca do conceito dessa técnica, de acordo com Paola Keller de Farias (2013, p.5):

A técnica de inseminação artificial ocorre com a introdução de espermatozoides no interior do canal genital feminino, através de processos artificiais, sem qualquer relação sexual de fato, podendo, ainda, se dar com a retirada do óvulo do corpo feminino para fim de se implantar o espermatozoide em laboratório e, posteriormente, reintroduzi-lo no aparelho reprodutor feminino com o intuito de gerar uma nova vida.

De acordo com Fábio de Barros Correia Gomes (2005, p.3), a inseminação artificial em humanos teve início em 1790, mas passou a ser utilizada em maior escala nos últimos 60 anos, momento no qual passou-se a existir o congelamento dos espermatozoides doados, sendo hoje ainda mais propagado mundialmente esse meio de reprodução assistida. A partir desse momento, como elenca Gomes (2005, p.3), os estados americanos passaram a adicionar em suas legislações algumas normas a respeito do assunto:

Na década de 50 do século passado, a inseminação artificial provocou polêmica nos EUA e Inglaterra quanto aos aspectos legais e morais. Em 1964, a Geórgia tornou-se o primeiro estado americano a legitimar criança concebida com espermatozoide de doador. Nos anos seguintes, muitos estados americanos adotaram leis indicando que o doador de espermatozoide não era, para fins legais, o pai da criança concebida.

A partir disso, nos Estados Unidos da América (EUA), cada estado foi criando sua regulamentação. Por exemplo, o estado de Nova Iorque adotou o anonimato do doador de sêmên, porém dados do doador podem ser liberados judicialmente. Além dos EUA, outros países foram aderindo normas referentes à doação de sêmên. Alguns deles são: a Suíça, a Dinamarca, a China e a Inglaterra.

A Suíça, de acordo com Gomes (2005, p.6) no estudo da Consultoria Legislativa, permite que o jovem, aos 18 anos, conheça o nome do doador. Antes dessa idade, a identidade só é revelada caso a criança, por exemplo, tenha uma doença hereditária. Vale ressaltar também que somente a identidade é revelada, não sendo cabível direitos à herança e à pensão.

Na Dinamarca e na China, ainda conforme Gomes (2005, p.7), as informações dos doadores são confidenciais. Já na Inglaterra e na Alemanha o anonimato do doador foi abolido, e ao completar 16 anos, a criança tem o direito de conhecer seus pais biológicos.

No Brasil, na falta de legislação específica, é vedada a identificação civil do doador pelo Conselho Federal de Medicina. No entanto, a Resolução 2.13/13 cada vez mais é alvo de diversas críticas no âmbito acadêmico, como será visto a seguir.

DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

De acordo com G. David, nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.50), são três os princípios básicos da doação do esperma: que seja para um outro casal, gratuidade e anonimato. Esses princípios basilares teriam por escopo garantir a valorização da doação, assim como o enquadramento da reprodução heteróloga aos valores morais da sociedade.

Consoante o pensamento supracitado, o anonimato do doador de sêmen está previsto, no Brasil, na Resolução do CFM nº 2.013/13, nesses termos:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES: 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador

Inicialmente, é preciso esclarecer o nosso posicionamento sobre a natureza jurídica do anonimato. Ao contrário do que muito se discute, entendemos que o anonimato não é um direito fundamental, sendo, até mesmo, alvo de vedação da Constituição da República (artigo 5º, inciso IV²). No contexto da doação de sêmen, interpretamos o anonimato como direito contratual estabelecido entre as partes, o qual possui respaldo na Resolução do CFM.

Superada a natureza fundamental do direito ao anonimato, ressaltamos que, atualmente, são muitos os argumentos utilizados na defesa da manutenção do sigilo das doações de sêmen, sendo alguns deles: (i) o reconhecimento da adoção/vínculo de paternidade de matriz afetiva; (ii) a vedação das implicações no âmbito do direito sucessório; (iii) os danos que podem advir ao doador pela descoberta de um filho anos após à doação; (iv) a vedação do anonimato diminuiria a quantidade de doações; (v) em caso de doenças graves, o médico poderá solicitar as informações do doador para tratar do paciente, sem que haja prejuízos à sua saúde física.

Sobre o argumento de que a saúde do indivíduo já se encontra resguardada pela Resolução do CFM, defendem Viviane Teixeira Coitinho, Taíse Rabelo Dutra Trentin e Aline Casagrande (2014, p.11), que

² Art. 5º. IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

o direito a identidade genética (...) não deverá imperar diante o sigilo do anonimato. Pois, diante de situações extremas, por motivos de saúde, tem-se já observado a possibilidade pra resolução de tal problema, não sendo satisfatório esse argumento, haja vista, que a quebra de sigilo poderá causar maiores prejuízos.

E, no que tange à criança concebida, Eduardo Leite justifica o sigilo dizendo que:

A doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato.

No entanto, apesar dos argumentos favoráveis ao sigilo, torna-se relevante analisar os efeitos que ele pode causar na vida da pessoa gerada, pois saber as doenças e o histórico familiar do doador pode ser benéfico para o receptor para questões de saúde preventiva, sem que o paciente tenha que correr algum tipo de risco de vida para que, somente a partir disto, sejam fornecidas as informações ao médico.

Por fim, ao nosso ver, esse tema torna-se ainda mais importante quando se analisa o âmbito psíquico e social do indivíduo concebido, tendo em conta que o sigilo dos dados civis do doador interfere diretamente na formação da pessoa, a partir da construção de sua identidade pessoal, violando, dessa forma, frontalmente a dignidade humana do filho gerado.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA CONCEBIDA PELA DOAÇÃO DE SÊMEN

Para adentrarmos melhor na discussão, é preciso primeiro estabelecer o conceito de direitos da personalidade. De acordo como Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano (2014, p.186), os direitos da personalidade se conceituam como aqueles que têm por objeto atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, sendo eles absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2006, pp.101/102) entendem que os direitos personalíssimos “são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica”.

Vê-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça brasileiros aponta no sentido de que a pessoa têm o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de requerer o reconhecimento de sua paternidade, ainda que tenha sido registrada pelo pai ou mãe de matriz socioafetiva, nesses termos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - MENOR - LEGITIMIDADE ATIVA - DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDISPONÍVEL - EXAME DE DNA - SOCIOAFETIVIDADE COM O PAI REGISTRAL E COM O BIOLÓGICO - PATERNIDADE CONFERIDA AO PAI QUE REÚNE OS VÍNCULOS BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO - SENTENÇA MANTIDA. A criança e o adolescente, nos termos do art. 27, do ECA, têm o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de requerer o reconhecimento de sua paternidade, portanto, a existência de pai registral não impede a propositura de ação de investigação de paternidade. Consoante orientação do STJ, a ação de investigação de paternidade e de nulidade de registro pode ser julgada procedente ainda que tenha sido construída uma relação socioafetiva entre o filho e o pai registral. No caso em análise, deve ser mantida a sentença que conferiu a paternidade ao pai que reúne os vínculos biológico e socioafetivo, em detrimento do pai que possui apenas a socioafetividade. (TJ-MG - AC: 10035120013822002 MG, Relator: Armando Freire, Data de Julgamento: 23/09/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/10/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução

assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013) (TJ-RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 04/04/2013, Oitava Câmara Cível)

Consoante o entendimento acima, Paulo Luiz Netto Lôbo (LÔBO, 2004, pp.152/153) ensina que “toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica (...). Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido”.

Diante da resolução de um caso concreto na qual uma pessoa foi adotada e requeria o reconhecimento de sua identidade genética, tanto no âmbito materno quanto paterno, o STJ deu provimento ao recurso especial sob o fundamento de que a dignidade humana “traz em seu bojo a identidade biológica e pessoal”, e, portanto, nada retira o direito de ter acesso aos pais biológicos, *in verbis*:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades. - A “adoção à brasileira”, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. - O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. - Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos

familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 833712 RS 2006/0070609-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/05/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.06.2007 p. 347RNDJ vol. 92 p. 77)

Dessa forma, entendemos que a manutenção do sigilo da doação de sêmen viola direitos corolários da dignidade humana, como o direito ao desenvolvimento da identidade pessoal do indivíduo gerado.

Além disso, parece-nos inadmissível aceitar que um homem possa realizar uma doação de sêmen, de forma altruísta, com a única pretensão de permitir que outras pessoas possam gerar um filho, e, depois, ser obrigado a eximir-se da responsabilidade de que um dia o indivíduo concebido poderá querer saber sua origem genética com intuito de tão-somente desenvolver sua identidade e acabar com a angústia proveniente das dúvidas sobre a sua identidade biológica.

Neste sentido, Augusto Cury invoca o princípio da corresponsabilidade social, o qual encontra-se há muito enraizado na nossa sociedade. Em seu livro, *O Futuro da Humanidade*, Cury (2005, p.87) o referido psiquiatra e escritor leciona:

“o princípio da corresponsabilidade inevitável demonstra que as relações humanas são uma grande teia multifocal. Revela que ninguém é uma ilha física, psíquica e social dentro da humanidade. Todos somos influenciados pelos outros. Todos os nossos atos, quer sejam conscientes ou inconscientes, quer sejam atitudes construtivas ou destrutivas, alteram os acontecimentos e o desenvolvimento da própria humanidade.”

É preciso ter em mente que os pais da criança gerada, de fato, não podem, por si próprios, procurar quem é o pai biológico desta. É inegável que eles, ao assinarem o termo que trata do anonimato do doador, restam-se obrigados a respeitá-lo. No entanto, entendemos que é direito de personalidade da criança, do adolescente e da pessoa adulta gerada pela reprodução assistida heteróloga desvendar as suas origens genéticas.

O reconhecimento da identidade genética vai muito além do direito ao anonimato do doador, pois quando uma pessoa descobre a sua verdadeira identidade biológica, ela se completa como pessoa, e, neste sentido, já tal direito de personalidade assume características de direito fundamental autônomo.

É o que leciona José Alfredo de Oliveira Baracho (2011, pp.109/110),

A identidade genética é considerada um bem jurídico constitucional. [...] A constituição consagra um conjunto de bens que integram a consciência jurídica. Discute-se dentro dessa perspectiva a relação entre identidade genética e identidade pessoal.

[...] A identidade vem associada à ideia de integridade, que corresponde ao que é intangível, isto é, o que não pode ser tocado. A identidade pessoal, é concebida dentro da relação um com o outro, no quadro de uma comunidade de sentido. A identidade genética é um substrato fundamental da identidade pessoal, que, por sua vez, é a expressão da dignidade do ser humano.

O ser humano só consegue desenvolver sua própria identidade pessoal por completo quando a ele é assegurado conhecer as suas origens, a sua história de vida, desde a concepção, pois é a partir da imagem dos nossos pais que descobrimos quem nós realmente somos.

Em 2010, foi realizada uma pesquisa pela *Commission on Parenthood's Future* (Comissão sobre o Futuro da Paternidade) com jovens concebidos a partir da doação de sêmen, a qual deu origem ao livro *My dad's name is donor*³.

Na referida obra, foram apontadas algumas premissas com base em entrevistas feitas com os indivíduos concebidos, a saber: dois terços dos entrevistados concordaram que o doador de sêmen é metade do que eles são; quase metade deles se sente mal por saber que dinheiro foi envolvido em sua concepção; mais que a metade disse que quando encontram alguém fisicamente parecido com eles, se perguntam se esse pode ser um parente; aproximadamente dois terços têm medo de se sentirem atraídos ou terem relações sexuais com aqueles que eles não sabem que são seus parentes; e quase metade afirmou que os filhos deveriam ter o direito de conhecimento sobre suas origens.

Atualmente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 115/2015, que aguarda parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Esse projeto de lei dispõe sobre a impossibilidade de divulgação de qualquer informação que permita a identificação civil do doador ou receptor. Vale dizer, o referido projeto de lei utiliza como parâmetro a supracitada Resolução do CFM, nos seguintes termos:

Art. 13. Todas as informações relativas a doadores e receptores devem ser coletadas, tratadas e guardadas no mais estrito sigilo, não podendo ser facilitada, nem divulgada informação que permita a identificação civil do doador ou receptor.

Art. 14. É assegurado às autoridades de vigilância sanitária o acesso aos registros médicos para fins de inspeção e investigação, incumbindo-lhes observar rigorosamente o dever de sigilo.

³ Tradução livre: “O nome do meu pai é doador”.

No entanto, o próprio Projeto Legislativo permite, no artigo 19⁴, a possibilidade de quebra do sigilo do doador, mediante autorização judicial, se o magistrado entender existir motivos relevantes para garantir a preservação da vida do indivíduo concebido, manutenção de sua saúde física e psíquica, bem como outros casos graves a serem revelados em cada caso concreto.

Não obstante ao avanço do tratamento do tema no mencionado projeto de lei, parece-nos que o direito ao anonimato do doador será sempre relativizado toda vez que existir interesse do indivíduo gerado. Não vemos como condição necessária da quebra do sigilo a existência de doenças físicas, psicológicas e outros casos graves que os juízes venham a reconhecer para quebra do anonimato.

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS DA UNESCO E NOVO ENFOQUE SOBRE OS ASPECTOS DA DOAÇÃO DE SÊMEN

A Constituição de 1988 possui como um dos escopos principais a proteção e a efetivação dos direitos humanos em todas as suas dimensões, motivo pelo qual esses direitos foram elevados à condição de cláusulas pétreas.

Apesar de não possuir força normativa, o Brasil, como signatário da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, de Outubro de 2005, o Brasil se comprometeu a respeitar e aplicar os princípios fundamentais nela reconhecidos.

Sendo assim, mister trazer à baila alguns dispositivos da Declaração supracitada relacioná-los com o sigilo da identidade civil do doador de sêmen.

O artigo 8⁵ da Declaração em exame é explícito sobre a necessidade de haver a proteção de indivíduos e grupos vulneráveis, devendo sempre ser respeitada a integridade pessoal destes. Com efeito, o artigo 16⁶ preza pela proteção das gerações futuras, devendo ser levado em consideração as repercussões sobre a constituição genética dos indivíduos gerados.

Tendo em vista o teor dos artigos 8^o e 16, é evidente que o anonimato dos doadores de

⁴ Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial. Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.

⁵ Artigo 8^o. Respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal. Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa.

⁶ Artigo 16. Proteção das gerações futuras. As repercussões das ciências da vida sobre as gerações futuras, nomeadamente sobre a sua constituição genética, devem ser adequadamente tomadas em consideração.

sêmen infringe diretamente os princípios dispostos na Declaração, pois, como procuramos demonstrar nesta pesquisa, o sigilo impede o pleno desenvolvimento psicológico do indivíduo concebido, o que viola, de forma frontal, a sua dignidade como pessoa humana e a sua integridade pessoal.

Neste ponto de vista, o artigo 27⁷, numa primeira leitura, pode ser utilizado como argumentos em prol da manutenção do sigilo, no entanto, este preceito impõe que, diante da limitação de quaisquer dos princípios apresentados pela Declaração, deve-se sempre observar a sua compatibilidade com a ordem jurídica internacional no âmbito dos direitos humanos.

Ademais, combinando os artigos 27 e 28⁸, torna-se impossível limitar os direitos à dignidade humana do indivíduo concebido e à sua integridade física e psicológica, pois é expressamente vedado pela Declaração qualquer ato ou interpretação que viole os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana.

O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO SUCESSÓRIO

Eis algumas questões que gravitam em torno da temática tratada nesta pesquisa: reconhecida a identidade civil do doador, seria possível estabelecer um vínculo de filiação entre ele e o indivíduo concebido pela doação de sêmen? E mais, seria possível concedê-lo o direito à herança do doador?

Em linha de princípio, o doador de sêmen não possui a intenção de gerar um filho, mas realiza a doação por puro altruísmo em favor de outras pessoas que sonham em conceber um filho, mas não conseguem fazê-lo.

Neste ponto, há uma grande proximidade com a adoção, pois em ambos o doador não possui o aspecto volitivo de gerar um filho, enquanto os adotantes, os quais não possuem vínculo biológico com o indivíduo gerado, possuem a vontade de assumir a responsabilidade parental por este. Esta semelhança entre a doação de sêmen e a adoção foi alvo do acordo latino-americano sobre os aspectos relativos às técnicas de reprodução assistida, realizado em Renãca no ano de 1995.

⁷ Artigo 27. Limites à aplicação dos princípios. Se a aplicação dos princípios enunciados na presente Declaração tiver de ser limitada, deverá sê-lo por lei, nomeadamente pelos textos legislativos sobre a segurança pública, a investigação, detecção e demanda judicial em caso de delito penal, a proteção da saúde pública ou a proteção dos direitos e liberdades de outras pessoas. Qualquer lei deste tipo deve ser compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

⁸ Artigo 28. Exclusão dos atos contrários aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como susceptível de ser invocada de qualquer modo por um Estado, um grupo ou um indivíduo para se entregar a uma atividade ou praticar um ato para fins contrários aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana.

Sendo assim, vemos a possibilidade de aplicação analógica da regras sobre filiação já existentes, sob a ótica do direito constitucional. Portanto, defendemos o direito de reconhecimento da identidade civil do doador de sêmen por força dos direitos da personalidade, mas não o estabelecimento de vínculo paternal entre os envolvidos.

O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº115/2015 é explícito, em seu artigo 48⁹, reafirmado pelo parágrafo 1º do artigo 50, pela inexistência de vínculo de filiação entre o ser concebido e o respectivo doador, ainda que a identidade venha a ser revelada.

Partindo da premissa da impossibilidade de atribuição da paternidade ao doador de sêmen e da pretensão jurídica de quebra do sigilo do anonimato meramente ser embasada na defesa dos direitos da personalidade, não há que se falar em habilitação filho como herdeiro do pai biológico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da problemática que emana da reprodução assistida heteróloga, é urgente a promulgação de uma lei que a regule, para que haja uma proteção de todos os envolvidos nesta relação. Todavia, o Projeto de Lei 115/2015 só admite a quebra do sigilo em casos graves de doenças físicas ou psicológicas, entre outras hipóteses que o magistrado julgar admissíveis.

A quebra do sigilo do doador pode ser realizada sempre que o indivíduo concebido tiver interesse em desvendar suas origens genéticas, sem que este tenha que comprovar alguma doença física ou psicológica para obter a identidade civil do seu genitor.

É imprescindível que a lei ora proposta seja expressa no sentido de desconsiderar qualquer hipótese de filiação e de direitos sobre a herança do doador, no intuito de garantir que o número de doações de gametas não diminua, garantindo aos casais e pessoas que desejam ter filhos essa possibilidade.

Por fim, a reprodução heteróloga deve ter o mesmo tratamento normativo da adoção.

⁹ Art. 48. Nenhum vínculo será estabelecido entre o ser concebido com material genético doado e o respectivo doador, ainda que a identidade deste venha a ser revelada nas hipóteses previstas no artigo 19 deste Estatuto.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. Biodireito: o direito da vida. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org). **Coleção Doutrinas Essenciais De Direitos Humanos, v.2**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org). **Coleção Doutrinas Essenciais De Direitos Humanos, v.2**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 115/2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015>. Acesso em: 16 de maio de 2015.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.013/2013**, de 16 de Abril de 2013, Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119.
- COITINHO, Viviane Teixeira; TRENTIN, Taíse Rabelo; CASAGRANDE, Aline. **Da proteção à intimidade do doador de material genético ao direito à identidade genética da criança gerada através de reprodução assistida heteróloga**. Anais: XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea: 2014.
- COMMISSION ON PARENTHOOD'S FUTURE. **My daddy's name is donor: a new study of young adults conceived through sperm donation**. Nova Iorque: Institute for American Values, 2010.
- CURY, Augusto. **O futuro da humanidade**. São Paulo: Arqueiro, 2005.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS. Adotada por aclamação no dia 19 de Outubro de 2005 pela 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO. Disponível em: <unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/14618opor.pdf>. Acesso em: 20 de Março de 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FARIAS, Paola Keller de. **O direito ao conhecimento da origem genética e a inseminação artificial heteróloga**. Rio de Janeiro, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral**. São Paulo, Ed. Saraiva, 2014.

GOMES, Fábio de Barros Correia. **Regulamentação e projetos existentes a respeito de bancos de esperma.** Brasília, Consultoria Legislativa, 2005.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Revista Brasileira de Direito de Família, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SERES ESQUECIDOS: A PROBLEMÁTICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

KALLINE CARVALHO GONÇALVES ELER¹

RESUMO

O presente artigo busca um enquadramento ético-jurídico para o embrião oriundo das técnicas de reprodução assistida com o intuito de sustentar seu status pessoal. Para persecução deste fim, adota-se como metodologia a análise de conteúdo, tomando-se por marco teórico o conceito de consciência presente na fenomenologia de Husserl e as ideias semelhantes do grupo denominado substancialista que sustenta um conceito onto-axiológico de pessoa. Em um segundo momento, a partir do pressuposto de que o embrião extra corporal é pessoa e, portanto, sujeito de direitos personalíssimos, intenta-se demonstrar a inconstitucionalidade da produção dos embriões excedentários e propor a substituição dessa prática pela técnica vitrificação de ovócitos – técnica promissora para o tratamento de infertilidade da reprodução assistida. A pesquisa proposta alinha-se, assim, à vertente das pesquisas jurídico-compreensivas e jurídico-propositivas.

Palavras-Chaves: Pessoa. Reprodução assistida. Embriões Excedentários.

INTRODUÇÃO

Estabelecer o início da vida não é tarefa para o Direito. Isso, contudo, não impede a ciência jurídica de proteger a pessoa em todas as fases do seu desenvolvimento e em todas as suas dimensões, pois somente com esta preocupação é que será possível defender e manter os valores fundamentais dos sistemas democráticos, a saber igualdade, integridade física e moral – psicofísica –, liberdade e solidariedade, todos de igual grandeza e essencialidade. Sendo corolários da elaboração jurídica da Dignidade Humana, não podem ser sacrificados sem o risco de se aproximar de perigosas tentações de caráter totalitário.

A problemática do embrião extracorporal demanda ao Direito um posicionamento acerca da personalidade desses seres, pois, apenas com uma conclusão afirmativa, será possível aceitar a existência de direitos personalíssimos desses seres gerados *in vitro*, tais como o direito à vida e à integridade física e moral, direitos que se desdobram no direito a ser implantado no útero para continuar o desenvolvimento gravado no programa genético.

¹ Mestre em Direitos Humanos e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: kallinecarvalho@hotmail.com

O enfrentamento dessa controvérsia apresenta-se como imprescindível, uma vez que as definições do lícito e do ilícito no que tange às novas possibilidades de intervenção artificial na vida humana dependem de uma resposta para a questão do *status* jurídico-moral desses seres gerados em laboratórios.

Observa-se que o avançado desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida coloca em relevo uma série de questões inéditas relacionadas aos aspectos éticos e jurídicos da fecundação *in vitro*.

O presente trabalho dirige, assim, seu olhar à produção dos chamados embriões excedentários, questionando se o interesse dos pais nas maiores chances de êxito do tratamento e na redução de seus custos poderia superar o direito do embrião à vida. Estaria sua dignidade sendo afrontada pela técnica do congelamento

Entretanto, sustenta-se que o primeiro passo metodológico para abordar com seriedade a juridicidade da realidade pessoal consiste em encontrar um conceito ontológico de pessoa. Adota-se, assim, um caminho inverso que não questiona o que é ser pessoa para o Direito, mas quais implicações traz, para o Direito, o fato de se ser pessoa. A questão nesse sentido não interroga o ordenamento jurídico, interroga a própria realidade. Coloca-se fora do Direito, enquanto sistema positivo, e lança-se no plano da ontologia, da reflexão metajurídica.

A questão prévia à juridicidade da realidade pessoal para Gonçalves (2008, p. 128) é uma questão substantiva. O autor entende que o jurista não pode se refugiar em um formalismo conceitual e positivo que prescindia da fundamentação substantiva, antes, deve debruçar-se sobre a realidade ontológica da pessoa e reconhecer que apenas essa realidade pode ser fundamento da concretização normativa desejada. O autor português, todavia, ressalta que o conhecimento da ontologia está orientado por um fim muito preciso: a necessidade de decidir, angústia do jurista e não do filósofo.

O dever ser acerca do homem será a expressão deontica da sua realidade ontológica, por isso, a ponderação acerca da realidade ontológica da pessoa humana apresenta-se como exercício indispensável para garantir que a concretização normativa respeite essa realidade.

Diante dos novos perigos que se colocam para a dignidade humana em razão do avanço do controle tecnológico sobre a espécie humana, recai, principalmente, sobre o Direito a árdua tarefa de proteger a pessoa em todas as suas dimensões. A ética não tem por si só força suficiente para assegurar o respeito da pessoa. Sendo assim, incumbe ao Direito defender o ser humano dos abusos a que está exposto sobre todos os momentos mais frágeis da sua existência, do começo ao fim.

A história da humanidade é repleta de exemplos de transformação do ser humano em objeto para fins de outras pessoas. O colonialismo, a escravidão, o racismo e o nazismo, como

formas de discriminação, deixaram evidente a vulnerabilidade da condição humana. Hoje, no contexto das inovações tecnológicas, fica a interrogação se não se está presenciado um novo tipo de discriminação, mais sutil, que considera como pessoa apenas o ser humano com determinado grau de desenvolvimento, físico, psíquico e social.

SER HUMANO NÃO É PESSOA?

As reflexões lockeanas acerca da identidade pessoal exerceram grande influência em autores da contemporaneidade como Peter Singer (1994), Hugo T. Engelhardt (2008) e John Harris (1999), dentre outros que diferenciam os conceitos de ser humano e pessoa, entendendo que pessoa remete, necessariamente, a um ser dotado de autoconsciência e reflexão, características que não são encontradas em todos os seres humanos.

Os autores apresentados compõem o grupo, aqui, denominado Personista ou Dualista, pois dissociam ser humano e pessoa. Singer (1994) fundamenta seu conceito no critério da racionalidade e da auconsciência; Harris (1999) adota o critério da capacidade de valorar a própria existência e, Engelhardt (2008), por fim, enfatiza a capacidade de dar permissão. A pessoa, para tais autores, assimila-se a uma soma de atividades, o que se diferencia da clássica definição de pessoa estabelecida por Boécio (2005) segundo o qual a personalidade é o modo específico da natureza racional de concretizar-se individualmente: *Persona est naturae rationabilis individua substantia*. A palavra “substantia” é a tradução latina da “usia” grega. O sentido empregado por Boécio (2005) é, sem dúvidas, ontológico. A natureza racional existe como identidade. Este enfoque, contudo, não reduz a personalidade à razão ou à consciência, antes reconhece a pessoa na totalidade humana. A pessoa pertence a uma natureza que se caracteriza pela razão. Graças a essa natureza, constitui-se em sujeito que se distingue notadamente do resto do mundo natural.

A adoção do entendimento que diferencia pessoas e seres humanos traz como consequência inevitável a possibilidade de que as pessoas tenham o poder de impor seus interesses aos seres humanos não-pessoas sem qualquer preocupação de respeito, uma vez que inexistem limites morais e direitos exigíveis.

Os posicionamentos apresentados conduzem a consequências éticas semelhantes: qualquer ser que não manifeste as características anteriormente expostas não é merecedor do *status* de pessoa e, portanto, em relação a ele inexistem quaisquer obrigações morais, sendo lícito o aborto, infanticídio, descarte de embriões, causar a morte de deficientes mentais que não tem consciência de si e de pessoas em coma irreversível. Ao se adotar o pensamento dos

Personistas, a atitude que surge é de indiferença frente aos seres humanos mais frágeis. O respeito apenas se dirige a um número limitado de indivíduos seletos que tenham a sorte de possuir certas qualidades julgadas essenciais.

O critério da autoconsciência revela um reducionismo intelectualista que considera tão-somente uma parte da pessoa – o exercício atual da consciência², ou seja, a consciência ativa que está atualmente em atividade – como se fosse o todo. Consequentemente, discrimina os seres humanos conforme suas capacidades intelectuais, atribuindo aos indivíduos intelectualmente mais pobres um valor inferior aos demais.

Nesse ambiente, torna-se impossível sustentar qualquer concepção de Direitos Humanos, pois estes, como assevera Spaemann (2010), estão alicerçados no pressuposto que reconhece o ser humano como integrante de uma comunidade internacional em construção, razão pela qual, idealmente, não há diferença no espectro de garantias e direitos.

Em oposição a este conceito, outro grupo de autores contemporâneos retoma o entendimento de Boécio (2005) acerca da pessoa com algumas variações. Essa vertente, denominada Substancialista ou Ontológica, é defendida por autores como Robert Spaemann (2010), Laura Palazzani (2007) e Roberto Andorno (2012) que, em linhas gerais, identificam o conteúdo do termo pessoa com a essência humana.

Diante do contexto biotecnológico, esses autores ressaltam a urgência em se refletir com maior cautela, livre de prejuízos antimetafísicos, sobre a natureza humana. Os autores rechaçam a definição de pessoa a partir da autoconsciência, pois a autoconsciência é dada pelo fato de termos, primeiramente, uma natureza propensa a essa capacidade racional. O ser humano tem uma natureza que pode manifestar-se em autoconsciência; é portador de uma unidade e continuidade e, por conseguinte, ainda que um ser humano deixe de possuir algumas das suas capacidades racionais, em determinado momento da vida, não deixará de ser pessoa, merecendo, pois, o mesmo respeito que é devido a todos os seres humanos, independentemente das condições fáticas em que se encontrem. A pessoa, portanto, não se confunde ao exercício efetivo de alguma capacidade ou função.

Para Spaemann (2010), a função cognitiva não define a pessoa, não há uma vinculação necessária entre ambas. A pessoa não se confunde com suas propriedades; do contrário, deixaria de ser pessoa quando não mais as possuísse. É porque os homens são tratados como pessoas que o desenvolvimento dessas habilidades torna-se possível. A pessoa só conseguirá

² Locke (1999) fundamenta sua teoria em uma consciência que está atualmente praticando atos. O filósofo inglês adota como pressuposto a existência de um único grau de percepção, ou seja, sustenta que a consciência deve estar sempre em atividade para assegurar a identidade pessoal do ser durante a vivência dos vários acontecimentos, não existindo pessoa fora dessa circunstância.

enxergar-se como agente autônomo e imputável se a continuidade de si mesma e se o seu desenvolvimento natural não forem interrompidos.

Palazzani (1997, p. 140), no mesmo sentido, argumenta que a presença da função sensitiva ou da condição para o seu exercício pressupõe a existência de um sujeito; é a existência do sujeito que possibilita o exercício de certas funções e não o exercício de certas funções que constitui o ser do sujeito.

Andorno (2012, p. 18) salienta que se o ser da pessoa repousa inteiramente na autoconsciência, isso implica que a pessoa vem a ser gradualmente. Entretanto, o ser pessoal, dotado de unicidade, não pode, por princípio, vir a existência gradualmente, pois apenas as coisas constituídas por uma multiplicidade de elementos podem começar a existir em diversos graus.

A pessoa não é um estado porque não surge pouco a pouco. Dessa forma, a personalidade é qualitativa; não admite gradações e, por isso, se é ou não é pessoa. Não há pessoas meramente possíveis ou em potencial, pois ou o alguém existe ou não é realmente ninguém, senão algo, cabendo-lhe o tratamento jurídico dispensado às coisas.

A tentativa de se reduzir o conceito de pessoa a uma concepção de consciência atual, residente na dimensão material (biológica), apresenta-se frágil quando se compreende a acepção fenomenológica conferida por Husserl (2006). Ademais, todos os teóricos que definem o ser pessoal a partir da consciência atual não explicam como e quando essa consciência emerge na matéria, ou seja, não explicam como se dá esse salto qualitativo na organização da matéria.

Husserl (2006) sustenta ser a consciência a dimensão com a qual nós registramos os atos (*setting* de registro dos atos); não é um lugar físico, nem um lugar específico, nem é de caráter psíquico. É um ponto de convergência das operações humanas.

Na essência do ser humano, a consciência está delineada a um conjunto de posições potenciais de ser. O ser humano, enquanto vivido³ intencional, tem a possibilidade de se tornar ciente do seu papel de agente ativo, assumindo, assim, o controle da sua história.

A consciência é a essência⁴ do ser humano, pois é o resíduo fenomenológico que resiste

³ O termo é derivado do verbo alemão *erleben*, traduzido em geral por vivenciar e que acabou por dar origem ao termo *erlebte*, o vivido. O verbo era usado para se referir àquilo que uma pessoa teve experiência, e não que ouviu dizer ou presumiu, ou teve acesso de algum outro modo indireto. O termo vivido, por sua vez, era usado para designar um conteúdo que permanece da vivência transitória, algo marcante ou significativo (BARRETTA: 2010). O vivido, no sentido empregado pela fenomenologia de Husserl, faz referência à consciência como unidade real-fenomenológica das vivências do eu. A *erlebnis* fenomenológica, entretanto, não se refere à relação entre um evento psíquico e um objeto, mas sim à sua essência. Husserl (2006: p.108-110) está preocupado com a essência do vivido, isto é, aquilo que permanece idêntico em qualquer circunstância; chegando-se à conclusão de que em se tratando da espécie humana, faz parte dessa essência a possibilidade de reflexão perceptiva, da reflexão que apreende a existência absoluta.

⁴ A busca de sentido, da essência das coisas, é o principal problema da filosofia de Husserl. Uma vez intuída a essência pela consciência intencional, o segundo passo a ser dado é a descrição dessa essência e, para tanto, é preciso aplicar a redução eidética que é constituída por duas etapas. A primeira etapa, denominada

a *epoché*, e existe em ato ou potência, logo não se pode dizer que embriões, fetos, recém-nascidos, pessoas com má formação cerebral não são dotados de consciência.

Não há, dessa forma, diferença entre pessoa e ser humano, pois o elemento caracterizador de ambos é a consciência. Esta é melhor compreendida pela formulação husserliana que a analisa não como uma dimensão sensível nas quais estão presentes qualidades morfológicas, mas como um ponto de convergência das operações humanas.

“Todos os seres humanos tem a mesma estrutura, embora não ativem da mesma maneira e não tenham os mesmo conteúdos, potencialmente, todos tem a mesma estrutura, seja do ponto de vista psíquico ou espiritual” (ALES BELLO, 2006, p. 50). Husserl (2006, p. 249) distingue a posição atual (atualização de tudo aquilo que o ser humano pode ser de acordo com sua estrutura ôntica) e a posição potencial (conjunto de posições potenciais de ser), conferindo à consciência uma interpretação mais sofisticada em comparação à realizada por Locke (1999), que se restringe a colocá-la como pertencente à dimensão material e devendo ser entendida sempre como consciência atual.

(...) é da essência de algumas espécies de vivido de uma estrutura peculiar, mais precisamente, é da essência de percepções concretas de uma estrutura peculiar, que se tenha consciência do intencional nelas como coisa no espaço; **faz parte da sua essência a possibilidade ideal de que cada uma dela se torne uma multiplicidade contínua de percepções em ordenação determinada, multiplicidade que pode ser novamente ampliada e, portanto, jamais será concluída** (HUSSERL, 2006:101, sem grifo no original).

Na essência de todo vivido de consciência está, portanto, de antemão delineado um conjunto de posições potenciais de ser e, assim, no que concerna à espécie humana, a tomada de consciência das vivências depende um determinado grau de intensidade. Tomar consciência é uma qualidade da própria vivência. A vivência toma consciência de si mesma como vivência própria, singular (SPAEMANN, 2010, p. 71).

A consciência, como expõe Andorno (2012, p. 78) é um ato da pessoa, mas não o único e decisivo. O exercício da autoconsciência não é uma atividade mais pessoal ou mais humana que outras.

Os Personistas ao definirem a pessoa a partir da autoconsciência deixam de atentar

epoché, exige uma atitude fenomenológica que se diferencia da atitude natural por “colocar entre parênteses todas as teses cogitativas, não se associando a essas teses para novas investigações” (KELKEL e SCHÉRER: 1982, p.87). Trata-se da suspensão do juízo que permite ao filósofo olhar para a coisa mesma tal qual ela se apresenta, a fim de captar o ser absoluto. A segunda etapa consiste no método da variação eidética, ou seja, variam-se as propriedades do objeto até se alcançar o núcleo variante, ponto em que não é mais possível variar, pois, do contrário, ter-se-ia outro objeto.

para o fato de que a autoconsciência não é autossuficiente; os atos de consciência são atos de alguém e, portanto, para ser autoconsciente, primeiro é necessário ser, existir um alguém.

O ato consciente supõe que a pessoa existe antes deste ato; isto é, a consciência não é constitutiva da pessoa, mas uma expressão dela. Através da autoconsciência, os seres humanos constataam a existência de sua própria personalidade, mas isso não significa que a personalidade é criada por este ato.

À medida, que dirigimos nosso olhar para o fluxo da vida, apreendemos a nós mesmos como sujeitos conscientes, como agentes ativos dotados de responsabilidade e liberdade para desvendar a realidade que nos rodeia.

Nesse sentido, Spaemann (2010:139) defende que a vida consciente não é primeiro consciente de si como consciência, mas sim como vida, ou seja, como impulso do qual é próprio o existir antes de ser consciente para, posteriormente, tomar consciência de si mesmo.

As pessoas são porque tem uma natureza – a natureza humana – como um modo de ser. As pessoas não são seu modo de ser, mas se conduzem em respeito a ele, o aceitam e o consomem ou o rejeitam (SPAEMANN, 2010, p. 85).

O desenvolvimento da personalidade; a realização das potências humanas, em suma, a atualização de tudo aquilo que o homem pode ser e está chamado a ser, dá-se na relação com os outros (GONÇALVES, 2008, p. 156).

As relações intersubjetivas, entretanto, não estão justapostas à realidade pessoal; são constitutivas da própria realidade ontológica de modo que o homem é em relação. Essa abertura relacional não significa que o homem não é um ser em si. O ser em si e o ser com estão apenas em aparente dicotomia. As duas dimensões em sua totalidade estão na estrutura da pessoa. Pessoa é uma realidade única, porém complexa. A complexidade dessas duas dimensões existenciais integra a unidade da realidade ontológica da pessoa.

Portanto, o homem não é apenas abertura relacional, perspectiva que levaria a negar qualquer verdadeira dimensão ôntica subsistente. O contrário também é verdadeiro, pois o homem não se esgota em uma clausura ontológica, em razão da qual a intersubjetividade apareceria como algo acidental e dispensável. O homem é constituído por ambas as dimensões em um único e mesmo ato de ser. A essa realidade chamamos pessoa (GONÇALVES, 2008, p. 158).

A realidade humana é ontologicamente imutável. Essa verdade traz, para o Direito, uma consequência inevitável: as implicações jurídicas inerentes ao fato de ser pessoa são as mesmas, independente das circunstâncias ou do estado do sujeito. Uma vez que inexistem momentos ontológicos diversos na realidade humana, o único enquadramento possível para o embrião é o reconhecimento do seu *status* de pessoa.

De acordo com as reflexões de Spaemann (2010), a personalidade não é o resultado de um processo do qual o *algo* deriva do *alguém*, logo, o embrião não pode ser tido como uma pessoa em potencial, mas tão somente como uma pessoa em uma fase determinada de seu desenvolvimento. Existe unidade e continuidade no ser humano e, por isso, ainda que em diferentes fases de desenvolvimento, é o mesmo ser que se manifesta.

ESTATUTO ONTOLÓGICO DO EMBRIÃO HUMANO

Uma vez que o embrião já reúne todas as características necessárias para o desenvolvimento do ser humano nascido, e que, como ele, transforma-se continuamente, até a morte, em razão da multiplicação e da mutação de suas células, não se logra fundamento válido para excluí-lo do conceito de pessoa, o que o faz merecedor, portanto, de reconhecimento e proteção jurídica.

Sustenta-se que o organismo humano deve ser concebido como um processo no qual estão presentes as características de unidade, totalidade hierarquizada, teleologia, emergência de novidade; características que vão se expressando nas diferentes fases de desenvolvimento ontogênico do processo que, de fora, é possível distinguir-se.

O organismo humano passa em sua ontogênese por uma série de fases sem solução de continuidade. Do ponto de vista ontológico, a relação de uma fase com a outra do ciclo vital que se sucede não é uma relação de potência e ato, posto que se pode afirmar que em qualquer momento do ciclo vital manifesta-se atualmente todo o organismo em sua fase correspondente. Em cada uma das fases, manifesta-se todo o organismo. O zigoto não é, pois, um ser humano em potência, mas um organismo humano, na primeira fase do seu ciclo vital.

Castro (2008) explica que desde a filosofia aristotélica, a ontologia enfatizou a noção de substância, todavia, ressalta o autor que existe outra linha de pensamento que sublinha outra matriz conceitual ontológica, a linha de pensamento que enfatiza o “vir-a-ser”, o “tornar-se”. Segundo a filosofia processual, a categoria fundamental para a compreensão de um organismo vivo não é a substância (*hypokeímenon*, em grego) que subjaz às mudanças, mas a fluência (*hyperkeímenon*), isto é o resultante, o que vai aparecendo através das mudanças contínuas.

O pensamento processual parte de uma visão dinâmica frente uma visão estática do ser. O processo se realiza em uma extensão temporal, sem solução de continuidade, de modo que organismo humano é atualmente um indivíduo da espécie humana em todas e cada uma das fases do processo. Portanto, como já ressaltado, o embrião não é um organismo humano em potência, antes apresenta toda a atualidade do organismo humano. Em qualquer momento do seu ciclo vital, manifestam-se atualmente todo o organismo em sua fase correspondente.

Considerando o embrião a partir da filosofia processual, os limites temporais estão definidos pelo que o Castro (2008, p. 100) chama de gerações. A geração (em substituição ao termo aristotélico de substância) corresponde a organização da estrutura de um novo indivíduo, e, por sua vez, a corrupção, isto é, a morte deste mesmo indivíduo será desorganização da estrutura.

Em um organismo pluricelular, a organização da estrutura vem definida pelo programa inscrito no DNA. A implementação do programa no desenvolvimento epigenético irá marcando a série de acontecimentos do processo que, no caso dos seres de reprodução sexuada, começou com a fecundação. Essa unidade processual é que dá individualidade e permanência ao indivíduo que permanece o mesmo, ainda que suas células e moléculas estejam em contínua mudança.

A afirmação de que o ser humano constitui-se desde o início do processo de fecundação tem como consequência imediata que o ser humano desde o zigoto ao adulto é um ser dotado de dignidade. Em sentido ontológico, essa dignidade refere-se à superioridade de uma categoria e, assim, todo ser humano, pelo fato de ser humano, está dotado da mesma dignidade e seu valor é superior aos demais seres do universo.

A dignidade que confere valor ao embrião fundamenta-se naquilo que distingue o ser humano do resto dos organismos vivos (CASTRO, 2008, p. 140-144); refere-se ao valor que possui todo ser humano em virtude de sua mera condição humana, não sendo nenhuma qualidade adicional exigível. Ressalta-se, no entanto, que o homem mesmo pertencendo a uma natureza, a transcende. Isso significa que não se identifica com ela, o que afasta os argumentos que equiparam o conceito ontológico de pessoa a um conceito meramente biológico. A essência da pessoa não é biológica, o conceito é onto-axiológico, porque a essência é pensada metafisicamente.

Os seres humanos possuem uma estrutura ontológica igual a dos seus congêneres: a natureza humana. A natureza designa uma estrutura de ordem, um status abstrato; mas é a pessoa que a dá movimento e vida com seus componentes físicos e intelectuais peculiares (ANDORNO, 2012, p. 79). A pessoa é este ato de ser, de existir, que atualiza ou realiza as potencialidades da sua natureza.

SERES ESQUECIDOS: A PROBLEMÁTICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Conforme dados coletados por Ramírez-Gálvez (2003, p. 95), em média, o valor de cada ciclo de fertilização *in vitro* no serviço privado é de R\$10.000 a R\$12.000, valor que

não inclui a biópsia do embrião cujo custo gira em torno de R\$3.500 para a análise de até seis células embrionárias.

Dados mais atualizados trazidos por Bucoski et.al (2008, p. 308) revelam que os valores variam de R\$1.500 e R\$3.500 para a inseminação artificial e R\$3.000 a R\$20.000 para a fertilização in vitro. Além dos valores das técnicas, há também despesas com consultas e com medicamentos necessários para cada técnica, que depende do grau de resposta às medicações ou então das dificuldades do casal em procriar. Tais valores são referentes a apenas uma tentativa e, por isso, há um interesse econômico muito grande em se produzir a maior quantidade de embriões possíveis na primeira tentativa. Sob o frenesim do progresso técnico está a mola propulsora do lucro que intenta, a qualquer custo, ainda que sacrificando incipientes vidas humanas, obter o máximo de rendimento.

O interesse mercadológico acompanha a expansão das novas tecnologias reprodutivas conceptivas de modo que se tenta tornar aceitável a mercantilização do corpo e das suas partes. A convergência entre capital, ciência e tecnologia submete os domínios da vida social à regulação das leis de mercado e essa tríplice aliança é visível na figura do *tecno-embrião*: sua constituição só foi possível pelos altos investimentos financeiros nas áreas científicas e tecnológicas.

Os tecno-filhos são oferecidos como os produtos de um processo mecânico, que produz bebês socialmente desejáveis, descartando os aspectos da onto-humanidade. O dom da vida, a dádiva do filho, aquilo que faz bater o coração mais rápido, obscurece a forma mercantilista como eles são oferecidos. A vivência da gravidez, a experiência de ter um filho genético, converteu-se em mercadoria: um sonho a ser estimulado que requer mediação médica e tecnológica para a sua realização. (RAMÍREZ-GÁLVEZ, 2003: 179)

Entretanto, questiona-se se o interesse dos pais nas maiores chances de êxito do tratamento e na redução de seus custos poderia superar o direito do embrião à vida, solapado pelo descarte, e à dignidade, aviltado pelo congelamento?

Os direitos reprodutivos, consoante o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo (UNITEDE NATION, 1995, item 7.3), assinado pelo Brasil, incluem os direitos de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência; direito de decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos; direito a ter acesso a informações e meios seguros, disponíveis e acessíveis; e o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.

No que concerne ao contexto da procriação medicamente assistida, o direito dos futuros pais à reprodução só é legítimo enquanto respeite os direitos personalíssimos do embrião,

residindo, assim, no acesso ao tratamento⁵ da infertilidade. Não está incluído no conceito de direitos reprodutivos, tal como definido anteriormente, o direito a uma produção excedente de embriões para aumentar as chances de ter um filho, pois o filho não é uma coisa sobre o qual se tem direito. Os direitos reprodutivos, portanto, não importam no direito ao filho, que é sujeito de direitos e não objeto de relação jurídica, no sentido instrumental.

Na atual conjuntura, entretanto, percebe-se a conversão do desejo na reivindicação do direito a um filho, percepção equivocada que ignora a posição do embrião enquanto sujeito de direito, fim em si mesmo, e não meio de realização de projeto de terceiros. O embrião humano não é um produto sobre os quais os pais detêm direitos, ao contrário, são responsáveis por esse ser que se encontra em uma situação de vulnerabilidade e dependência. *In vitro* ou *in vivo* a natureza humana é a mesma.

A invocação do princípio da autonomia para o recurso à procriação medicamente assistida implica o deslocamento da atenção à doença do casal e ao seu tratamento para a pessoa individual e os seus interesses, o que, relativamente, à geração de uma nova vida, favorece o deslocamento da atenção do filho a gerar, enquanto projeto parental, para os candidatos a pais, enquanto sujeitos dotados de vontade própria e livres. Em suma, a consideração exclusiva do princípio da autonomia no âmbito da procriação medicamente assistida conduz à conversão do comum desejo de um filho, enquanto expressão de um projeto parental, num reivindicado direito a um filho, enquanto visado pela liberdade dos candidatos a pais (NEVES, 2009, p.134).

Na realidade, a produção de embriões em excedente não é sequer necessária haja vista a existência da técnica de vitrificação de ovócitos. No primeiro estágio de evolução dessa técnica, o congelamento de ovócitos não apresentava taxa de viabilidade semelhante ao sêmen ou ao embrião criopreservados, razão pela qual sua utilização não era recomendada. Argumentava-se que os ovócitos, por serem células grandes, tanto em relação à superfície-volume quanto ao seu conteúdo de água, favoreciam a formação de cristais durante o congelamento, o que poderia levar ao surgimento de anomalias físicas e químicas, uma vez fecundados (AÑÓN, 1999, p. 57-58).

⁵ Salienta-se que esterilidade ou infecundidade involuntária torna-se um problema apenas quando há a busca por uma descendência. Por essa razão, Ballester (2001) explica que não se pode usar as mesmas categorias (saúde e enfermidade), que são empregadas para classificar as disfunções de qualquer órgão, aos transtornos derivados do mau funcionamento da função reprodutora. Em matéria de reprodução, não é possível estabelecer nenhuma fonte real entre indicação médica e conveniência pessoal. A infertilidade será sempre uma consequência, um sintoma de outro transtorno e não uma enfermidade em si. Ballester (2011) também observa que a ciência médica ao invés de esforçar-se para identificar com maior clareza as causas da infertilidade tem simplesmente optado pela substituição artificial da função reprodutora, mesmo quando a situação é de subfertilidade. Para o autor, as técnicas de reprodução assistida não correspondem a verdadeiros tratamentos terapêuticos; não curam a infertilidade, pois o objetivo é garantir a produção de um bebê.

O surgimento da técnica de vitrificação, entretanto, reverteu esse problema e já há estudos (COBO et al., 2010; RIENZI et al., 2010) que comprovam que os ovócitos vitrificados apresentam similar eficácia em termos de taxa de gravidez, quando comparados aos ovócitos frescos. Outros estudos (CHIAN, 2008; WENNERHOLM et al., 2009) também demonstram que não se observam maiores taxas de má-formação, em curto prazo, nas crianças nascidas da fecundação de ovócitos vitrificados. As taxas equiparam-se às das crianças nascidas através de concepção natural. A anomalia mais comum observada nos ciclos de criopreservação de ovócitos foi o defeito do septo ventricular, também uma das principais anomalias observadas em recém-nascidos concebidos naturalmente. A sua incidência é de 1/125 (0,8%) em recém-nascidos concebidos naturalmente; e de 0,3% na população oriunda de ovócitos criopreservados (NOYES, et al., 2009, p. 773).

O aperfeiçoamento crescente das técnicas de criopreservação de ovócitos apresenta-se, portanto, como uma alternativa de êxito para substituir a prática de criopreservação de embriões supranumerários e para evitar uma nova estimulação ovárica, no caso de não ocorrência de gestação.

Portanto, para se evitar a existência de embriões extranumerários, outra solução não se averigua senão a proibição da produção de embriões em número superior ao que será implantado no útero. A eliminação de seres humanos, seja qual for o seu grau de desenvolvimento, saúde ou qualidade de vida deve ser ética e juridicamente reprovável.

Isso já é proibido na Alemanha que, pela legislação de 13 de dezembro de 1990 – Embryonenschutzgesetz (ESchG) – Lei de proteção do embrião, em vigor desde janeiro de 1991, considera o embrião como pessoa a partir da fecundação. Assim, todo embrião fecundado *in vitro* tem o direito de ser implantado em um útero devido a proteção jurídica conferida à sua vida e à sua integridade física. Por essa razão, a lei alemã limita o número de embriões a no máximo três. A implantação no útero materno consiste, pois, no único destino eticamente viável para um embrião humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito entre direitos reprodutivos e direitos de personalidade do embrião, como demonstrado, inexistente quando se percebe que os primeiros, no âmbito das biotecnologias reprodutivas, referem-se à busca por tratamentos adequados para superar a infertilidade, ou seja, o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios para a procriação sem riscos para a saúde. O direito reprodutivo não pode ser interpretado como o

direito a um filho, pois nesse caso, um ser humano seria meio para a realização de projetos de terceiros. O direito a um filho é incompatível com a dignidade do filho e, por isso, a autonomia reprodutiva não significa o direito de reivindicar um filho a todo custo; custo que, consoante as práticas rotineiras das clínicas de fertilização, é altamente reprovável pois impõe o congelamento de outras vidas por tempo indeterminado.

A produção de embriões excedentários afigura-se como prática inconstitucional, pois ainda que não haja interrupção da vida pelo congelamento, interrompe-se o seu fluxo normal, contrariando a dignidade humana. O embrião humano, tal como defendido, é pessoa e os seus interesses tem prioridade sobre os interesses da ciência e projetos reprodutivos.

A realidade ôntica da pessoa humana deve ser respeitada pelo ordenamento jurídico, portanto, todo embrião fecundado *in vitro* deve ter o direito de ser implantado em um útero, como forma de ter protegida sua vida e integridade física. A implantação no útero materno consiste no único destino eticamente viável para um embrião humano, portanto, devem ser concebidos apenas a quantidade necessária de embriões para a implantação seguida no útero.

A tecnologia, apesar de possibilitar o avanço da ciência para caminhos antes inimagináveis, torna a condição humana ainda mais vulnerável. Disso se justifica a necessidade crescente de um maior fortalecimento da proteção jurídica da vida humana a fim de que o princípio da dignidade da pessoa humana seja efetivamente concretizado.

REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidade de la persona**. Madri: Tecnos, 2012.

AÑÓN, Carlos Lema. **Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

BALLESTER, Francisco José Balesta. El equívoco de la esterilidad: ¿enfermedad o manipulación? **Revista de Bioética y Derecho**, núm. 23, set., p. 21-34, 2011. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7660>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

BELLO, Angela Ales. **Introdução à fenomenologia**. Bauru: Edusc, 2006.

BOÉCIO. **Escritos (OPUSCULA SACRA)**. Tradução, introdução, estudos introdutórios e notas Juvenal Savian Filho. Prefácio de Marilena Chauí. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BUCOSKI, Carolina Graciliano; Silveira, Rafael Alexandre; Dadico, Claudia Maria; Correa, Maria Teresa. **Políticas públicas de reprodução assistida e seus desdobramentos jurídicos e**

bioéticos. In: Anuário de Produção de Iniciação Científica discente, vol XI, n12, 2008 p.297-325.

CASTRO, Ignacio Núñez. **De la dignidade del embrión: reflexiones em torno a la vida humana naciente.** Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2008.

CHIAN, Ri-Cheng. Obstetric and perinatal outcome in 200 infants conceived from vitrified oocytes. **Reproductive Biomedicine Online.** vol 16, nº 5, mar.. 2008, p. 608-610. Disponível em <[http://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(10\)60471-3/pdf](http://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)60471-3/pdf)>. Acesso em 18 set. 2014.

Embryonenschutzgesetz (ESchG). Act for Protection of Embryos (**The Embryo Protection Act**) Gesetz zum Schutz von Embryonen of 13th December 1990. Disponível em: <<http://www.auswaertigesamt.de/cae/servlet/contentblob/480804/publicationFile/5162/EmbryoProtectionAct.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2014

ENGELHARDT, H. Tristram. **Fundamentos da Bioética.** São Paulo: Edições Loyola, 2008.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica.** In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). Estudos de Direito da Bioética II. Lisboa: Edições Almedina, 2008, p. 125-182.

HARRIS, John. **The concept of the person and the value of life.** In: Kennedy Institute of Ethics Journal, v.9, n.4, dez/1999, p.293-308.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da fenomenologia.** Lisboa: Ed.70, 1990.

_____. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica.** São Paulo: Ideias e Letras, 2006.

KELKEL, Arion L.; SCHÉRER, René. **Husserl.** Lisboa: Ed.70, 1982

LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano.** Coordenação de tradução de Eduardo Abranches de Soveral. Volume I. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1999, cap.XXVII, p.433-461.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os tempos, manda a vontade. O direito e o desejo de ter um filho. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). **Estudos de Direito da Bioética.** Lisboa: Edições Almedina, v.3, 2009, p. 131-149.

NOYES, Nicole; et al. Over 900 oocyte cryopreservation babies born with no apparent increase in congenital anomalies. **Reproductive Biomedicine Online,** vol. 18, no 6, abril, 2009, p. 769-776. Disponível em: <[http://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(10\)60025-9/pdf](http://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)60025-9/pdf)> Acesso em: 18 set. 2014

PALAZZANI, Laura. **Os significados do conceito filosófico de pessoa e suas implicações no debate atual sobre o estatuto do embrião humano.** In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio (Orgs.). *Identidade e estatuto do embrião humano. Atas da terceira assembleia da Pontifícia Academia para a vida.* Bauruaru: Edusc, 2007.

_____. *Persona e essere umano in bioetica e nel biodiritto.* In: **Idee**, vol 34/35, 1997, p.133-147.

RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha Celia. **Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: fabricando a vida, fabricando o futuro.** Campinas, 2003. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas.

SPAEMANN, Robert. **Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”.** Navarra: EUNSA, 2010.

SINGER, Peter. **Ética prática.** São Paulo: Martins Fontes, 1994.

UNITED NATIONS. **Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 september, 1994.** New York: United Nations, 1995. Disponível em: <<http://www.cnpd.gov.br/cnpd/wp-content/uploads/PACIPD-en1.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2014.

CIÊNCIA GENÉTICA NA JUSTIÇA CRIMINAL À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAROLINE BONACOSSA LIMA ¹
JOÃO GUILHERME SALVE ²
IVY DE SOUZA ABREU ³

RESUMO

O trabalho visa abordar a problemática concernente à viabilidade da aplicação da ciência genética na justiça criminal, considerando os possíveis danos que sua ingerência pode acarretar aos direitos fundamentais do suspeito. Ainda, tratar de questões bioéticas relacionadas à viabilidade da construção de um saber criminológico calcado nas pesquisas genéticas, especialmente no que diz respeito à contribuição da genética forense na apuração da responsabilidade penal. Nesse sentido, propõe-se a discussão acerca da constitucionalidade das provas invasivas e não invasivas no direito constitucional-penal, especificamente a intervenção corporal e a sua validade como prova no processo penal. A intervenção corporal é a obtenção de prova no corpo do acusado. O tema é altamente polêmico tanto na jurisprudência como na doutrina, pois de um lado está a ampla defesa, o Pacto de San Jose da Costa Rica e o princípio do *nemo tenetur se detegere*, enquanto de outro lado está o interesse público. É dever do Estado fazer o possível para que sejam efetivamente cumpridos e respeitados os direitos e garantias fundamentais, mas também garantir a eficácia da *persecutio criminis* e manter a segurança pública. Por fim, serão analisados tipos específicos de provas invasivas e não invasivas tais como: o exame de sangue realizado sem autorização, o exame de DNA realizado em parte já expelida pelo organismo humano, o bafômetro, a coleta de prova em lixo já fora da casa do agente entre outros meios de prova que são hoje utilizados no ordenamento jurídico brasileiro. Como informa a Declaração de Bioética de Gijón, a ciência e a tecnologia devem ser compatíveis com a preservação dos direitos humanos.

Palavras-chaves: Bioética. Criminal. Provas.

INTRODUÇÃO

O objetivo desse artigo é investigar a viabilidade da aplicação da ciência genética na justiça criminal, especialmente os seus efeitos no âmbito da integridade física do acusado.

Nesse sentido, propõe-se a discussão acerca da constitucionalidade das provas invasivas e não invasivas no direito constitucional-penal, especificamente a intervenção corporal e a sua validade como prova no processo penal. A intervenção corporal é a obtenção de prova no corpo do acusado.

¹ Graduanda do 5º ano de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI);

² Graduando do 5º ano de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI);

³ Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Membro do BIOGEPE – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito a Saúde e Bioética da FDV; Professora universitária; GT V – Situações emergentes da Bioética

O tema é altamente polêmico tanto na jurisprudência como na doutrina, pois de um lado está a ampla defesa, o Pacto de San Jose da Costa Rica e o princípio do *nemoteneatur se detegere*, enquanto de outro lado está o interesse público.

É dever do Estado fazer o possível para que sejam efetivamente cumpridos e respeitados os direitos e garantias fundamentais, mas também garantir a eficácia da *persecutiocriminis* e manter a segurança pública.

Nesse aspecto, será investigado a (im) possibilidade da relativização de direitos individuais do acusado e o interesse público do Estado para a obtenção da verdade processual.

Por fim, serão analisados tipos específicos de provas invasivas e não invasivas tais como: o exame de sangue realizado sem autorização, o exame de DNA realizado em parte já expelida pelo organismo humano, o bafômetro, a coleta de prova em lixo já fora da casa do agente entre outros meios de prova que são hoje utilizados no ordenamento jurídico brasileiro.

TEORIA GERAL DA PROVA

Inicialmente, *provar* significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real, cuja origem etimológica é a mesma de *probo* (do latim *probatio* e *probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame aprovação ou confirmação.

Dela deriva o verbo provar, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operação do intelecto na busca e comunicação.

No Direito Processual, sobretudo na seara penal, o estudo da teoria da prova deve seguir os ditames constitucionais, tendo em vista a Força Normativa da Constituição.

CONCEITO

Iniciamos o estudo do tema probatório pelas mais basilares nomenclaturas, definindo a prova como todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas.

Quanto as acepções da palavra prova, manifesta-se a doutrina de Renato Brasileiro:

“(...) 1) Prova como atividade probatória: consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento[...] 2) prova como resultado: caracteriza-se pela formação do convencimento do órgão julgador no curso do processo quanto a existência (ou não) de determinada situação fática [...] 3) prova como meio: são os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática (...)”⁴

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ªed. Salvador: Jus Podium: 2014. p. 549-550.

Após ter sido definido a acepção da palavra prova, que se subdivide em prova como atividade e prova como resultado, passa-se a estudar as fontes e meios de obtê-la.

FONTES E MEIOS DE PROVA

De acordo com Renato Brasileiro, a expressão *fonte de prova* é utilizada para distinguir as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, daí resultando a classificação em: *i.* fontes pessoais – ofendido, peritos, acusado, testemunhas – *ii.* fontes reais – documentos, em sentido amplo.

Destarte, cometido o *fato delituoso*, ensina a doutrina, tudo aquilo que possa servir para esclarecer alguém acerca de sua existência pode ser conceituado como fonte de prova, ou seja, estas derivam do fato delituoso independentemente da existência do processo, eis que são anteriores ao processo, sendo que sua introdução é feita nos autos através dos meios de prova.

Na prática, tem-se que nem toda fonte de prova pode se converter em meio lícito e apto de prova, diante justamente das restrições impostas pela legislação processual vigente: uma informação só poderá ser obtida de uma fonte se isso se enquadrar entre os meios de prova admitidos pelo sistema.

Como, por exemplo, se a testemunha é amiga íntimo/familiar do autor da demanda, o peso da inquirição tende a acabar por ser rebaixado (à informante) ou mesmo excluído; ainda, mesmo que existam cinco testemunhas a comprovar em juízo determinado fato, a lei prevê que no máximo podem ir a juízo apenas três testemunhas por fato.

Realmente, da diferenciação entre fontes e meios de prova, pode-se concluir que nem toda fonte de prova pode ser convertida em meio de prova a ser utilizado na instrução do processo, já que há restrições legais ao uso das provas, mesmo lícitas.

Diante disso, evidenciaram-se as diferenças entre fontes reais e pessoais de prova, bem como foram traçadas as suas validades no âmbito do processo penal, de modo que há necessidade das regras, normas e princípios, com o objetivo de limitar a sua colheita.

PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Inicialmente, o nome correto para esse princípio é o da não presunção da culpabilidade, o qual está previsto tanto na Constituição Federal (art. 5º, LVII), quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 8º, 2).

Extrai-se da leitura dos artigos que a Constituição Federal e a Convenção Americana trazem conceitos com abrangências distintas, o que é de fundamental análise, em razão das garantias asseguradas aos investigados no processo penal.

No que tange a Convenção, presume-se sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Portanto, utilizando-se uma interpretação sistemática da convenção percebe-se que a mesma resguarda o direito ao duplo grau de jurisdição, logo o termo “*legalmente comprovada*” é até a prolação de um acórdão condenatório no exercício do duplo grau de jurisdição.

Noutro turno, a Constituição Federal, trata de maneira muito clara: ninguém será considerado culpado, logo em momento algum usa a palavra inocente, em razão disso a doutrina refere-se a esse princípio como o da presunção da não culpabilidade, até por que se considerado inocente não há que se falar em investigação criminal.

O Professor Pacelli em sua obra de Processo Penal aponta que esse princípio impõe duas obrigações distintas ao Poder Pública, uma imposição de tratamento e outra de força probatória:

“(...) Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter* persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada (...)”⁵.

Assim sendo, quanto ao aspecto de tratamento, percebe-se que o acusado deve ter sua inocência imaculada em todas as fases da persecução penal, de modo que até o indiciamento deve ser velado pelo respectivo princípio:

“(...) E não é só. Até mesmo para o ato de indiciamento, que vem a ser uma formalização da situação do investigado em inquérito policial, é possível reclamar-se a presença de justa causa, que logo veremos tratar-se, ou poder tratar-se, de; uma condição da ação penal. É que também o indiciamento impõe uma carga significativa e socialmente onerosa à situação jurídica do inocente. Vai nesse sentido a decisão do STF, que, embora relativa a pedido de indiciamento de deputado federal - feito pelo Procurador-Geral da República -, pode ser aplicada em relação a qualquer outro acusado (Inq. nQ 2.041/MG, Rei. Celso de

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 47.

Mello, em J 6.10.2003). Aliás, a-rigor, o indiciamento somente deveria ser realizado após a i. conclusão das investigações da autoridade policial, para fins da elaboração do relatório final acerca do material indiciário recolhido, consoante se pode extrair da leitura do art. 6º, V, do CPP (oitiva do indiciado após a coleta de toda a prova disponível) (...)”⁶.

Já no aspecto da carga probatória, Aury Lopes Jr complementa o exposto por Pacelli no que versa o ônus acusatório e o princípio do *in dubio pro reo*:

“(...) Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução de incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador. A única certeza exigida pelo processo penal refere-se a prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa (...)”⁷.

Nessa linha, LOPES JR, citando Ferrajoli, este princípio é decorrente do princípio da jurisdicionalidade, sobretudo em razão da reserva de jurisdição:

“(...) A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica FERRAJOLI, pois se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena (...)”⁸

Assim sendo, foi analisado nesse tópico a importância da presunção de inocência, a qual constitui limitador da atividade persecutória do Estado para a imposição de pena, de modo que, passa-se a análise do princípio da não autoincriminação.

Nemo tenetur se detegere

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Assim como o princípio da presunção de inocência que objetiva proteger o acusado, existe o princípio da não autoincriminação o qual decorre do direito ao silêncio previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII), bem como, infraconstitucionalmente, no Código de Processo Penal (art. 186).

⁶ Ibid. op. cit. p. 47.

⁷ **LOPES JR**, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 190.

⁸ ibid. op.cit. p. 184-185.

Além da previsão no âmbito do Direito Interno o princípio do direito ao silêncio é disposto do âmbito do Direito Externo, como, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Art. 14, 3, 'g'), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2, g).

No que se refere ao seu conceito, o mencionado direito é conhecido também como o *nemotenetur se detegere*, princípio, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, o qual constitui uma forma de autodefesa, a qual não tem caráter técnico⁹.

Portanto, o exercício desse direito não pode ser utilizado como argumento a favor da acusação, não pode ser valorado na fundamentação de decisões judiciais, nem tampouco ser utilizado como elemento para a formação da convicção do órgão julgador.

Da recusa em produzir prova contra si mesmo também não se pode extrair a tipificação do crime de desobediência (CP, art. 330).

Após terem sido fixados a posição do referido direito tanto no âmbito interno como no âmbito Internacional, ter sido dado seu conceito, passa-se a definir quem é o seu titular, ou seja, quais são os legitimados a invocar o direito de não autoincriminação.

No que se refere ao seu titular, à primeira vista, o direito de não produzir prova contra si mesmo está restrito tão somente aos presos e investigados pela prática de determinado delito.

Todavia, para o posicionamento doutrinário atual pensar que o direito ao silêncio se restringe exclusivamente aos formalmente investigados representa uma ótica puramente reducionista de importante direito fundamental, o qual não pode ter efeitos em desfavor do indivíduo:

“(...) pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime. A esse respeito, observa Antônio Magalhães Gomes Filho que o direito ao silêncio estende-se a qualquer pessoa, em razão do princípio da presunção de inocência, do qual decorre que incumbe exclusivamente à acusação produzir as provas de culpabilidade. (...) O titular do direito de não produzir prova contra si mesmo é, portanto, qualquer pessoa que possa se autoincriminar. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de não produzir prova contra si mesmo: *nemotenetur se detegere* (...)” [grifou-se]¹⁰.

Interessante situação é a que envolve a testemunha, pois embora a teor do art. 203 do Código de Processo Penal esta deve prometer dizer a verdade, podendo inclusive responder por falso testemunho (cf. art. 342, do Código Penal), esta não é obrigada a responder sobre fato que possa incriminá-la¹¹.

⁹ LIMA. Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ªed. Salvador: Jus Podium: 2014. p. 76.

¹⁰ *ibid.* op.cit. p. 77.

¹¹ LIMA. Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ªed. Salvador: Jus Podium: 2014. p. 77.

Tendo sido fixado quem é o titular do direito em questão, deve ser analisada qual a abrangência do referido direito, de modo que se passa a definir quais são os atos que praticados pelo indivíduo não irão ensejar a sua incriminação.

Noutro aspecto, como levantado no início do tópico anterior a interpretação realizada da análise do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal ao estabelecer que o acusado será informado de seu direito de ficar calado faz presumir que o direito de não autoincriminação abrange tão somente o direito ao silêncio.

Todavia, como bem pontuado pela doutrina o direito ao silêncio funciona apenas como uma das decorrências do princípio do *nemotenetur se detegere*, do qual se extraem outros desdobramentos igualmente importantes:

“(…) O que o constituinte diz, quando ele assegura o direito de permanecer calado, é que a pessoa não pode ser obrigada a se incriminar ou, em outras palavras, que ela não pode ser obrigada a produzir prova contra si (…)”¹².

Nesse contexto, sob a ótica do Direito Internacional, o direito de não se auto incriminar também abrange o direito de não ser constrangido a confessar a prática ato ilícito penal, o que se extrai da leitura do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, §3º) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, §2º, “g”, e §3º).

Questão controvertida diz respeito ao direito de o acusado mentir em juízo, pois alguns doutrinadores entendem que é permitido ao acusado mentir com o objetivo de não se auto incriminar, sobretudo, pois no Brasil o crime de perjúrio não é tipificado¹³.

O Supremo Tribunal Federal (STF) entende que a conduta de negar a verdade em juízo não pode ser interpretada em desfavor do acusado¹⁴.

Diante disso, percebe-se que o ato que negar a verdade ou apontar álibis para conduta que foi imputada ao acusado não pode ser sopesada em seu desfavor.

Outro desdobramento relevante do direito de não se auto incriminar, que a doutrina e jurisprudência têm adotado, é o da impossibilidade de se exigir um comportamento ativo do acusado que possa resultar a autoincriminação:

¹² *ibid.* op. cit. p. 88.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 106.

¹⁴ BRASIL.STF, Primeira Turma, HC 68929, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 22/10/1991, DJ 28-08-1992 PP-13453 EMENT VOL-01672-02 PP-00270 RTJ VOL-00141-02 PP-00512

“(…). Assim, sempre que a produção da prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado (v.g., acareação, reconstituição do crime, exame grafotécnico, bafômetro, etc.), será indispensável seu consentimento. Cuidando-se do exercício de um direito, tem predominado o entendimento de que não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para obrigá-lo a cooperar na produção de provas que dele demandem um comportamento ativo. Além disso, a recusa do acusado em se submeter a tais provas não configura o crime de desobediência nem o de desacato, e dela não pode ser extraída nenhuma presunção de culpabilidade, pelo menos no processo penal (...)”¹⁵.

Após a análise dos aspectos limitadores da produção de prova, como por exemplo a não autoincriminação, deve ser analisada como é realizada a distribuição do ônus probatório.

DISTRIBUIÇÃO DA CARGA PROBATÓRIA

No passado, sobretudo no período da Idade Média, a acusação, defesa e o julgamento eram concentrados na figura de apenas uma pessoa, o inquisidor, de modo que a este incumbia a produção e julgamento da prova, o qual ficou conhecido como Sistema Inquisitivo.

“(…) Vale deixar consignado que a Inquisição começa propriamente quando se admite a denúncia, inclusive anônima, como forma de principiar uma investigação, prescindindo-se dela, mais tarde, ao se permitir o início do processo de ofício, bastando para tanto o rumor público, revelador da ocorrência de uma infração. (...) Franco Cordero relembra que nessa hora o juiz passa da posição de expectador impassível para converter-se em protagonista do sistema. A jurisdição eclesiástica a princípio destinava-se ao julgamento de membros da Igreja, porém conforme o poder temporal desta última foi se expandindo, resvalou para a sua competência uma enorme gama de infrações penais consideradas contrárias, mesmo que distantemente, aos interesses da Igreja. Principalmente a partir do momento em que as autoridades judiciárias eclesiásticas passaram a ser exercitadas por monges designados pelo Papa, as características marcantes da Inquisição foram a forma escrita, em contraposição à oralidade, o segredo, confrontando a publicidade e a iniciativa do juiz para o procedimento. (...). Naturalmente, altera-se o eixo do procedimento e o acusado que no sistema acusatório era sujeito de direitos, deveres, ônus e faculdades, passa a objeto da investigação (...)” [grifou-se].

Todavia, após mudanças marcadas sobretudo pelas Revoluções Liberais do século XVIII a tarefa de acusar foi concentrada de apenas uma figura Estatal, a qual, no Brasil é atribuída ao Ministério Público (cf. Constituição Federal de 1988, art. 129, I), de modo que, a partir disso o ônus acusatório recaiu sobre um este.

¹⁵ LIMA. Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ªed. Salvador: Jus Podium: 2014. p. 81.

Tendo em vista a divisão entre os órgãos de julgamento, acusação e defesa, o Juiz deixa de ser protagonista no que se refere a produção de prova, de sorte que lhe incumbirá tão somente a análise da lide:

“(…). Por seu turno, Riquelme alinha também a legitimidade popular do juiz, que será o próprio povo ou se constituirá de significativa parte dele, despido, por isso, do dever de fundamentar sua decisão, haja vista sua soberania, ao que, conseqüentemente, soma-se a irrecorribilidade das decisões que profere, em processo que se desenvolve na forma de um duelo público, oral e contraditório, entre acusador e acusado, perante um juiz inativo e imparcial (...)”¹⁶ [grifou-se].

Assim sendo, incumbirá a acusação sustentar com exclusividade existência de crime em desfavor do acusado, sobretudo em razão do princípio da presunção de inocência.

Portanto, foram delimitados campos de atuação dos sujeitos processuais, de modo que, deve ser analisado o que de fato se busca na elucidação dos fatos e na produção da prova.

A BUSCA PELA VERDADE REAL

A doutrina clássica trabalhava a diferença do princípio da verdade real, que seria aplicada ao processo penal, e verdade formal, aplicada ao processo civil. Confira-se:

“(…) O chamado princípio da verdade real rendeu (e ainda rende) inúmeros frutos aos aplicadores do Código de Processo Penal, geralmente sob o argumento da relevância dos interesses tratados no processo penal. A gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, em relação ao processo civil (...)

Nesse aspecto Pacelli, embora discorde da existência da verdade real no processo penal, traz interessantes distinção entre a verdade buscada no âmbito do processo civil e no âmbito do processo penal:

“(…). Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 302, CPC), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção

¹⁶ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal 11^o Edição. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 551.

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 333.

de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material (...)¹⁸ [grifou-se].

Tal dicotomia está ultrapassada, pois mesmo no processo, dependendo do caso concreto, o juiz no processo civil possui certa autonomia probatória.

Nesse sentido, a tese da existência de verdade real encontra-se inócua, pois esta não existe ante a impossibilidade de se vislumbrar no processo uma verdade com absoluta fidelidade.

Outrossim, tal princípio foi abandonado pela doutrina, pois durante anos justificou-se o uso de provas ilícitas:

“(...). Não iremos muito longe. A busca da verdade real, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos a verdade (...). Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal [grifou-se] (...). ”¹⁹.

Assim sendo, tendo concluído que a busca por uma verdade real é insubsistente, sobretudo, em razão de ser usado como justificativa de admissibilidade de provas ilícitas, deve ser analisada a possibilidade de relativização das garantias constitucionais do em razão do interesse público.

CONFLITO DE INTERESSES INDIVIDUAIS DO ACUSADO X INTERESSE PÚBLICO

Noutro aspecto, não obstante a existência dos princípios da presunção de inocência e da não autoincriminação, deve ser ressaltado que o Estado ao desempenhar suas atividades administrativas e, ao término destas, suas atividades judicantes, tem o dever de garantir a persecução penal, bem como a aplicar a pena ao indivíduo que cometeu o delito.

Nesse contexto, há uma evidente tensão entre interesses individuais do réu de ter sua inocência presumida, inadmissibilidade de provas ilícitas, bem como de ter o direito ao silêncio, garantia que lhe concede uma série de garantias.

¹⁸ Ibid. op.cit. p. 333.

¹⁹ Ibid. op. cit. p. 333.

Por outro lado, há o Estado, o qual representa a sociedade e, especificamente atua em defesa do interesse público primário, que compreende sua própria razão de existir ²⁰.

Nesse ponto, há importante princípio oriundo do Direito Administrativo que tem por objetivo, naquele ramo do Direito, priorizar os interesses da Administração Pública, de caráter coletivo e público, em face dos interesses individuais dos administrados. Chama-se Princípio da Supremacia do Interesse Público:

“(..). As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o WelfareState (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público (...) [grifou-se]”²¹.

Nesse sentido, figura-se presente relevante interesse público por parte do Estado em esclarecer os fatos criminosos, bem como impor pena ao agente delituoso, como o fim de resolver a “lide penal” com o objetivo de pacificar a vida em sociedade.

Diante disso, aplicar-se-ia métodos de ponderação e adequação em casos de tensão entre valores constitucionalmente protegidos, apurar, mediante análise casuística, qual destes irá se sobrepor a outro.

Todavia, deve ser estabelecido inicialmente como premissa que o objetivo central do Direito Penal é a tutela de tutela de os bens jurídicos que constituem dados fundamentais para subsistência social, compatíveis com a ordem constitucional²², por outro lado do Processo Penal, nas palavras do professor Aury Lopes Jr., possui uma dupla função:

“(..). O Processo como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando aos indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. 32 pp.

²² GRECO, Luís. Princípio da Proteção de Bens Jurídicos. Princípio da Interpretação Constitucional. TakemiKataoka; Flávio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.. 1127.

inocência, contraditório, defesa (...) W. GOLDSCHMIDT explica que os direitos fundamentais, como tais, dirigem-se contra o Estado, e pertencem, por conseguinte à seção que trata do amparo do indivíduo contra o Estado. Prova disso é a quantidade de dispositivos que integram as constituições modernas regulando o processo penal com finalidade de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais do acusado enquanto estiver sendo processado. Também não podemos esquecer que o processo penal constitui ramo do direito público, e que a essência do Direito Público é a autolimitação do Estado [grifou-se]²³.

Assim sendo, extrai-se do referido trecho que, não cumpre ao Processo Penal tão somente a aplicação de pena, bem como as etapas e ritos que irão pautar a persecução penal, mas principalmente o caráter limitativo ao Poder Punitivo do Estado.

Para o professor Aury Lopes Jr não é adequada a mitigação de direitos individuais do acusado em nome da busca da verdade real ou sob o fundamento do interesse público existente, pois os direitos individuais dos réus não pertencem exclusivamente a estes, mas a todos que compõem a sociedade. Confira-se:

“(...) Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, serem sacrificados) frente à “supremacia” do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público – privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, “público”, se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab) uso de poder estatal (...)” [grifou-se]²⁴.

Destaca-se que em razão da presunção de inocência, bem como de que a Constituição garante a plena liberdade de locomoção, este direito não poderia ser retirado do indivíduo por uma mera imposição do Estado:

“(...). Algumas lições, por sua relevância, merecem ser repetidas nesta obra. É melhor pecar pela repetição do que correr o risco de perdê-la por uma leitura pontual que nossos leitores eventualmente façam. Assim, nunca é excesso repetir uma lição magistral de JUAREZ TAVARES, que nos ensina que nessa questão entre liberdade individual e poder de intervenção do Estado não se pode esquecer que a “garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência”(...) [grifou-se].

²³ LOPES JR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 38 pp

²⁴ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal 11^o Edição. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Verifica-se que apenas por justificada e legítima ação o Estado pode privar o indivíduo de importantes direitos fundamentais, haja vista que em um Estado Democrático de Direito, a liberdade é pressuposto dos indivíduos que o compõe, sendo a supressão de direitos uma temporária exceção:

(...) o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal, e não a liberdade individual. A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e nos tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos (...) [grifou-se]²⁵.

No que se refere possibilidade de relativizar os interesses do acusado com o objetivo de prevalecer o interesse estatal por uma persecução penal menos restrita pelas garantias individuais, o STF já se manifestou sobre a impossibilidade de fazê-lo.

Nesse sentido, extrai-se importante lição do voto proferido pelo Ministro Eros Grau no HC 95.009-4/SP:

“(...) Tenho criticado aqui --- e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) --- a “banalização dos ‘princípios’ [entre aspas] da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios --- porque não reproduzem as suas características --- porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito” (...) No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos. 35. Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado”, a “supremacia do interesse público sobre o individual” (...)”²⁶ [grifou-se].

Nesse contexto, percebe-se que é contraproducente restringir importantes direitos fundamentais em razão de um interesse público, pois embora, estejam em jogo interesses que aparentam ser exclusivamente de a cada indivíduo, na verdade as garantias proces-

²⁵ Ibid. op.cit. loc.

²⁶ BRASIL. STF, HC 95.009-4/SP, Relator Ministro EROS GRAU, DJe: 18/12/2008. p. 44 e ss.

suas conferidas aos acusados são de titularidade de todos, em razão do caráter universal de tais direitos.

Diante disso, embora no âmbito do Direito Administrativo, de onde surgiu o princípio da Supremacia do Interesse Público, seja relevante a adoção do critério da proporcionalidade com vistas de definir valores públicos que serão sobrepostos individuais, naquele ramo não está em jogo a liberdade individual.

Nesse sentido:

“(...). Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo --- não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente --- não tem lugar em matéria penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie (...)”²⁷.

Ante o exposto, não é possível afastar garantias processuais que foram conquistados com altos custos pelos cidadãos em face de um suposto interesse público por parte do Estado, pois fazê-lo configuraria negação ao próprio Estado Democrático de Direito por não reconhecer a universalidade destas garantias.

A BIOÉTICA X PRODUÇÃO DE PROVA

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS:

Até este momento foi estabelecida a teoria geral da prova no âmbito penal no Brasil, sobretudo os princípios norteadores no direito probatório brasileiro, como o da presunção de inocência, não autoincriminação.

Além disso, foram rompidas as falácias da busca pela verdade real e a Supremacia do Interesse Público, de modo que tais premissas serão instrumentalizadas nos tópicos seguintes.

Diante disso, passa-se a estudar as implicações do Direito Probatório sob a perspectiva da Bioética, mormente o uso de provas invasivas e não invasivas, bem como a (in) admissibilidade de provas ilícitas.

²⁷ BRASIL. STF, HC 95.009-4/SP, Relator Ministro EROS GRAU, DJe: 18/12/2008. p. 44 e ss.

CONCEITUAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DA BIOÉTICA NO PLANO INTERNACIONAL

O termo bioética surgiu em 1971 através da obra do oncologista americano Van R. Porter, chamado *Bioethics, Bridge to the future*, para se referir a uma nova disciplina, cujo objetivo é permitir uma vida com melhor qualidade.

Naquela época, havia intensas mudanças tecnológicas, as quais conseqüentemente permitiriam avanços no âmbito da biologia e da medicina, exemplo disso é a capacidade que o homem passou a ter em intervir nos processos de nascimento e morte.

A Enciclopédia de Bioética de 1978, informa que bioética é o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e do cuidado da saúde, quando esta conduta se examina à luz dos valores e dos princípios morais²⁸.

Como assinala BARBOZA o principal objetivo da bioética, como setor da ética, é estabelecer critérios para proporcionar uma maior qualidade de vida para todos, uma conciliação entre os valores éticos inerentes a sociedade e os avanços tecnológicos. Confira-se:

“(...). Talvez esse seja o maior mérito da Bioética: estabelecer critérios (ou ao menos tentar) para o tratamento de questões diversas, mas que devem guardar entre si, necessariamente princípios e fins comuns. Já se assinalou que as ameaças que pendem sobre a vida do planeta Terra especialmente sobre a espécie humana derivam do grau diferenciado de desenvolvimento entre as ciências da natureza e as da sociedade. Enquanto importantes conquistas das primeiras podem eliminar, mediante guerra nuclear ou por contaminação da atmosfera, o suporte da biosfera, as segundas foram incapazes de propor dispositivos institucionais aptos a evitar tais conseqüências potenciais e funestas: a humanidade foi incapaz de inventar um modelo organizacional adequado as circunstâncias técnico-científicos de nossa era (...)”²⁹.

Nesse contexto de descompasso entre os valores éticos, sobretudo os ideais religiosos, civis filosóficos e morais e o avanço da ciência, surgiu em 2005 a Declaração de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO.

Em seu Artigo 1º fica claro que Declaração trata das questões de ética suscitadas pela medicina, pelas ciências da vida e pelas tecnologias devem ser analisadas em suas dimensões social, jurídica e ambiental.

Assim sendo, após ser firmado a conceituação e sua previsão no âmbito internacional, passa-se a relacioná-la ao princípio da dignidade humana, a fim de aprofundar a bioética sobre sua dimensão jurídica, sobretudo no âmbito do direito probatório.

²⁸ Enciclopédia de Bioética de 1978 *apud* BARBOZA, H. H. G. Princípio da Bioética e do Biodireito. TakemiKataoka; Flávio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 144.

²⁹ BARBOZA, H. H. G. Princípio da Bioética e do Biodireito TakemiKataoka; Flávio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.144.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA SOB O ASPECTO DO BIOÉTICA

A dignidade da pessoa humana exerce um valor importantíssimo, haja vista que tal princípio de caráter metajurídico positivado no art. 1º, III, da Constituição Federal, além de constituir finalidade da República Federativa do Brasil, é verdadeiro limitador da atividade estatal.

Assim leciona a doutrina:

(...) No Brasil, a inserção da dignidade da pessoa humana no rol dos valores fundamentais da República brasileira significa que o mesmo foi considerado, pelo constituinte, como regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo e imperativo do ordenamento jurídico. (...) A Constituição brasileira reservou à “dignidade da pessoa humana” a natureza de princípio próprio e autônomo, portanto, guia de materialização dos direitos da personalidade e dos demais direitos fundamentais, e valor que consolida o conteúdo axiológico central do ordenamento jurídico como um todo (...) [grifou-se]³⁰.

No que se refere a bioética, na era da tecnologia, época em que o pensamento é assimilado a calculabilidade não pensante da tecnociência, a dignidade humana não seria mais que uma matéria privilegiada, um objeto a ser manipulado³¹.

Todavia, a pessoa em razão de ser dotada de dignidade, atributo que a distingue das coisas não pode ser valorada patrimonialmente, muito menos ter essa característica afastada.

Nesse aspecto, pontua SARLET:

“(...) justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito (...)”³².

No que se refere a inafastabilidade dessa condição, o art. 3º, I, da Declaração de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, estabelece que os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

³⁰ GONDINHO, A. P. R. O. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (no Direito Comparado). TakemiKataoka; Flávio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 p. 321-322.

³¹ GAMA, G. C. N. . Princípio da Dignidade Humana no Biodireito. In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo TakemiKataoka; Flávio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, v. , p. 252.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40.

Nesse contexto, como exposto no Capítulo nº03, a dignidade não pode ser afastada sob o fundamento e interesse exclusivo do Estado, como, por exemplo, a Supremacia do Interesse Público.

Assim sendo, foi estabelecido que em razão de seu caráter metajurídico, indisponível e inafastável a dignidade não pode ser usurpada do homem, figura central da Sociedade e, do Estado de Direito, de modo que deve ser questionado qual o limite bioético do uso das provas invasivas e não invasivas.

USO DE PROVAS INVASIVAS E NÃO INVASIVAS

Preliminarmente, é necessário fazer uma breve análise a respeito do direito à integridade física, o qual divide-se em duas subespécies que são: **i.** o direito ao próprio corpo; **ii.** direito às partes separadas dele.

O primeiro direito diz respeito à integridade física do organismo e que visa assegurar a dignidade da pessoa humana protegendo o réu de ter seu organismo violado.

Por outro lado, o direito às partes separadas do corpo diz respeito à integridade física dos órgãos, ou seja, o acusado possui direito às partes separadas de seu corpo como, por exemplo, órgãos, tecido, cabelo, saliva, sangue e etc.

Os referidos direitos existem em razão dos reflexos da dignidade humana nas interações intersubjetivas, pois mais valioso que impor esse valor metajurídico na carta magna é fazer com que os sujeitos que compõem o núcleo social, e sobretudo, o Estado respeitem a dignidade do acusado:

(...) A dignidade da pessoa humana, na perspectiva das relações intersubjetivas, cria dever geral de respeito pela pessoa (com valor intrínseco), consistente num conjunto de deveres e direitos recíprocos, de natureza material, voltados ao resguardo e à promoção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, também vista sob o enfoque das relações intersubjetivas, merece ser reconhecida e devidamente tutelada pela ordem jurídica na perspectiva de igual respeito e igual consideração de toda pessoa humana, tanto pelo Estado como pela Sociedade (...)³³ [grifou-se].

Nesse sentido, o princípio da dignidade humana cria um óbice a produção de prova por parte do Estado, de modo que limita sua busca pela verdade, ante o respeito pela integridade física do réu violar o corpo do réu.

³³ GAMA, G. C. N. . Princípio da Dignidade Humana no Biodireito. In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo TakemiKataoka; Flávio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, v. , p. 262.

No que se refere a investigação mediante intervenção corporal, estas são realizadas sobre o corpo das pessoas, sem a necessidade do consentimento com a finalidade de descobrir circunstâncias fáticas que sejam importantes para o processo.

A doutrina de Renato Brasileiro traz como exemplos, o exame de sangue, ginecológico, identificação dentária, endoscopia, exame do reto, entre outras de urina, de saliva, exames de DNA usando fios de cabelo, identificações datiloscópicas de impressões dos pés, unhas e palmar e também a radiografia³⁴.

Tendo estabelecido essas premissas, cumpre estabelecer que o ordenamento jurídico brasileiro prevê dois tipos de provas que dependem da colaboração do acusado para que sejam realizadas, são as provas invasivas e as provas não invasivas.

As provas invasivas são aquelas que para serem produzidas necessitarão de intervenções no próprio corpo do acusado, as quais estão intimamente ligadas ao direito de não violação do próprio corpo.

Sendo que, são exemplos de meios de obtenção da prova invasiva os exames de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia (usada para localização de droga no corpo humano) e o exame do reto.

Já as provas não invasivas são aquelas em que não haverá a penetração no organismo do acusado, porém serão realizadas a partir de vestígios do corpo humano do acusado, referente ao direito de preservação às partes separadas do corpo.

O entendimento é no sentido que, havendo o consentimento do sujeito passivo da medida, após prévia advertência do direito de não produzir prova contra si mesmo, a intervenção corporal poderá ser realizada normalmente, seja a prova invasiva ou não invasiva.

Apesar de haver exigência do consentimento do sujeito que será submetido a medida não há obrigatoriedade de que este meio de investigação de prova seja autorizado pelo Juiz:

“(...) A Carta Magna não estabeleceu a reserva de jurisdição para a determinação das intervenções corporais. Logo, não há necessidade de prévia autorização judicial para a realização dessas medidas, as quais podem ser determinadas inclusive pela autoridade policial. Porém, mesmo com a anuência do cidadão, não se admite que o Estado submeta alguém a intervenções corporais que ofendam a dignidade da pessoa humana ou que coloquem em risco sua integridade física ou psíquica além do que é razoavelmente tolerável (...)”³⁵ [grifou-se].

Observa-se que, em se tratando de prova invasiva ou que exija um comportamento ativo, não é possível a produção forçada da prova contra a vontade do agente.

³⁴ LIMA. Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ªed. Salvador: Jus Podium: 2014. p. 83.

³⁵ LIMA. Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ªed. Salvador: Jus Podium: 2014. p. 85.

Todavia, caso a prova produzida, voluntária ou involuntariamente pelo acusado, se tratar de material descartado por estes, nada impede que tais elementos sejam apreendidos pela autoridade policial e, conseqüentemente sejam usados em seu desfavor.

Assim sendo, é possível apreender o material descartado, seja orgânico (produzido pelo próprio corpo, como saliva, suor, fios de cabelo), seja ele inorgânico (decorrentes do contato de objetos com o corpo, tais como copos ou garrafas sujas de saliva, etc.).

Por fim, ressalte-se que o Código de Processo Penal e, ainda, o Código de Processo Civil (de caráter supletivo) não mencionam se o acusado deve colaborar ou não com as provas que serão produzidas.

Todavia, diante dos postulados da não autoincriminação e da presunção de inocência foi evidenciado nessa pesquisa que a obtenção de provas mediante intervenção corporal necessita de colaboração do acusado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo desenvolvido neste trabalho, formularam-se algumas considerações importantes para o sistema probatório do direito processual penal e a bioética, sobretudo a admissibilidade provas invasivas e não invasivas.

Foi apresentada a teoria geral da prova no âmbito penal no Brasil, sobretudo os princípios norteadores no direito probatório brasileiro, como o da presunção de inocência, não autoincriminação.

Foi concluída a impossibilidade de afastar garantias processuais do acusado em face de um suposto interesse público por parte do Estado, pois fazê-lo configuraria negação ao próprio Estado Democrático de Direito por não reconhecer a universalidade destas garantias.

Após foi firmada a conceituação e a legitimação da Bioética no âmbito internacional, para posteriormente apresenta-la sob a perspectiva do princípio da dignidade humana, a fim de aprofundar a bioética sobre sua dimensão jurídica, sobretudo no âmbito do direito probatório.

Estudaram-se as provas invasivas e não invasivas de forma a demonstrar sua aplicação ou não no direito processual penal brasileiro, de modo que foi concluído que em razão da integridade física do réu, e da dignidade humana a utilização destas só pode ocorrer mediante sua expressa anuência.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, H. H. G. Princípio da Bioética e do Biodireito TakemiKataoka; Flávio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.144-151.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 09 de maio de 2015.

_____. Decreto-Lei nº 3.689/1941. Código de Processo Penal, 03 de outubro de 1941. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso: 09 de maio de 2015.

_____. Decreto nº 592/1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. 06 de julho de 1992. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/DO592.htm. Acesso: 09 de maio de 2015.

_____, Primeira Turma, HC 68929, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 22/10/1991, DJ 28-08-1992 PP-13453 EMENT VOL-01672-02 PP-00270 RTJ VOL-00141-02 PP-00512.

_____, HC 95.009-4/SP, Relator Ministro EROS GRAU, DJe: 18/12/2008.

_____, STJ, SEXTA TURMA, AgRg no REsp 1483472/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 11/11/2014, DJe 02/12/2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

GAMA, G. C. N. . Princípio da Dignidade Humana no Biodireito. In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo TakemiKataoka; Flávio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 252-272.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GONDINHO, A. P. R. O. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (no Direito Comparado). TakemiKataoka; Flávio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 p. 321-329.

GRECO, Luís. Princípio da Proteção de Bens Jurídicos. Princípio da Interpretação Constitucional. TakemiKataoka; Flávio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.1122-1140.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ªed. Salvador: Jus Podium: 2014.

_____. Introdução Crítica ao Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal 11ª Edição. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A CONTRIBUIÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

RIVA SOBRADO DE FREITAS¹
PATRICIA LUZIA STIEVEN²

RESUMO

O presente estudo busca promover uma das discussões mais polêmicas do momento sobre a reprodução humana assistida e o direito de família, qual seja, o direito do indivíduo advindo da reprodução artificial heteróloga conhecer sua identidade genética, tudo isso a par dos reflexos da constitucionalização do direito privado, reconhecendo o direito à origem genética como um direito de personalidade, ante a supremacia dos princípios constitucionais. Isso porque, considerando o direito à identidade genética como alargamento do direito de personalidade, verifica-se, pois, que é a personalidade que impõe nossa própria intimidade, que nos autodetermina, na busca da dignidade pessoal, nos tornando seres individuais, seres diferentes entre si, com características próprias e direitos únicos a serem tutelados para cada um. Assim, a importância do presente trabalho encontra-se na possibilidade de contribuir com o reconhecimento do direito à identidade genética do indivíduo advindo da reprodução humana artificial heteróloga, buscando determinar a abrangência desse direito nas relações familiares, assim como garantir a tutela e proteção deste direito fundamental, pois é a partir da autonomia que construímos nossa identidade. O estudo em pauta possui um aporte teórico de pesquisa bibliográfica. Para a abordagem utilizou-se o método lógico-indutivo.

Palavras-chave: Constitucionalização. Identidade genética. Direito de personalidade.

INTRODUÇÃO

¹ Professora e Pesquisadora do Programa de Pós Graduação Strictu Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1982), obteve seu mestrado (1996) e doutorado (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Em 2007, realizou seu Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra – Portugal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direitos humanos, garantias fundamentais, direito do estado e direito processual civil.

² Mestranda Acadêmica em Direito, com área de concentração em Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc/Chapecó-SC. Pesquisadora em Direitos Fundamentais Cíveis. Especialista em Função Social do Direito: Processo, Constituição e Novos Direitos, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2009). Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI/FW (2005). Professora universitária na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI/FW. Advogada desde 2006, com atuação, principalmente, na área de Direito Civil.

Nosso ordenamento jurídico, assim como os fatos sociais, vão se moldando e se adaptando ao longo do tempo, em razão das constantes mudanças e evoluções vividas pela sociedade. Em razão disso, o Direito não pode ser estático, tendo o papel importante de atender às novas necessidades impostas pelo progresso social, que nos traz a constitucionalização do direito privado como fonte da dicotomia entre o direito público e o privado.

Nessa seara, um dos ramos que mais se modifica no tempo é a ciência biomédica, sempre com descobertas importantes para a vida dos indivíduos, assim como de toda a sociedade. Essa evolução, conseqüentemente, traz consigo um leque de discussões éticas e jurídicas, uma vez que, muitas vezes, não existem normas reguladoras sobre aquele determinado assunto que está atingindo a esfera individual e coletiva da sociedade.

Conquanto, não é mister do Direito abraçar o mundo científico e seu desenvolvimento, mas sim prescrever normas que sirvam de proteção aos direitos individuais e coletivos que possam vir a ser maculados em razão da evolução bioética e da ciência biomédica do mundo atual, o que resulta, então, no surgimento do Biodireito, que serve para impor esses limites jurídicos à condutas biomédicas.

É nesse contexto que o direito de família destaca-se, uma vez que as atuais técnicas de reprodução humana artificial não se referem mais, tão somente, à biologia e à medicina, mas também ao Direito, ao mundo jurídico do direito de família, superando a instituição tradicional centrada no casamento e nas relações sexuais, construindo uma família baseada no afeto e na vontade de constituir família, de ter filhos, independentemente dos dogmas históricos, gerando, então, grandes e polêmicas situações a serem discutidas.

Com efeito, torna-se necessário um estudo sobre as conseqüências que essas técnicas científicas de procriação artificial geram na esfera individual de cada pessoa e no seio familiar, uma vez que os efeitos não são apenas médicos e biológicos, mas jurídicos também, pois as pessoas que fazem parte dessa relação são titulares de direitos e deveres em nossa sociedade.

Nesse lastro, o estudo que ora se apresenta tem o objetivo de promover uma das discussões mais polêmicas do momento sobre a reprodução humana assistida e o direito de família, o direito do indivíduo advindo da reprodução artificial heteróloga conhecer sua identidade genética, tudo isso a par dos reflexos da constitucionalização do direito privado, reconhecendo o direito à origem genética como um direito de personalidade, ante a supremacia dos princípios constitucionais.

Ademais, considerando o direito à identidade genética como alargamento do direito de personalidade, verifica-se, pois, que é a personalidade que impõe nossa própria intimidade, que nos autodetermina, na busca da dignidade pessoal, nos tornando seres individuais, seres

diferentes entre si, com características próprias e direitos únicos a serem tutelados para cada um, buscando o reconhecimento do direito à identidade genética do indivíduo advindo da reprodução humana artificial heteróloga, a fim de determinar a abrangência desse direito nas relações familiares, assim como garantir a tutela e proteção deste direito fundamental, pois é a partir da autonomia que construímos nossa identidade.

De tal modo, o presente trabalho caracteriza-se por ser uma pesquisa bibliográfica de fontes secundárias, tendo-se um cuidado todo especial com as informações obtidas pela internet. Para a abordagem utilizou-se o método lógico-indutivo e como método de procedimento o bibliográfico.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O individualismo em nossa legislação civil teve seu âmago no Código Napoleônico, inspirando, então, o Código Civil de 1916, onde as relações privadas eram o centro da proteção jurídica, excluindo por vezes, inclusive, o Estado de qualquer espécie de intervenção.

Interessante frisar, nesse sentido, que o código civilista de 1916, embora nascido em meio a I Guerra Mundial, não trouxe consigo os valores nascentes na Europa, mantendo-se devotado ao individualismo jurídico do Código de Napoleão, onde se verificava que o homem era o núcleo da organização jurídica da sociedade, por ser dotado de direitos naturais, “inalienáveis e imprescritíveis”, como ensina GOMES (1961, p. 22).

Assim, restava cristalina a separação entre direito público e privado, esferas que não se tocavam, não se cruzavam naquele ordenamento, impondo-se ao direito público a tutela dos interesses gerais, ao passo que o privado restringia-se à tutela dos direitos inerentes ao indivíduo, seus direitos naturais.

Todavia, com a evolução social, o ordenamento jurídico viu-se obrigado a ampliar o campo de atuação do Estado, ou seja, permitindo que este agora assumia papéis antes apenas dados à iniciativa privada. Isso porque, a industrialização, a mudança do conceito de contratos, a ocorrência de movimentos sociais, levaram o século XIX a uma mudança no panorama jurídico-social, saindo das relações estritamente privadas, onde se primava pela defesa única e exclusiva do patrimônio, para se dar espaço ao Estado, como garantidor dos direitos fundamentais do cidadão.

Indubitavelmente, houve um redirecionamento do Direito Civil em seu conteúdo, visto que as lacunas existentes deram azo às leis extravagantes e especiais, para regulamentar temas não disciplinados pelo Código Civil, a fim de disciplinar temas específicos, de forma extensa

e especializada, o que descaracterizou o cunho exclusivo de relações patrimoniais privadas, outrora colimadas pelo então Código Civil, dando espaço aos microssistemas jurídicos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor.

É nesse momento histórico que a Constituição Federal, através de seus princípios, passa a limitar a autonomia privada, estabelecendo deveres e garantias sociais a todos os indivíduos em suas atividades particulares. A partir de então, o Código Civil assumiu um novo papel no sistema jurídico, sendo valorado e interpretado em conjunto com outros diplomas legais, sempre a par da Constituição Federal, que acaba por unificar o sistema.

Denota-se que, em razão da releitura do Direito Civil e suas relações privadas, esses valores materiais foram substituídos pela valorização da pessoa, de sua dignidade humana, tornando-se, assim, o centro do ordenamento jurídico em detrimento do patrimônio, outrora consagrado como máximo direito a ser garantido pelo direito brasileiro.

Ora, a prevalência das regras de cunho constitucional faz com nos voltemos para a necessidade de restaurar nas relações civis a primazia da pessoa humana, nesse passo, vislumbra-se que nem sempre se falou em direito civil constitucional ou constitucionalização do direito civil, por muito tempo o direito civil e o direito constitucional foram considerados ramos totalmente dissociados, chegando, todavia, ao atual e intenso convívio jurídico.

Sobre essa evolução, muito bem leciona Luiz Roberto Barroso (BARROSO, 2008):

1ª. fase: Mundos apartados. No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta Política, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento jurídico que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a “Constituição do direito privado”. [...]. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.

2ª. fase: Publicização do direito privado. [...] Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. [...] É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicização do direito privado.

3ª. fase: Constitucionalização do direito civil. A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil.

Nesse aspecto, é importante destacar que essa evolução trouxe novos valores ao mundo jurídico, valores como a solidariedade social, a razoabilidade e a igualdade, denodados que levaram a dignidade humana a um patamar de maior relevo no mundo, de uma forma geral, visto que as atrocidades cometidas na II Grande Guerra deixaram sequelas que só a bandeira dos direitos humanos pode abrandar.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana “promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade” (BARROSO, 2008).

Isso porque, apesar do cunho eminentemente patrimonial, verifica-se que o direito privado reinventou-se ao dar espaço à valorização da pessoa humana, que hoje é o núcleo da proteção jurídica. Nesse passo, o desafio dos civilistas é valoração da dignidade humana, da pessoa em primeiro lugar, e só depois do seu patrimônio.

Entende-se, assim, que foi isso que a Magna Carta estabeleceu entre os valores originários do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, a fim de afastar a visão patrimonialista que sempre imperou nas relações civis, visto que atualmente é incompatível com os novos valores imbuídos pela constituição federal.

Todavia, os casos concretos que nos assombram não permitem uma única solução. Tanto é verdade que Virgílio Afonso da Silva, nos desafia ao dizer “falar em direito civil constitucional pressupõe, a meu ver equivocadamente, que haja uma parte do direito civil completamente imune às influências dos princípios constitucionais e outra que seria por eles conformada” (SILVA, 2011, p. 171).

Não obstante isso, é inegável que há no Brasil um processo de constitucionalização do direito civil, que vem crescendo progressivamente, inclusive, pelos tribunais pátrios, uma vez que a Constituição Federal trouxe sim um impacto sobre o direito privado, que, de forma alguma, macula os preceitos civilistas, muito pelo contrário, potencializa e moderniza o direito civil, que tanto tem sofrido modificações em razão da evolução social e tecnológica do mundo globalizado.

Um exemplo disso, é a reprodução humana assistida, uma prática muito utilizada em nossa sociedade, principalmente, a denominada heteróloga, onde são utilizados além do material genético de um dos pais afetivos, o material genético de um doador.

Ocorre que o indivíduo originado dessa espécie de reprodução artificial não tem acesso às informações do doador, não sabe quem é o seu pai ou mãe biológico (doador), não conhece sua origem genética, sua história de um dos lados consanguíneos, visto que a legislação vigente não dispõe de mecanismos para que essas pessoas obtenham tais informações.

Assim, o operador do direito deverá, para libertar-se do emaranhado de impasses jurídicos que se levantam pela biotecnologia, assumir a obrigação de ordenar a sociedade com o auxílio dos ditames do biodireito, passando a ver o direito mais como ‘arte do bom e do justo’ do que exatamente valer-se de um rigor baseado no ‘purismo e na tradição’, tendo em vista a necessidade de interdisciplinaridade que permeia as relações contemporâneas. (MALUF, 2013, p. 25-26)

Destaca-se que não se busca o reconhecimento de paternidade ou maternidade, tanto menos direitos sucessórios, mas tão somente o direito de conhecer sua origem genética, sua identidade, sua personalidade, sua história de vida, uma vez que isso não é possível sem conhecer o seu passado genético.

O homem por si só tem a necessidade de individualização, que se dá através de uma identificação, seja pelo nome, pela aparência, pela família, motivo pelo qual, se entendermos o direito à identidade genética como um direito da personalidade teremos, talvez, uma garantia constitucional de proteção a esse direito, uma vez que “a pessoa se qualifica pela sua identidade, que se encontra configurada na sua personalidade” (REIS, 2001, p.7).

Personalidade, em sentido jurídico, “é uma aptidão, que toda pessoa humana tem, para ser sujeito de direitos e obrigações no mundo jurídico. É um dom inato, bastando o nascimento com vida para que se reconheça à pessoa humana essa aptidão” (SILVA, 1998, p. 5), nos reportando, assim, à autodeterminação, à autonomia para construir uma identidade, baseada, então, na dignidade pessoal.

A CONTRIBUIÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Os direitos da personalidade abrangem o ser humano em toda a sua essência, uma vez que “a atual concepção dos direitos da personalidade nasceu da necessidade de se olhar o homem em sua ontologia, fruto das barbáries cometidas nas guerras mundiais do século passado, que dizimaram milhões de pessoas” (SÁ E TEIXEIRA, 2005, p. 38). Esse enfoque diferenciado provocou grande efeito na ordem jurídica, pois esta verteu seu foco principal do patrimônio para a pessoa, colocando-a em seu centro, elegendo como objetivo primordial a promoção da dignidade humana. Nesse sentido, mostra-se importante destacar o objeto dos direitos de personalidade, para a configuração do direito à identidade genética:

O objeto dos direitos de personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoas, as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades, atributos, modos de ser são bens jurídicos e se apoiam no direito positivo. [...] Com os direitos de personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito à identidade, dentre outros. (GOZZO, 2012, p. 153)

O princípio da dignidade humana, consagrado em nossa Constituição Federal, é o alicerce para a maioria dos direitos fundamentais hoje garantidos, o que fundamenta, também,

o direito à identidade genética, como um direito da personalidade, isso porque a pessoa humana ocupa lugar de relevo, sendo o máximo valor do ordenamento jurídico, e, portanto, merecedora de tutela em toda relação jurídica que faça parte.

Destaca-se que os direitos da personalidade podem se dividir em físico, intelectual e moral. Nesse viés, em seu “aspecto físico, destacam-se o direito à vida e ao próprio corpo; no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, o direito de autoria científica, artística ou literária e, ainda, no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade, além do direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos” (DONIZETTI, 2007, p. 65).

Ocorre que de nada adianta ser reconhecido como pessoa, se não nos é garantido um mínimo de direitos, visto que os direitos da personalidade fazem parte do próprio conceito de pessoa, atingindo, entre outros, consoante já dito alhures, alguns direitos fundamentais como o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à imagem, à liberdade, à autonomia, à honra, à integridade física e psíquica, uma vez que mesmo não estando previsto taxativamente no ordenamento jurídico, o direito da personalidade não pode ser negado, sob pena de violação dos direitos fundamentais da pessoa advinda da reprodução humana assistida heteróloga.

Em linhas gerais, os direitos da personalidade conceituam-se como direitos essenciais e intrínsecos à pessoa, possuindo características muito próprias, dotadas de certas particularidades que lhes conferem uma posição singular no cenário dos direitos privados.

Não obstante isso, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, lista os direitos e garantias fundamentais, além das limitações aos direitos inerentes à pessoa, dentre eles, o direito da personalidade, que atinge todas as pessoas, por ser direito originário que nasce com a própria pessoa e toma lugar próprio no sistema jurídico. Ademais:

A tipicidade aberta não é incompatível com uma cláusula geral de tutela, que, ao lado da tipicidade social reconhecida, estabelece os limites mais amplos da consideração dos tipos. Significa dizer que são tipos de direito de personalidade: a) os tipos previstos na Constituição e na legislação civil; b) os tipos reconhecidos socialmente e conformes com a cláusula geral. (LOBO, 2003)

Assim, é forçoso dizer que os direitos que dão conteúdo à personalidade são imprescindíveis na medida em que sem eles a pessoa não existiria como tal, ou melhor, são essencialmente fundamentais, pois sem os quais a personalidade estaria privada de todo o seu valor concreto e não restaria completamente realizada.

Da mesma forma, não menos importante é frisar que a autonomia da vontade, um dos pilares da proteção à liberdade, garantida constitucionalmente a todos, advém no campo

das escolhas individuais, no domínio atribuído pelo Direito para auto-regulação das relações privadas. Autonomia, em outras palavras, é orientar-se pelas regras da autodeterminação, regendo-se por normas que possam vir a ser de respeito universal, de tal valor, portanto, que venham a ser um bem para si e para todos (GARCIA, 2012, p. 63).

Para STRENGER (2000, p. 66) “a autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito”.

Nesse sentido,

Extrai-se do exposto que os direitos fundamentais estão dispostos, constitucionalmente, para uma pessoa humana que, portadora de personalidade, tem a proteção dos chamados direitos da personalidade – princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira – lastreados pela cláusula geral dos direitos da personalidade – fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. (AHMAD, 2009, p. 108)

Com efeito, os direitos da personalidade são imprescindíveis à existência do ser, de tal sorte, que ao nascerem com a pessoa, indissociáveis dela se tornam e a acompanham por toda a sua existência.

Nesse lastro, considerados como bens jurídicos a serem tutelados, os direitos da personalidade necessitam de proteção jurídica como garantia da própria existência da pessoa humana em seu desenvolvimento no contexto social, a fim de garantir a construção da sua dignidade pessoal.

Para SARLET (2007, p. 62):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim, em relação à tutela privada, sabemos que o dever do Estado é zelar pela paz social e pela justiça, e garantir à pessoa a inviolabilidade e o exercício dos seus direitos sociais e individuais, conquanto, no que pertine aos direitos de personalidade, se houver urgência na defesa destes direitos e, diante da impossibilidade do Estado, é possível que o titular faça uso da tutela privada contra o ofensor de seu direito personalíssimo.

Não obstante isso, em uma sociedade fraterna, harmônica e pluralista, é dever do Estado garantir a proteção dos direitos dos indivíduos, todavia, como já dito alhures, na ausência do Estado, é dever do indivíduo de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a integridade física moral e intelectual, sua imagem e sua identidade, para que possa viver com dignidade.

Tangente a isso, destaca-se que, além de informar todo o ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento para a maioria dos direitos elencados no rol de direitos fundamentais, pois, é imbuído de eficácia e sobrevém direta ou indiretamente sobre os fatos jurídicos que circundam a vida dos sujeitos de direito.

Como visto, o princípio da dignidade da pessoa humana é nada mais do que um compromisso da sociedade e do Estado para com a liberdade individual e a vida, devendo sua aplicação ser pautada pela sensatez do caso concreto, isso porque o respeito ao ser humano, frente às novas tecnologias, só é atingido se houver respeito à dignidade humana, pois não há vida e nem outros princípios que sobrevivam sem dignidade.

Pois bem, a evolução das ciências biomédicas e a utilização de seus resultados em nossa sociedade, causa, e não é de hoje, grande apreensão entre os operadores do Direito, principalmente do Direito Civil, quando tratamos de direitos da personalidade ligados à bioética, pois muitas são as suas conexões.

Conquanto, bioética é, em outras palavras

[...] o estudo sistemático da conduta humana nas ciências da vida e da saúde, examinada a partir de valores e princípios morais. A bioética, como parte da ética, é ramo da Filosofia e se volta para as questões que envolvem a pesquisa, a experimentação, o uso da ciência, de técnicas ou tecnologias que interferem na vida ou na saúde humana, diretamente. (GOZZO, 2012, p. 149)

Nesse norte, é sabido que o rol de direitos fundamentais não é exaustivo, havendo a possibilidade de identificar e estabelecer novos direitos além daqueles já positivados, que é o caso da bioética, levando-se em conta que o princípio da dignidade da pessoa humana e o dever de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético, fez nascer um novo direito, os biodireitos fundamentais.

Os biodireitos fundamentais apresentam-se como uma categoria no quadro dos direitos humanos e fundamentais, posto que pode ser definido como:

[...] o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito, [...] estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia, peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade humana. (MALUF, 2013, p. 16)

Esse novo direito busca tutelar a vida, a proteção integral do indivíduo enquanto pessoa, sendo pautado pela bioética, a qual analisa o homem sob a ótica de que nenhuma intervenção médica ou biológica venha ferir a dignidade da pessoa, estabelecendo, assim, os limites da intervenção tecnocientífica no ser humano nas mais diversas situações, desde a concepção até o episódio *post mortem*.

Assim, os biodireitos fundamentais são a concretização dessas idéias, social, política, bioética e filosoficamente, os quais estão presentes na limitação, na normatização e na tentativa de proteção integral do ser humano, com a finalidade de garantir as suas liberdades e de fundamentar as suas garantias em um Estado Democrático de Direito. (SICILIANI, 2010)

Nesse contexto, retoma-se a ideia do direito à identidade genética, que pode ser conceituada como o genoma de cada ser humano, como características genéticas ou como a identidade genética como base fundamental da identidade pessoal, visto que o direito à identidade genética apresenta-se como reflexo do direito do ser concebido conhecer sua ascendência biológica, como decorrência da inviolabilidade de sua integridade moral, sendo tal direito essencial e básico para o desenvolvimento da personalidade.

Isso porque na inseminação artificial heteróloga, onde se utiliza material genético de um terceiro, traz à tona a discussão sobre o direito de o filho, advindo dessa técnica de reprodução, saber, conhecer a sua origem, a sua identidade genética.

Na maior parte dos casos, busca-se o conhecimento da origem genética por motivos íntimos, psicológicos, que começam atormentar a vida dessas pessoas, que passam a querer, então, desvendar de onde vieram, na busca de sua dignidade pessoal.

Não obstante isso, a necessidade de conhecer o passado genético pode advir em casos de doença, que somente podem ser resolvidos por meio de compatibilidade sanguínea. Da mesma forma, o conhecimento da identidade genética torna-se, quiçá, mais importante, quando nos deparamos com o mundo globalizado, com a sociedade da informação, que nos proporciona eliminar as barreiras da distância física através da internet, o que, sem dúvidas, pode vir evitar relações incestuosas.

Com efeito, para estabelecer o direito à origem genética como extensão do direito de personalidade, devemos compreender, primeiro, o direito à identidade pessoal, inclusive como autonomia da vontade, pois “sem dúvida que o caminho da autonomia no sentido da maioria individual exige o conhecimento da sua rota, de seu terreno, de seus acidentes, dos abismos a contornar, do perscrutar o horizonte e de sua interpretação”, proporcionando “os elementos necessários a esse caminhar do ser humano em direção a si mesmo, que é o

caminho do autoconhecimento – essencial à elaboração das leis próprias da autodeterminação” (GARCIA, 2012, p. 64).

Assim, o direito à identidade pessoal envolve um direito à herança pessoal, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que lhe deram origem. O direito à herança pessoal alcança o concreto direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus genitores, enquanto expressão do próprio direito à identidade pessoal, senão mesmo também por exigência decorrente do respeito pela respectiva personalidade, todo o ser humano tem o direito de saber quem são seus pais biológicos.

Além disso, envolve o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado, ou, mais amplamente, o direito a conhecer o patrimônio genético, elemento este que, além de reflexos na prevenção de certas doenças, como já dito acima, pode ter decisiva importância psíquica não só ao nível do direito à identidade como também quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade.

Não há dúvida de que a primeira ideia que nos vem à mente quando tratamos da personalidade é a da figura humana. A personalidade, que é a perfeição da pessoa, isto é, a qualidade do ente que se considera pessoa, agrega-se ao homem, traçando-lhe características que lhe são próprias e diferenciando-o de outros homens. Em verdade, a par do perfil biológico, é a personalidade que, de um modo geral, atribui à figura humana uma fisionomia única e peculiar (LEITE, 2001, p. 151).

A personalidade incide sobre a configuração íntima de cada indivíduo, pois somos dotados de uma unicidade natural, qual seja, a nossa identidade pessoal, expressão da individualidade da nossa própria e exclusiva personalidade física e psíquica (OTERO, 1999, p.65), portanto, há que se concluir que a identidade genética, identificação biológica da pessoa, é uma amostra da intrincada personalidade humana.

[...] o objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito de personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a sua história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. (LOBO, 2008, p. 203)

Como dito acima, o direito de personalidade é individual e personalíssimo, sendo protegido em nosso ordenamento jurídico por estar inserido no rol de direitos fundamentais, nesse viés, destaca-se que não se busca o reconhecimento de paternidade para se chegar ao direito de personalidade, mas sim simplesmente de saber a sua origem genética e biológica,

por ter sido gerado através de reprodução artificial heteróloga, sob pena de violação dessa garantia fundamental.

Nesse norte, é inegável a vulnerabilidade do tema, visto que se verifica uma colisão de direitos fundamentais, considerando que, a princípio, não há como estabelecer uma regra para determinar a sobreposição de um ou outro, pois ambos são de fundamental importância, o que significa dizer que se o direito à identidade genética for garantido, estar-se-ia violando o direito ao sigilo do doador.

TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E A OBRIGATORIEDADE DO SIGILO

O presente debate que envolve o direito ao conhecimento da origem genética é muito melindroso, visto que mexe com o íntimo da pessoa, a sua vontade e até mesmo a necessidade de conhecer suas origens para obter respostas sobre si mesma, sua vida, suas características, enfim, para os mais variados questionamentos.

Todos nós temos direito de saber nossa origem, nossos ascendentes, quem nos gerou, quem realmente nos deu a vida. Desse modo, a pessoa gerada por reprodução artificial, a partir do momento em que souber sua verdadeira história, terá a vontade de conhecer quem é seu pai/mãe biológica, e então começará uma busca incessante na procura da sua identidade genética, porque “cada pessoa se vê no mundo em função de sua história, criando uma auto-imagem e identidade pessoal a partir dos dados biológicos inseridos em sua formação, advindos de seus genitores” (ALMEIDA, 2003).

Essa crise de identidade se dará mais facilmente nas técnicas de inseminação heteróloga, onde um terceiro doa seu sêmen para que a mulher venha a ser fecundada, sendo que o material biológico não é do “pai presumido”, esposo ou companheiro da mulher fecundada, mas sim de um terceiro desconhecido. Da mesma forma, ocorre quando há a doação do óvulo, que uma vez fecundado é introduzido no útero da mulher “receptora”, sendo que o filho nascido dela, só se liga biologicamente ao seu marido/companheiro, o qual forneceu o espermatozóide que se “juntou” com o óvulo doado. Por conseguinte, em termos estritamente biológicos, o pai e a mãe seriam esses terceiros doadores. Assim, no caso da fecundação heteróloga, pode o concebido buscar conhecer seus pais biológicos?

Nesse sentido, importante frisar o entendimento do direito comparado:

Apesar do anonimato dos doadores ser a regra em praticamente todos os países que possuem legislação a respeito, atendendo aos interesses da criança ou do adolescente, a lei sueca exatamente não prevê o sigilo, o anonimato, tendo em vista a necessidade de prevenir doenças genéticas, além de permitir que a pessoa

possa, com a maioridade, conhecer o genitor biológico. [...] O anonimato do doador de material genético deve realmente existir em matéria de reprodução assistida, mas não dentro de uma noção absoluta. No Direito europeu, mesmo em alguns países que seguem o sistema do Direito continental, filiando-se à tradição romana, há divergência de tratamento. Assim, há, em alguns textos normativos de países, previsão acerca de exceções ao anonimato, ora para prevenir ou curar doenças genéticas, ora para reconhecer o interesse da pessoa gerada por meio de reprodução assistida em conhecer a sua ascendência (identidade) biológica, mas sem qualquer atribuição de benefícios ou vantagens econômicas. Mas, na maior parte dos textos legislativos em vigor, nos países europeus, há a regra do anonimato. No caso brasileiro, apesar de não haver qualquer regra expressa a respeito, em observância aos princípios, objetivos e fundamentos de Direito de Família, eventualmente o sigilo poderá ser afastado, cedendo lugar à proteção de interesses de maior relevância. (GAMA *apud* MACHADO, 2005)

A fim de evitar esta polêmica, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 2.013/2013, decidiu que o sigilo em torno do nome dos doadores e receptores é obrigatório e que as informações sobre pacientes e doadores pertencem, exclusivamente, às clínicas ou centros que mantêm serviços de Reprodução Assistida. Vejamos o que diz o inciso IV das Normas Éticas para utilização das técnicas de Reprodução Assistida da Resolução do CFM n. 2.013/2013, *in verbis*:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 – [...]

2 – Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 – [...]

4 – Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Em vista disso, existem doutrinadores, como Eduardo de Oliveira Leite, que se posicionam no seguinte sentido quanto ao anonimato do doador:

[...] Na hierarquia dos valores estas considerações sobrepujam o pretendido “direito” de conhecimento de sua origem. [...] o anonimato evita que tanto o doador quanto a criança procurem estabelecer relações com vistas a obtenção de meras vantagens pecuniárias. Exclui-se o estabelecimento de uma filiação que conduziria à ações de investigação de paternidade ou outras ações de responsabilidade. (LEITE *apud* MACHADO, 2005, p. 119-120)

No entanto, em clara contradição, existem leis que entram em choque com o telado anteriormente, como é o caso da Lei 8.069/90, o popular Estatuto da Criança e do Adolescen-

te, o qual estabelece o direito inarredável dos filhos de pleitearem o reconhecimento do seu direito de filiação. Assim prescreve o artigo 27 da referida lei: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Todavia, cabe ressaltar, que apesar de ser uma lei recente, os seus legisladores, logicamente, ao referirem-se ao reconhecimento da filiação, em nenhum momento pensaram na hipótese da identidade genética das crianças em casos como o da reprodução humana artificial.

Assim, verifica-se que o posicionamento do Conselho Federal de Medicina, na questão em torno do sigilo das informações, impedindo, a princípio, a pessoa de conhecer seu pai/mãe biológica, acaba por ferir o disposto no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse contexto é que nasce o conflito: de um lado o direito da pessoa em saber sua identidade genética, de outro o direito do doador/doadora de ser uma simples ferramenta na concepção de seres humanos medicamente reproduzidos, não querendo eles ter nenhum envolvimento com o “produto” desta técnica, tendo interesse tão somente em fazer a doação de espermatozóides e óvulos para ajudar pessoas inférteis.

Outrossim, analisando o direito de identificação da filiação biológica, deve-se vislumbrar que é um direito fundamental de toda pessoa, sendo, de certa forma, impassível de restrição, como estatui o artigo 5º da Constituição Federal, o qual assegura o princípio da igualdade e, como é sabido, os “ensaios” da legislação brasileira sobre o tema inviabilizam a possibilidade da pessoa originada dessas técnicas de reprodução conhecer seus pais biológicos, direito personalíssimo, entrando, mais uma vez em choque de pensamentos, acarretando controvérsias jurídicas em torno da constitucionalidade da questão. Ademais,

[...] o Código Civil só admitiu a investigatória de paternidade em quatro hipóteses a saber: a) em caso de concubinato, ao tempo da concepção, da mãe do investigante, com o investigado; b) em caso de rapto da mãe do investigante, pelo suposto pai, coincidente com à época da concepção; c) em caso de se comprovarem relações sexuais entre a mãe do investigante e o pretendido pai, à época da concepção; d) em caso de existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente. Pelo que se vê dos termos expresso da lei, as três primeiras hipóteses são inviáveis em se cuidando de ação de investigação de paternidade movida por filho de mulher que foi inseminada artificialmente. Não houve concubinato, não houve rapto e não houve relações sexuais. (SAMPAIO *apud* MACHADO, 2005, p. 116)

De outra banda, o direito à identidade genética, talvez, possa encontrar justificativa quando, futuramente, em função do sigilo absoluto, resultem relações incestuosas, dando aos filhos o direito de ter acesso aos dados biológicos do doador para a descoberta desse possível impedimento matrimonial. Pois, em se mantendo o sigilo absoluto da paternidade/

maternidade biológica, em tese, nada impede que irmãos, ou seja, filhos nascidos de material pertencente ao mesmo doador/doadora, ou mesmo o próprio doador e uma filha contraíam casamento por absoluta ignorância com relação as suas verdadeiras origens.

Assim, mesmo não tendo participado, portanto, não tendo escolhido a sua forma de nascimento, o filho nascido da inseminação heteróloga, fica tolhido de saber sobre sua origem de filiação, sendo-lhe negado o direito à identidade. [...] O conhecimento de sua origem é direito personalíssimo que deve ser assegurado a todas as pessoas que desejam conhecer seus antecedentes porque trata-se da história da vida de cada um. (MACHADO, 2005, p. 121)

Por outro lado, é de se considerar que os laboratórios especializados no fornecimento de sêmen/óvulos têm o cuidado de expedir o produto para regiões distantes umas das outras, mas essa cautela apenas reduz o risco, pois o homem, atualmente, pode deslocar-se para qualquer lado do mundo com facilidade, e, portanto, pode-se perder o controle sobre a distribuição do material genético. Além do que, não havendo regulamentação legal dessa situação, não há como garantir uma fiscalização eficiente em todos os laboratórios especializados em fecundação artificial.

Contudo, ressalva-se, que o inciso IV, item 3, das Normas Éticas para utilização das técnicas de reprodução artificial, da Resolução do CFM n. n. 2.013/2013, prevê como possível a quebra dessas informações, obrigando-se, inclusive, o estabelecimento responsável pelo emprego da reprodução artificial a fornecer as informações solicitadas, em situações especiais, por motivação médica, porém, exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Nesse contexto, tanto o direito à identidade e o acesso à informação, quanto o direito de privacidade estão pautados no princípio da dignidade da pessoa humana e buscam um máximo de respeito aos direitos de personalidade do indivíduo. Todavia, há momentos em que haverá conflitos entre esses direitos, de maneira que será necessário um estudo detalhado do caso concreto, a fim de identificar qual deles deve prevalecer.

Desse modo, ocorrendo o conflito entre dois ou mais princípios em um determinado caso, deve o intérprete considerar o peso relativo de cada um deles e verificar, naquele caso concreto, qual deve prevalecer, afastando o princípio incompatível. [...] Como os princípios possuem uma dimensão de peso maior que a das regras, havendo conflito de regras, umas dessas regras será invalidada, enquanto no conflito entre princípios, a solução dependerá do peso e da importância de cada um no caso concreto, que não será invalidado, porém apenas não aplicado naquela determinada situação. (FERRAZ, 2011, p. 145)

Diante desse conflito, segundo Edson Ferreira da Silva “o equilíbrio entre um interesse e outro deve ser buscado pelos operadores do direito, segundo um critério axiológico que deve determinar o interesse prevalecente em cada situação”. (SILVA, 1988, p. 68)

Destarte, “a real utilidade da informação deve ser o parâmetro para legitimá-la e justificar o desvelamento de aspectos da intimidade de alguém” (SILVA, 1988, p. 68). Assim, temos que a intimidade, direito personalíssimo instituído constitucionalmente no artigo 5º, inciso X, da Carta Magna, visa proteger o particular em sua privacidade. O objetivo, em princípio, é assegurar que possa manter em sigilo informações que competem somente ao titular delas, porém, no caso em epígrafe, esse direito de intimidade do doador resta relativizado pelo direito à identidade genética do ser gerado pela reprodução artificial heteróloga.

A COLISÃO ENTRE DIREITOS: O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA VERSUS O DIREITO AO SIGILO DO DOADOR

Notadamente, a intimidade, em um mundo globalizado e proliferado de redes sociais como o atual, possui diferente aplicação em nosso cotidiano. Com efeito, já é possível observar casos em que outros direitos fundamentais prevalecem em relação à privacidade, justamente por estarmos diante de uma realidade diversa e peculiar na sociedade contemporânea.

O direito à intimidade é hoje considerado parte integrante dos direitos da personalidade. Tutela o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada. (LAFER, 1988, p. 239)

Com efeito, podemos notar que é bastante controversa a colisão de direitos entre doador e a pessoa gerada pela reprodução artificial, uma vez que àquele é garantido o direito ao sigilo, à privacidade, intimidade, enquanto que ao outro é garantido o direito de personalidade, identidade, de acesso à informação, todos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente.

Conquanto, o direito à identidade genética baseia-se na dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a pessoa tem direito a ter conhecimento de onde surgiu e quem lhe gerou a vida. Tal direito não se baseia somente em questões emocionais ou psicológicas, mas também médicas, uma vez que conhecer a identidade genética dá base ao indivíduo para conhecer eventuais doenças genéticas, propensões genéticas e demais questões ligadas à hereditariedade e DNA.

Por outro lado, o doador de material biológico para reprodução assistida, em regra, somente o faz por não ser possível qualquer ligação sua com o ser humano gerado a partir dessa técnica. Quando falamos em inexistência de ligação, conforme já mencionado, falamos tanto de ligação emocional como de direitos hereditários ou alimentares. Outro ponto a ser ressaltado, é que sigilo do doador visa assegurar que continuem existindo doadores, uma vez que sem estes não poderá se concretizar a reprodução heteróloga, tendo em vista que esta se faz necessária em razão da impossibilidade dos pais inférteis doarem material genético.

Assim, temos um conflito entre direitos fundamentais relacionados à personalidade do indivíduo, tanto do ser humano gerado pela reprodução assistida quanto do doador, pois “estar-se-ia efetivamente diante de um conflito de normas, quando se garante o direito ao filho de saber sua origem genética e, ao mesmo tempo, ao doador do material sexual ao sigilo de sua identidade” (FERRAZ, 2011, p. 146). Para tanto, deve-se ter especial atenção ao definir qual direito prevalece na relação existente, através da ponderação, para essa reflexão acerca dos conflitos de direitos fundamentais, frisa-se que:

Quando se está a tratar dos direitos fundamentais afetos à personalidade individual e da possibilidade de coexistência de liberdades subjetivas num mesmo espaço de concretização jurídica, cabe compreender que a missão do intérprete -e do julgador, em última análise- é aplicar as diretrizes postas no ordenamento jurídico, visando uma composição de interesses que permita aos indivíduos conviver, com certa pacificação, em sociedade. Não se trata de uma tranquilidade absoluta de convivência, pois existem fatores de interferência nesse processo, mas da possibilidade de resolver conflitos concretos pela apresentação de razões seguras de fundamentação ao reconhecimento de precedência de um direito fundamental a outro. (CACHAPUZ, 2006, p. 149-150)

No Brasil, como já mencionado alhures, temos apenas a Resolução n. 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina, que garante ao doador o seu anonimato, ressaltando casos de doenças genéticas. Todavia,

[...] hoje, existe uma corrente mundial que considera o anonimato do doador uma posição retrógrada que privilegia a construção da filiação sobre relíquias jurídicas, a exclusivamente biológica, própria de outros tempos, quando o legislador utilizava critérios restritivos sobre a matéria. (FERRAZ, 2011, p. 151)

Nesse norte, a fim de buscar resolver o impasse pelos conflitos de princípios ora apresentados, Robert Alexy apresenta em sua Teoria dos Direitos Fundamentais que:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser considerado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. (ALEXY, 2008, p. 92)

Seguindo essa corrente, em recentíssima decisão, o Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, *Bundesgerichtshof* (BGH), em 28 de janeiro de 2015, reconheceu a possibilidade do indivíduo concebido por reprodução heteróloga conhecer a identidade civil (não apenas genética) de seu genitor:

Em decisão proferida no dia 28 de janeiro, o 12^a Senado Cível do conceituado tribunal, nos autos de processo oriundo do Tribunal de Hannover, reconheceu, em tese, a possibilidade do indivíduo concebido por reprodução heteróloga, na qual o material genético não provém – total ou parcialmente – dos pais, mas de terceiro doador anônimo, conhecer a identidade civil (não apenas genética) de seu genitor.

[...] O Tribunal de Hannover aplicou por analogia a regra do § 63 I da *Personenstandsgesetz* (PStG), a lei sobre a origem pessoal, válida para os casos de adoção. Os menores, então, recorreram ao BGH por meio da *Revision* e o tribunal afirmou que o direito ao conhecimento da própria origem consiste em um dos direitos fundamentais da personalidade, decorrência imediata da dignidade humana e, portanto, protegido pelos arts. 1º e 2º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*). E esse direito, por vezes, mostra-se essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade. (FRITZ, 2015)

A decisão do Superior Tribunal de Justiça Alemão é sem dúvida um divisor de águas sobre o tema, embora existam posicionamentos contrários, verifica-se que o Tribunal Alemão deixou claro que esse direito não é absoluto, visto que existem vários interesses em questão, motivo pelo qual a decisão deverá sempre pautar-se pelo caso concreto a ser analisado e ponderado. Ademais, segundo a decisão em comento, o interesse legítimo referente ao direito ao anonimato do doador de sêmen decorre do direito à autodeterminação que “na expressão do tribunal, direito à autodeterminação informativa [...] – também de status constitucional, que lhe confere o poder de planejar e regular sua vida particular, o que inclui evidentemente o planejamento familiar” (FRITZ, 2015).

De outra banda, resta evidente, inclusive pela decisão alemã, que a quebra ou não do sigilo do doador dependerá do caso concreto, ou seja, da real necessidade demonstrada pelo requerente para conhecer sua identidade genética, não podendo o requerimento ser baseado unicamente por interesses patrimoniais, o que se repele eminentemente, visto que a presente pesquisa busca equiparar o direito à identidade genética como um direito da personalidade, sem almejar qualquer relação sucessória e patrimonial.

Assim, seguindo os ensinamentos de Alexy, na celeuma em questão não é possível introduzir cláusula de exceção, tendo em vista que deverá ser analisado o caso concreto, a fim de se apontar qual princípio se sobrepõe ao outro naquela situação singular. Assim, estamos diante de uma colisão entre princípios, que, segundo o próprio Robert Alexy, deve ser assim resolvido: “O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses- que abstratamente estão no mesmo nível- tem maior peso no caso concreto”. (ALEXY, 2008, p. 95)

Como visto, em razão de não haver hierarquia entre princípios constitucionais, a colisão entre eles deve ser solucionada através da prevalência de um sobre o outro, conforme o peso que cada um tem no caso posto em lide.

Nesse lastro, refere Ferraz sobre o entendimento de Alexy:

Na concepção de Alexy, a ponderação observará uma lei de colisão e qual o princípio que será menos afetado quando não aplicado em detrimento de outro, em cada caso concreto, levando a necessidade de observar o princípio da universalidade, vedando que se outorgue tratamento diferente àqueles que se encontram em situações idênticas nos aspectos relevantes. (FERRAZ, 2011, p. 154)

Da mesma forma, a peculiaridade da colisão entre princípios deve ser destacada, uma vez que o princípio possui caráter *prima facie*, pois não contém um mandamento definitivo, tendo em vista que princípios representam razões que podem ser afastadas por razões opostas, isso porque, como já dito alhures, os princípios exigem a realização na maior extensão possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas apresentadas. Com efeito, “a forma pela qual deve ser determinada a relação entre a razão e a contra razão não é algo determinado pelo próprio princípio”, pois os princípios “não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”. (ALEXY, 2008, p. 104)

Assim, verifica-se que, num primeiro momento, está resguardado o direito do doador ao sigilo de sua identidade, em detrimento do direito da pessoa advinda dessas técnicas de reprodução em conhecer sua origem genética, uma vez que não há regulamentação no Brasil quanto a isso, ferindo seu direito fundamental à informação e à personalidade, motivo pelo qual se deve encontrar uma solução a ser aplicada a cada caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho desenvolvido desfecha repercussões imediatas no Direito Civil, relativas, principalmente à filiação, suscitando questões que refletem a grave e imensa dimensão da

Reprodução Humana Assistida, uma matéria longe de ser totalmente regulada pelo nosso ordenamento jurídico, porém, que diz respeito tão diretamente à vida do homem, à sua essência, seu começo e seu fim.

Tangente a isso, é inegável que há no Brasil um processo de constitucionalização do direito civil, que vem crescendo progressivamente, inclusive, pelos tribunais pátrios, uma vez que a Constituição Federal trouxe sim um impacto sobre o direito privado, que, de forma alguma, macula os preceitos civilistas, muito pelo contrário, potencializa e moderniza o direito civil, que tanto tem sofrido modificações em razão da evolução social e tecnológica do mundo globalizado.

Nesse norte, denota-se que através da dignidade humana, consagrada em nossa Constituição Federal como direito fundamental, podemos enquadrar o direito à identidade genética como um direito de personalidade, previsto e protegido pelas normas constitucionais.

Isso porque, considerando o direito à identidade genética como alargamento do direito de personalidade, verifica-se, pois, que é a personalidade que impõe nossa própria intimidade, nos tornando seres individuais, seres diferentes entre si, com características próprias e direitos únicos a serem tutelados para cada um.

Todavia, o que não se pode esquecer é que esse direito pode não ser absoluto, visto que, atualmente, no Brasil, apenas em caso de problemas de saúde é que a identidade genética é revelada, e, mesmo assim, apenas para os médicos envolvidos, primando-se pelo sigilo do doador.

Ademais, a família que outrora primava eminentemente pelos laços biológicos, hoje é composta por laços de amor, reconhecendo-se e dando-se maior importância à socioafetividade do que aos laços sanguíneos em si, visto que o legislador moderno obrigou-se a evoluir com a sociedade e com as transformações científicas que atingiram o direito de família.

Nesse contexto, tanto o direito à identidade e o acesso à informação, quanto o direito de privacidade estão pautados no princípio da dignidade da pessoa humana e buscam um máximo de respeito aos direitos de personalidade do indivíduo. Todavia, há momentos em que haverá conflitos entre esses direitos, de maneira que será necessário um estudo detalhado do caso concreto, a fim de identificar qual deles deve prevalecer, utilizando-se para tanto da ponderação entre princípios fundamentais.

Portanto, a importância do presente trabalho encontra-se na possibilidade de contribuir com o reconhecimento do direito à identidade genética do indivíduo advindo da reprodução humana artificial heteróloga, buscando determinar a abrangência desse direito nas relações familiares, assim como garantir a tutela e proteção deste direito fundamental.

REFERÊNCIAS

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2004.

AHMAD, Roseli Borin Ramadan. **Identidade genética e exame de DNA**. Curitiba: Juruá, 2009, 182 p.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/NEO.pdf>>. Material da 8ª aula da Disciplina Novos Aspectos da Teoria do Direito, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Função Social do Direito: processo, constituição e novos direitos – UNISUL/REDE LFG, 2008.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina: banco de dados. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 13 jan 2015.

_____. Conselho Nacional de Saúde: banco de dados. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2011/Reso441.pdf>> Acesso em: 15 nov 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 nov 2014.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente: banco de dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 jan 2015.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, 303p.

CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade**. São Paulo: Madras, 2004.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ECHTERHOFF, Gisele. **O direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010, 224p.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e o origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2011, 236 p.

FRITZ, Karina Nunes. **Tribunal alemão reconhece direito à identificação do doador de sêmen**. <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-16/direito-civil-atual-tribunal-alemao-reconhece-identificacao-doador-semen>>. Acesso em 24/03/2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GALLAGHER, Winifred. **Identidade: a genética e a cultura na formação da personalidade**. São Paulo: Ática, 1998.

GARCIA, Maria. **Bioética e o princípio da autonomia: a maioria Kantiana e a condição do autoconhecimento humana**. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (orgs). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Direito Privado**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1961.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva: 2012.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos de personalidade**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, 234p.

IBDFAM. **Procriações Assistidas**. Minas Gerais, ed. 15, outubro 2014, 15p.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

_____. **Os direitos de personalidade**. In SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (coord). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 25 jun 2014.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2005.

MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2013.

MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus *et al.* **Novos desafios do biodireito**. São Paulo: LTr, 2012.

MENEGHETTI, Antonio. **Sistema e personalidade**. Porto Alegre: ABO, 1994.

MORALES, Priscila de Castro. **O direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Priscila_Castro.pdf>. Acesso em: 26 fev 2015.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Adriana Patrícia Campos. **O princípio do anonimato na reprodução assistida à luz do direito à identidade** – a possibilidade de conhecer a origem biológica sem desconstituir a filiação afetiva. Brasil: 1988 – 2006. 2006. 121f. Tese (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito - Centro Universitário Fluminense – UNIFLU, Faculdade de Direito de Campos – FDC, Campos dos Goytacazes, 2006.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição Federal brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 192p.

REIS, Clayton. **A proteção da personalidade na perspectiva do novo Código Civil brasileiro**. Maringá: Revista Jurídica Cesumar, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos**, incluindo o estudo da Lei 9.434/97, com as alterações introduzidas pelas Lei n. 10.211/01. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SICILIANI, Bruna Casimiro. **O Direito à origem genética: sua extensão como direito de personalidade e suas diferenças em relação ao direito ao estado de filiação.** Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/36-artigos-abr-2010/5932-o-direito-a-origem-genetica-sua-extensao-como-direito-de-personalidade-e-suas-diferencas-em-relacao-ao-direito-ao-estado-de-filiacao>>. Acesso em: 25 jun 2014.

SILVA, Aida Susmare da. **Direitos da personalidade – direito à identidade:** a autonomia jurídica sobre o direito ao nome, sob o viés constitucional civilista. 82 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2008.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988.** São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, 140p.

SILVA, Virgílio Afonsa da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011, 187p.

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade: direito interno e internacional.** 2a ed., São Paulo: LTr, 2000.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO USO DE COBAIAS HUMANAS EM PESQUISA DE NOVOS MEDICAMENTOS

CRISTINA RODRIGUES DE SOUZA ¹
CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ ²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo tecer considerações a respeito da responsabilidade dos médicos e empresas farmacêuticas, no que tange aos danos provocados às cobaias humanas pelos testes realizados no desenvolvimento de novos medicamentos. Para isso, foram verificadas as normas brasileiras e internacionais que versam sobre as diretrizes para realização de pesquisas de novas drogas, com especial atenção àquelas relativas à utilização de sujeitos de pesquisa (cobaias humanas), as quais foram apreciadas sob a perspectiva da bioética. Em seguida, foi analisada a necessidade do consentimento dos sujeitos de pesquisa para o estabelecimento da relação contratual com os pesquisadores e a imposição do respeito à dignidade humana. Por fim, obteve-se um panorama geral sobre a responsabilidade com a abordagem das principais dicotomias e do dever de indenizar das indústrias farmacêuticas advindo do modelo de responsabilidade objetiva adotado pelo Código de Defesa do Consumidor para defeitos em produtos fornecidos.

Palavras-chave: Cobaias humanas. Bioética. Responsabilidade Civil.

INTRODUÇÃO

Constantemente nos deparamos com novidades na área médica no que diz respeito à descoberta de novos medicamentos. A evolução da ciência é necessária e eficaz em minimizar o sofrimento causado por enfermidades cada vez mais complexas e avassaladoras. Nesse sentido, o papel dos pesquisadores e das indústrias farmacêuticas é de grande importância.

Porém, é preciso que as pesquisas realizadas para produção de novas drogas sejam submetidas ao controle rigoroso de organismos nacionais e internacionais, uma vez que é imprescindível a utilização de cobaias humanas no desenvolvimento desses produtos. Em que pese as descobertas beneficiarem toda a humanidade é inadmissível o sacrifício de vidas para que se consiga alcançá-las.

¹ Aluna Especial do Mestrado em Direito Processual – PPGDIR, da UFES; Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória; Graduada em Direito pela FDV; Graduada em Farmácia pela Universidade do Grande Rio. crs.cristina@gmail.com.

² Doutora em Direito pela UGF; Mestre em Direito pela UFSC; Graduada em Direito pela UFES; Docente da Faculdade de Direito de Vitória e da FAESA. crispazo@uol.com.br.

Logo, é de extrema relevância social o assunto desenvolvido no presente artigo, pois, se pessoas são submetidas à condição de cobaias, deve haver para elas a certeza de que terão seus direitos fundamentais respeitados e que haverá responsabilização dos envolvidos em pesquisas que, de alguma forma, lhes causem dano.

Ademais, é inegável a relevância no aspecto profissional, não só no âmbito do Direito, mas também na área da saúde, pois permitirá uma avaliação de como este assunto está sendo tratado nas normas existentes. Assim, se poderá buscar uma maneira mais justa e eficaz de regulamentar e fiscalizar as pesquisas com seres humanos, além de responsabilizar aqueles que desrespeitarem padrões bioéticos.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo, inicialmente, fazer uma breve análise das principais normas e diretrizes que balizam as atividades de pesquisa no Brasil, sobretudo as que envolvem seres humanos, sob o prisma da bioética.

Em seguida, pretende-se abordar a importância do consentimento do sujeito de pesquisa no âmbito da autonomia da vontade e da relação contratual estabelecida entre médicos pesquisadores, empresas farmacêuticas e os sujeitos de pesquisa. Por fim, deseja-se avaliar a possibilidade da imputação da responsabilidade objetiva àqueles que realizam a pesquisa, no caso de ocorrência de dano pelo uso do produto testado.

EXPERIMENTAÇÃO PARA TESTES DE NOVOS FÁRMACOS

O avanço da ciência e a descoberta de novas tecnologias impulsionam os mercados científicos nas diversas áreas. Isso não é diferente nas ciências farmacêuticas. Com métodos diagnósticos cada vez mais sofisticados e um maior conhecimento acerca das enfermidades que acometem o homem, surgem novas demandas por drogas que combatam todo tipo de mal; desde os causados por vírus, bactérias, doenças crônicas, até aqueles causados pela própria modernidade, como estresse, depressão, ansiedade e obesidade.

O longo processo de descoberta e produção de novos medicamentos envolve várias etapas, que vão da análise de substâncias em laboratórios, passando pelo uso de cobaias animais e por fim, os testes realizados em seres humanos. Existe a necessidade da utilização de cobaias humanas por não haver outro meio de testar os efeitos dos medicamentos no organismo humano.

Para que essas pesquisas de novos fármacos sejam realizadas, existem regras bem definidas, estabelecidas tanto no âmbito mundial como no âmbito interno de cada país. Tais normas são editadas para propor as boas práticas em pesquisas envolvendo seres vivos, especialmente em humanos.

Diante disso, uma nova substância farmacológica será testada em seres humanos desde que tenha sido avaliada em pelo menos três animais. Após a liberação para os testes em humanos, existem fases que devem ser seguidas de modo que o experimento seja feito em um número seguro de pessoas, para que se evitem danos desnecessários.

Cumprir lembrar que, além das exigências técnicas relacionadas ao arcabouço científico de cada pesquisa, de grande importância são as exigências éticas dessa classe de pesquisa que, necessariamente, envolve seres humanos.

EXPERIMENTOS EM ANIMAIS

A utilização de cobaias animais é de extrema importância num processo de pesquisa de novos medicamentos, visto que é uma maneira razoavelmente segura de se conhecerem os efeitos de novas substâncias em organismos vivos, sem colocar em risco a vida de pessoas. Por essa razão nos procedimentos de pesquisa existe a exigência de que a toxicidade dos fármacos seja testada em pelo menos três espécies animais, de ambos os sexos, de acordo com a Resolução 251/97 do Conselho Nacional de Saúde.

Conquanto as cobaias animais não sejam alvo de tão grande proteção normativa quanto às cobaias humanas, existem várias diretrizes para realização de pesquisas que envolvem animais no sentido de protegê-los de procedimentos que possam causar situações de intenso sofrimento físico. Exemplo disso são os Princípios Internacionais para a Pesquisa Biomédica envolvendo Animais (CIOMS, 1985).

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (1978), no seu artigo 8º diz que “A experimentação animal, que implica em sofrimento físico, é incompatível com os direitos do animal, quer seja uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer outra”; sugere ainda que outros métodos de realizar tal pesquisa sejam desenvolvidos para evitar danos aos animais.

No Brasil a Lei n. 11.794/2008 dispõe sobre a utilização de cobaias animais em pesquisa científica. Ela determina a criação do Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA) e de Comissões de Ética no Uso de Animais (CEUAs). Estes órgãos têm a função primordial de realizar o controle para que a utilização das cobaias animais em pesquisas siga os padrões éticos preestabelecidos, com vistas a evitar abusos.

EXPERIMENTOS EM HUMANOS

Em relação às cobaias humanas, uma vez que não se pode prescindir de sua utilização, é necessário que o experimento seja realizado da melhor forma, de acordo com padrões éticos estabelecidos no plano nacional e internacional.

A Constituição da República Federativa do Brasil, as declarações internacionais de proteção aos direitos humanos, as normas infraconstitucionais, além de muitas normas específicas para as pesquisas que envolvem experimentações em seres humanos, visam à proteção desses sujeitos.

A Resolução 251/97 do CNS dispõe sobre a forma de utilização de cobaias humanas especificamente em pesquisas de novos fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos. Assim, a inserção dos sujeitos de pesquisa deve ocorrer de forma gradativa, para que seja evitada uma exposição desnecessária a riscos. Somente após as pesquisas laboratoriais, “in vitro”, estudo da literatura especializada e testes em cobaias animais, terão início os testes em seres humanos.

De acordo com essa Resolução existem quatro fases predeterminadas de participação dos sujeitos de pesquisa (cobaias). As fases I e II começam com pequenos grupos de pessoas voluntárias com o objetivo de observar o perfil da substância e a resposta do organismo à nova substância. Nas fases III e IV há a participação de um grupo maior de pessoas, em que se pode determinar o risco/benefício do medicamento quando usado em larga escala, entre outras coisas.

Entretanto, as mais importantes regras que regulam especificamente as pesquisas que envolvem seres humanos no Brasil estão estabelecidas na Resolução 466/2012, do CNS. Tais normas visam direcionar eticamente os estudos, assegurando os direitos dos sujeitos de pesquisa e impondo os deveres aos pesquisadores.

Essa Resolução foi elaborada em consonância com todas as normas nacionais e internacionais que visam à proteção dos direitos humanos e o respeito aos quatro referenciais básicos da bioética: a autonomia, a não maleficência, a beneficência e a justiça.

A BIOÉTICA NAS PESQUISAS

Devido à crescente interferência das pesquisas científicas e da atuação de profissionais de saúde na vida humana, surgiu a necessidade de um novo modelo de ética médico-científica, qual seja a bioética. Vários foram os fatores que fomentaram a sua criação, dentre eles os indícios de abusos cometidos nas pesquisas com cobaias humanas (DINIZ, 2010, p.5).

Nesse mesmo sentido, Fabriz (FABRIZ, 2003, p. 75): “a bioética representa um estudo acerca da conduta humana no campo da vida e saúde humana e do perigo da interferência nesse campo pelos avanços das pesquisas biomédicas e tecnocientíficas” (FABRIZ, 2003, p. 75).

Maria Helena Diniz (2010, p.10) afirma que a bioética é “[...] uma resposta ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde [...]”. Os princípios bioéticos foram estabelecidos no “Belmont Report” (1978) sendo que a autonomia e a beneficência possuem caráter teleológico e a não maleficência e a justiça possuem um caráter deontológico (DINIZ, 2010, p.14).

A Resolução 466/12 esclarece o papel de cada um dos princípios da bioética: a autonomia implica no consentimento livre e esclarecido dos sujeitos de pesquisa e a proteção aos vulneráveis; a beneficência como meio de minimizar, tanto quanto possível, os riscos e danos individuais e coletivos; a não maleficência como compromisso de evitar danos previsíveis; e a justiça (e a equidade) numa perspectiva sócio-humanitária da pesquisa e dos seus resultados.

Vale ressaltar que, o paradigma da bioética está inserido em outro, o do biodireito, que é legitimado e validado pelos direitos humanos e fundamentais. Dessa forma, ele deve estabelecer um contato entre direito e bioética para que os princípios que defendem a preservação da vida sejam respeitados (FABRIZ, 2003, p. 137).

Para que possa ser assegurado o cumprimento de padrões bioéticos, as normas que versam sobre o assunto exigem o controle de todos os atos dos pesquisadores no que se refere à descoberta de novos princípios ativos ou medicamentos. Com esse fim, foram criados a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa do Ministério da Saúde (CONEP/MS) e os Comitês de Ética em Pesquisa (CEP).

Esses órgãos têm diversas atribuições, dentre elas a de avaliação de pesquisas envolvendo seres humanos desde o planejamento (projeto) até o momento final da execução propriamente dita, sob o prisma da ética. Assim se busca assegurar um maior respeito pelos direitos dos seres humanos, sujeitos de pesquisa.

O CONSENTIMENTO DOS SUJEITOS DE PESQUISA

Desde as primeiras normas produzidas em relação às pesquisas envolvendo seres humanos, no que tange à participação do indivíduo, é requisito incontestável o seu consentimento livre e esclarecido.

Devido às notícias de pesquisas realizadas nos campos de concentração nazistas, em que os indivíduos eram submetidos frequentemente a experiências torturantes e desumanas, o Tribunal Internacional de Nuremberg em 1947 formulou o Código de Nuremberg

que estabeleceu prioritariamente que em uma pesquisa “o consentimento do ser humano é absolutamente essencial”.

Tal Código aduz que o paciente que submete o seu corpo a uma pesquisa não só deve consentir como deve ter condições para dar seu consentimento; isso significa ser legalmente capaz e ter direito de escolher livremente após a análise de todas as informações possíveis do procedimento a que será submetido.

O consentimento livre e esclarecido dos sujeitos de pesquisa é expressamente exigido por todas as normas brasileiras e internacionais. Isso porque, no Brasil exige-se que os sujeitos se submetam à pesquisa de forma voluntária.

Vale ressaltar que o consentimento deve ser formal, ou seja, há exigência do “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” (TCLE), como está estabelecido nas resoluções brasileiras do CNS. Este documento assinado pelo sujeito de pesquisa é peça fundamental para regular os experimentos do início ao fim, porque demonstra formalmente, o consentimento de quem assina, evitando o uso indiscriminado de cobaias humanas.

Assim, fica claro que o consentimento praticado com liberdade e cercado de todas as informações necessárias, é imposição da própria noção de liberdade dos sujeitos de direito bem como da busca pelos seus melhores interesses (ENGELHARDT JR, 1998, p. 361).

A AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade é assunto largamente discutido na esfera jurídica, devido à sua relação direta com os direitos dos indivíduos, como liberdade, privacidade, intimidade, dignidade, estabelecidos em sede constitucional e nos outros diplomas legais.

Torna-se importante a abordagem da autonomia da vontade na esfera contratual relacionada ao âmbito do biodireito uma vez que, a participação de cobaias humanas em pesquisa é estabelecida por uma relação contratual.

No âmbito da bioética (e do biodireito) respeitar a autonomia do paciente é compreender que ele tem controle sobre seu corpo e sua mente e deve ter sua intimidade respeitada. Reflexo disso é que, para que um indivíduo participe como cobaia de uma pesquisa, deve haver para ele total liberdade de escolha, o que só poderá ser conseguido com informações adequadas e sem pressões para o aceite ou coação de qualquer natureza (DINIZ, 2010, p. 14).

Já no âmbito do direito civil esse assunto ganha especial relevância no que se refere ao mundo dos contratos. Nesse aspecto a autonomia da vontade consiste na liberdade que tem um indivíduo de escolher se quer ou não celebrar um contrato (liberdade de contratar)

e de estabelecer os termos contratuais de acordo com seu interesse (liberdade contratual) (BIERWAGEN, 2007, p.54).

A autonomia da vontade tem sua maior valorização no período de vigência do Estado Liberal, que conferiu maior importância ao indivíduo e à sua liberdade. Assim, a Codificação Civil brasileira de 1916 tinha como ápice o respeito à vontade dos contraentes. Contudo no decorrer do tempo pela grande modificação no cenário econômico mundial havia um freqüente desequilíbrio na situação das partes no contrato, o que tornava uma parte vulnerável em relação à outra. Por isso, houve a necessidade de intervenção estatal para proteger os direitos fundamentais dos indivíduos (BIERWAGEN, 2007, p.60).

Nesse sentido, na atualidade entende-se que a liberdade dos sujeitos deve ser pautada pelos princípios consagrados na Constituição. Esses princípios buscam a avaliação da finalidade dos contratos de modo a garantir que o interesse social e a ética nas relações jurídicas sejam priorizados. Assim, as finalidades do ordenamento jurídico, que agora tem a dignidade da pessoa humana como elemento central, prevalecem sobre a mera vontade dos contratantes (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p.135).

Cumprir lembrar o conceito de autonomia privada que, apesar de parte da doutrina entendê-la como sinônimo de autonomia da vontade, com esta não se iguala, uma vez que, a última tem caráter subjetivo, enquanto a primeira se mostra objetivamente ao elevar o poder da vontade ao plano do direito, no sentido de reconhecer que uma atuação de caráter particular pode ter força normativa. Tal concepção confirma a ideia de “pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada” [...] e não “mero instrumento a serviço da sociedade” (AMARAL, 2006, p. 346).

A DIGNIDADE HUMANA

Com o advento do Estado Democrático de Direito a dignidade humana tem sido considerada o fundamento da República Federativa do Brasil, como está explícito no inciso III do artigo 1º da Carta Constitucional de 1988. Como princípio consagrado do direito, a dignidade serve de base e direcionamento para todas as relações jurídicas e como valor, deve sempre prevalecer frente a qualquer outro interesse.

Esse vetor tem sido considerado um imperativo de justiça social e valoriza a integridade moral do ser humano. Possui conteúdo amplo e pode ser entendido como resultado de um processo civilizatório, em que pese seja inato ao homem. Em suma, três são as suas dimensões, quais sejam, a dimensão fundamentadora, como núcleo basilar do ordenamento, a dimensão

orientadora, ao estabelecer finalidades e a dimensão crítica, como critério para legitimação legislativa (BULOS, 2011, p. 502).

Por conseguinte também no âmbito da bioética não se pode admitir que o avanço nas ciências da saúde justifique violação, de qualquer espécie, da dignidade da pessoa humana. Deve haver um especial cuidado nas experimentações que envolvem seres humanos no sentido de evitar que tais sujeitos sejam tratados como “coisas”(DINIZ, 2010, p.16).

É importante ressaltar que o Código Civil de 2002 estabeleceu nos artigos 13 e 15 diretrizes para as intervenções médicas advertindo quanto à proibição de dispor do próprio corpo para colocá-lo em risco e quanto à vedação do constrangimento de uma pessoa para que se submeta a tratamento ou intervenção médica arriscada.

Esses dispositivos são valiosos para a compreensão da importância de se proteger o indivíduo não só contra atos lesivos de outras pessoas, mas contra ele mesmo. Fica evidente a preocupação da lei em preservar a dignidade da pessoa humana, a vida e todos os direitos da personalidade, numa demonstração de que o ordenamento jurídico brasileiro deve ser analisado sob uma perspectiva sistemática de modo que a Constituição e Código Civil se comuniquem para uma maior proteção do sujeito de direito.

Assim, é necessário que a ciência médica avance tecnicamente sem, contudo, esquecer de sua finalidade humanitária e sem transgredir regras éticas. Para a bioética e o biodireito as pesquisas devem buscar não só soluções para proporcionar uma vida saudável no aspecto físico mas, sobretudo, devem procurar resguardar a dignidade da pessoa humana (DINIZ, 2010, p.17).

RESPONSABILIDADE

A responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que surge em decorrência da violação de uma obrigação (dever jurídico originário). Para aquele que descumpre um dever e provoca dano a outrem, é gerado um novo dever jurídico, o de indenizar o prejuízo. O dever de indenizar é, portanto, a responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2).

Ela pode ser gerada pelo descumprimento de obrigação legal ou voluntária. No caso da responsabilidade legal, “a própria lei determina quando a obrigação surge e a precisa conformação que ela reveste” Já a responsabilidade voluntária é advinda de negócios jurídicos, inclusive contratos, decorrentes da autonomia da vontade. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 4).

Vale ressaltar que, ao considerar a responsabilidade jurídica como um “dever jurídico sucessivo” em que o sujeito que lesa assume as consequências jurídicas do fato desencadeante do dano, pode-se compreender que a responsabilidade pode ser observada em todos os

campos do direito, como o Civil, Penal, Administrativo, Tributário (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.46).

Consoante o artigo 5º, X da Constituição de 1988 é assegurado o direito à indenização por dano moral ou material ocasionado por violação à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem de uma pessoa. No mesmo sentido, afirma o Código Civil de 2002 no artigo 186 que, aquele que “violou direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Uma só conduta pode violar ao mesmo tempo normas civis e penais, o que caracteriza a dupla ilicitude, dando origem à responsabilização nas duas esferas do direito. Assim, para o direito penal são levados os casos mais graves que, ensejam punições mais gravosas (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 14).

Considerando que a atribuição da responsabilidade de reparar tem o intuito de reequilibrar a relação entre as partes, a reparação no âmbito civil terá caráter indenizatório, no caso de perdas econômicas e, compensatório no caso de perdas extrapatrimoniais. Já no âmbito penal a responsabilização do agente terá um caráter punitivo com vistas à retribuição e prevenção de novo dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.46).

Cumprido esclarecer que, no que tange ao liame subjetivo, a responsabilidade pode ser subjetiva, que é aquela fundada no ato ilícito (que provoca o dano) realizado com culpa. Isso significa que só há obrigatoriedade de reparar o dano, quando ele for fruto da vontade do agente causador. Os seus pressupostos são: a ação ou omissão do agente; o dano realizado contra a pessoa ou o seu patrimônio; o nexo causal entre a violação do direito e o dano; que a conduta ou omissão do agente seja culposa (RIZZARDO, 2005, p.36).

Por outro lado a responsabilidade pode ser objetiva, a qual apresenta os mesmos princípios da subjetiva com exceção da culpa, ou seja, aqui não se leva em consideração o elemento volitivo; assim, existe a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. Imprescindível será neste caso a comprovação da relação de causalidade, porque o agente deve ter dado causa ao dano para ser responsabilizado. (CAVALIERI FILHO, 2008, p.134).

Vale ressaltar que, a responsabilidade objetiva divide-se em teoria do risco, em que a responsabilidade advém do dano causado por atividade de risco e teoria do dano objetivo, em que a necessidade de indenização surge apenas pela verificação do dano. Esse tipo de responsabilidade tornou-se cabível mais recentemente pela necessidade de corrigir injustiças sociais num contexto de desigualdade entre as classes (grandes empresas/ consumidores; empregador/empregado). A inserção da responsabilidade objetiva no CC/02 é, portanto, uma demonstração do enfoque social desse diploma (RIZZARDO, 2005, p. 34).

Há outra diferenciação necessária no que tange à responsabilidade: distinguir entre a espécie contratual e a extracontratual, que é extremamente relevante para a tutela de direitos violados por conferir a clareza e direção necessária para se exigir judicialmente reparação por danos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.58).

A responsabilidade civil contratual é aquela decorrente de inadimplemento quando há um vínculo obrigacional preexistente. É gerada pelo ilícito contratual ou relativo. Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana é aquela que se origina de dever imposto pela lei, ou seja, quando há lesão de direito subjetivo; aqui não há a relação jurídica preexistente entre ofensor e vítima. É gerada pelo ilícito aquiliano ou absoluto (CAVALIERI FILHO, 2008, p.15).

Importante destacar que existem três elementos para diferenciação das duas formas de responsabilidade: a presença de um contrato prévio, para caracterizar responsabilidade civil contratual; a comprovação da culpa (na contratual a culpa é presumida e na extracontratual a vítima tem o ônus da prova); e a capacidade civil, visto que só podem estabelecer contratos os civilmente capazes ou os legalmente assistidos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.60).

Apesar dessas distinções, no sistema jurídico brasileiro a divisão entre a forma contratual e extracontratual não é bem definida. Isso pode ser observado no Código Civil que possui regras de responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) que são aplicáveis também aos casos de responsabilidade extracontratual. A dicotomia é criticada pelos defensores da Teoria monista, que alegam a uniformidade dos efeitos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual (CAVALIEIRI FILHO, 2008, p.16).

RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor surgiu em 1990 para cumprir uma missão delegada pela Constituição de 1988 de regulamentar a defesa do consumidor (artigos 5º, XXXII e 170, V, CRFB/88). Esses dispositivos impõem que haja a garantia de relações de consumo mais equilibradas (RIZZARDO, 2005, p. 407).

A relação de consumo une fornecedor e consumidor (destinatário final) pelos interesses comuns, quais sejam o bem ou serviço. Essa relação se origina no negócio ou contrato firmado entre as partes e visa acordar aquisição de bem ou contratação de serviço em benefício próprio da parte adquirente ou contratante (RIZZARDO, 2005, 408).

Ao considerarmos que na atualidade quase tudo tem a ver com consumo, uma importante modificação foi operada no sistema jurídico brasileiro com a edição do CDC. Nele foi estabelecida a responsabilidade nas relações de consumo, que é, em regra, objetiva, “fundada

no dever de segurança em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 17).

Vale ressaltar que o artigo 4º do CDC enuncia princípios da Política Nacional das Relações de Consumo que têm como escopo a proteção dos consumidores no que tange ao respeito à dignidade, saúde, segurança, melhora na qualidade de vida etc. Além disso, o dispositivo legal sinaliza para o entendimento da vulnerabilidade do consumidor, bem como para a interferência estatal para sua efetiva proteção (TEPEDINO, 2006, p.128).

Já no artigo 6º do mesmo diploma, encontram-se enumerados os direitos fundamentais do consumidor. São extremamente relevantes para o tema da responsabilidade as garantias de prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, assim como as facilidades de defesa para o consumidor através do acesso ao Judiciário e da inversão do ônus da prova.

Em relação à responsabilidade, há duas hipóteses: quanto ao produto e quanto ao serviço. Como estabelecido no artigo 12 do CDC, no caso dos produtos, a responsabilidade advém do dano moral ou material causado por eles quando adquiridos em relações de consumo, bem como da insuficiência de informação do fornecedor sobre o produto. Já em relação aos serviços, o artigo 14 (do CDC) prevê responsabilização do fornecedor de serviços no caso de má execução quando provoque perigo ou dano e também por prestar informações insuficientes (RIZZARDO, 2005, p. 411-415).

Importante lembrar que, o § 4º do artigo 14 do CDC traz uma exceção no que tange à responsabilidade dos prestadores de serviço caracterizados como profissionais liberais. Em face deles a indenização somente será exigível mediante a comprovação de culpa na ocorrência do dano. Contudo essa regra será aplicada para os profissionais cuja atividade envolva uma obrigação de meio e não de resultado (RIZZARDO, 2005, p. 415).

Na medida em que os sujeitos de pesquisas são submetidos aos testes com novas substâncias, está estabelecida uma relação de consumo com a empresa, já que os produtos consumidos por esses sujeitos são fornecidos pela indústria que realiza os testes e com o médico responsável pela pesquisa; ambos são responsáveis por quaisquer danos que eles causarem.

Em que pese haver divergência doutrinária no que diz respeito à existência ou não de relação de consumo entre os sujeitos de pesquisa e as empresas, ao considerar a vulnerabilidade das pessoas físicas em face das grandes corporações, a sua condição de destinatário final dos produtos testados, bem como a futura contraprestação financeira quando o novo fármaco estiver no mercado, resta caracterizada a situação de consumidores das cobaias humanas, que, por isso, devem ser defendidos e protegidos como tais.

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS PESQUISAS COM COBAIAS HUMANAS

Nas pesquisas de novos medicamentos que envolvem cobaias humanas deve ser analisada a responsabilidade de todos os profissionais envolvidos nas pesquisas, como médicos, farmacêuticos, enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais etc. No presente trabalho será analisada a responsabilidade dos médicos pesquisadores e das empresas farmacêuticas interessadas na descoberta das novas drogas ou princípios ativos.

RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Em regra, os médicos são profissionais liberais que em sua atividade não podem garantir o resultado de seu serviço; executam obrigação de meio, portanto. Assim, para que sejam responsabilizados em caso de dano, deve ser comprovada sua culpa, o que configura caso de responsabilidade subjetiva. Essa é a diretriz trazida no §4º do artigo 14 do CDC.

Apesar da obrigação assumida pelo médico ser de meio, quando um paciente estabelece com ele uma relação contratual, sua expectativa é que o profissional empenhe todos os esforços para que seja alcançado o resultado satisfatório. Se assim não for, deverá o paciente provar que o resultado danoso é consequência de imprudência, negligência ou imperícia (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 370).

Cumprido ressaltar que, a investigação da culpa do médico, necessária para sua responsabilização, enseja primariamente uma definição dos seus deveres, que estão compreendidos em três esferas: o dever de informar; o empenho de todos os esforços para alcançar o resultado satisfatório; a tutela do paciente com vistas a preservar sua dignidade e integridade física e psíquica. Isso é estabelecido também no Código de Ética Médica (TEPEDINO, 2008, p. 90).

Importante destacar que, o dever de informação está diretamente ligado à necessidade de consentimento do paciente em relação aos procedimentos a serem adotados pelo médico e é relacionado ao princípio da boa-fé (TEPEDINO, 2008, p. 91). Assim, se o médico não cumprir o dever de informar, poderá responder com indenização em caso de dano ao paciente.

Por esse motivo foi estabelecida a necessidade do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido que deve ser assinado pelo voluntário após a análise de todas as informações sobre a pesquisa. Esse é uma exigência formal para que o contrato de participação seja estabelecido e, principalmente, para que o sujeito seja submetido a qualquer procedimento de pesquisa.

RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS FARMACÊUTICAS

Há discussão doutrinária a respeito da responsabilidade das empresas que desenvolvem novos medicamentos. Isso porque parte da doutrina considera que o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade. Nesse sentido, assunção desses riscos (com a imprescindível utilização de cobaias humanas) tornaria inviável a produção e comercialização de certos produtos, o que seria extremamente prejudicial para as ciências médicas e para toda a humanidade (TEPEDINO, 2006, p. 111).

Defende essa parte da doutrina que, pelo fato do risco ser inerente ao desenvolvimento de novos medicamentos e de ser interesse social que novas drogas sejam descobertas, esse risco deve ser suportado por toda a sociedade. Este entendimento é o prevalente na União Europeia, formalizado no artigo 7º da diretiva 85/374 (TEPEDINO, 2006, p. 112).

Em contrapartida existem os dispositivos do CDC e do Código Civil que determinam a responsabilidade objetiva (independente de culpa) para os fabricantes. Esse entendimento está em consonância com a tendência moderna de maior proteção ao consumidor como parte vulnerável da relação consumeirista (configurando-se a relação estabelecida entre sujeito e pesquisador como de consumo).

Vale ressaltar que, o CDC é uma norma de função social que provoca mudanças profundas nas relações jurídicas. Esse tipo de lei impõe novas diretrizes para orientar as práticas sociais no sentido de tutelar os direitos dos vulneráveis e delegar novos deveres aos outros agentes que pelos benefícios que recebem devem suportar os riscos de sua atividade (MARQUES, 2005, p. 589). Além do CDC, o Código Civil de 2002 também tem caráter social, visto que é regido pelo princípio da socialidade.

Assim, no âmbito das pesquisas que envolvem seres humanos essas normas devem ser levadas em consideração e desde que o nexo causal seja comprovado, as empresas pesquisadoras devem ser responsabilizadas em caso de dano causado pelos produtos testados.

Certamente a responsabilização por danos causados à vida e dignidade humana é um instrumento precioso para que as práticas de empresas que realizam pesquisas com cobaias humanas sejam condizentes com o respeito aos sujeitos de pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das muitas normas reguladoras das atividades de pesquisa de novos fármacos que envolvem seres humanos como cobaias, ao longo da história há relatos de abusos por parte de pesquisadores e principalmente por parte das empresas farmacêuticas.

É importante lembrar que, a utilização de cobaias humanas é imprescindível. No entanto não é possível esquecer que os sujeitos de pesquisa são sujeitos de direito e que por isso devem ter sua vida e dignidade preservadas, de acordo com os princípios da bioética.

Ao considerar que a relação dos sujeitos de pesquisa, médicos pesquisadores e empresas farmacêuticas é estabelecida mediante contrato formal (através do TCLE), é necessário que sejam observados os princípios da boa-fé e a autonomia de vontade, pois o consentimento do sujeito é essencial.

Nessa relação, vários são os deveres do médico e da empresa que realiza os testes. Esses deveres são estabelecidos em sede constitucional, bem como no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Do descumprimento desses deveres, surge a responsabilidade civil.

Como é configurada a relação de consumo, já que os sujeitos de pesquisa experimentam produtos fornecidos pela indústria farmacêutica, é adequado que tal empresa seja responsabilizada objetivamente pelo direcionamento das normas vigentes e pela necessidade de proteção ao vulnerável, no caso, o sujeito de pesquisa.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 12 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 12 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 466 de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jun. 2012. Disponível em: <www.conselho.saude.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 251 de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 set. 1997. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.794 de 08 out. 2008. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 out. 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Diretiva 85/374 de 1985. **Jornal Oficial nº L 210**. Bruxelas, p. 0029 – 0033, 25 jul. 1985. Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:PT:HTML>. Acesso em: 20 mai. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENGELHARDT JR, H. Tristram. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil - Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG. **Código de Nuremberg**. 1947. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Bruxelas, 27 jan.1978. Disponível em: <http://www.cfmv.org.br/portal/direitos_animais.php>. Acesso em: 20 mai. 2015.

BIOÉTICA, ABUSO SEXUAL E INCESTO POLIMORFO: UM GRITO PELA POSITIVAÇÃO JURÍDICA

LYA DE OLIVEIRA MOURA ¹

RESUMO

Há inúmeras pesquisas que indicam que a maioria dos casos de abuso sexual envolve pessoas da mesma família. Ocorre que, hodiernamente, foram levados ao conhecimento público casos em que o abuso foi cometido por pessoas alheias ao âmbito familiar, mas que, em decorrência de suas funções institucionais, como padres, pastores e médicos, se aproveitaram para abusar sexualmente das vítimas. Este tipo de relacionamento sexual, apesar de não ocorrer dentro da família, se equipara em vários pontos às relações incestuosas, principalmente pela função exercida pelo agressor, que transmite confiança e segurança, daí a denominação “incesto polimorfo”. Assim, como situações como essa são deveras complexa e propicia acaloradas discussões, surge a necessidade de refletir e debater sobre a ausência de tipificação específica para o “incesto polimorfo”, já que tal ato é repugnante e abominado pela sociedade. Todavia, antes de adentrar propriamente no que o tema propõe, este trabalho tem o objetivo de: conceituar incesto, bem como apresentar sua evolução histórica e abordar as perspectivas antropológica e psicanalítica deste assunto que ainda é um tabu; conceituar abuso sexual e expor uma breve crítica sobre a falta de tipificação penal desta prática, que sob a ótica da bioética é um desrespeito do ser humano; analisar a omissão legislativa expressa sobre o incesto no ordenamento jurídico brasileiro e indicar os dispositivos que o tratam de forma implícita. Por fim, ainda que a dificuldade de provar a ocorrência dessa prática seja alta, a legislação pátria deveria dar maior atenção, tanto pelo aspecto moral quanto pela bioética; caso contrário, a sociedade estará sendo condescendente com esse ato fétido.

Palavras-chave: Bioética. Incesto. Abuso sexual.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, as mídias trouxeram ao conhecimento público casos de abusos sexuais cometidos por pessoas que se aproveitaram de suas funções institucionais para realizar tais atos, como líderes religiosos, médicos, professores.

Vale ressaltar, que tais posições transmitem confiança e segurança, a ponto de o indivíduo se sentir íntimo e protegido, mesmo sendo o primeiro contato com as pessoas supra aludidas.

Assim, quando o abuso sexual for cometido por cidadãos que se valham da função institucional que exercem para praticar essa conduta, tal situação foi denominada de incesto

¹ Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza (FGF), advogada atuante nas áreas civil e previdenciário, e-mail profissional lyamoura@hotmail.com. GT IV – Bioética, Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade.

polimorfo pelo eminente médico e estudioso, Cláudio Cohen.² Isso porque, inúmeras pesquisas indicam que a maioria dos casos de abuso sexual envolve pessoas da mesma família.

Dessa forma, apesar de padres, pastores, médicos, professores serem pessoas alheias ao âmbito familiar, muito se assemelham à relação dentro da família, seja pelo notório respeito por essas funções, que pode aproximar à subordinação imposta por um pai a seu filho; seja pela confiança transmitida; seja ainda pela sensação de proteção emanada dessas pessoas no cumprimento de seus postos.

Diante disso, como situações como essa são deveras complexas e propiciam acaloradas discussões, o presente estudo tem o escopo de refletir e debater sobre a ausência de tipificação específica para o “incesto polimorfo”, já que tal ato é repugnante e abominado pela sociedade.

Para que o objetivo almejado fosse atingido, foi utilizada a metodologia hipotético-dedutiva para a elaboração desse trabalho, haja vista que fora através da análise do ordenamento jurídico pátrio que se buscou a possível resposta ao problema apresentado.

Todavia, antes de adentrar propriamente no que o tema propõe, iremos conceituar o incesto, bem como apresentar sua evolução histórica e abordar as perspectivas antropológicas e psicanalíticas deste assunto, que ainda é um tabu. Além disso, iremos analisar a omissão legislativa expressa sobre o incesto no ordenamento jurídico brasileiro e indicar os dispositivos que o tratam de forma implícita.

Em seguida, haverá um tópico específico para conceituar abuso sexual e expor uma breve crítica sobre a falta de tipificação penal desta prática, que sob a ótica da bioética é um desrespeito do ser humano.

INCESTO

Antes de discorrer sobre o incesto, é interessante fazer breves considerações sobre o conceito de família, que é bem subjetivo, por variar conforme a época, cultura e criação.

A família surgiu em virtude da necessidade do ser humano de viver em comunidade. Sob esta premissa, as pessoas uniram-se a fim de formarem a sua própria sociedade.

Inicialmente, a instituição familiar era reconhecida apenas por meio de parentescos sanguíneos, as pessoas uniam-se e formavam um clã. Posteriormente, com a evolução da sociedade, formou-se a família natural, na qual duas pessoas, de sexos opostos, se uniam em matrimônio, formando assim uma nova família.³

² COHEN, Cláudio. Bioética e sexualidade nas relações profissionais. São Paulo: Associação Paulista de Medicina, 1999.

³ SILVA, Mateus Soares da. Uma breve análise quanto ao novo conceito de família, um avanço ou retrocesso

Mister salientar que as Constituições Brasileiras de 1824 a 1988 trouxeram em seu bojo o conceito de família. A Carta Magna em vigor dispôs expressamente sobre a família do artigo 226 ao artigo 230, alocado no Título VIII, Capítulo VII, deste instrumento normativo.

Segundo o referido texto constitucional, a família é considerada a base da sociedade, razão pela qual é explicitamente protegida, e se concretiza com a união instituída pelo casamento entre um homem e uma mulher, ou por meio da união estável, ou por uma comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental.

Paulatinamente, este conceito vem sendo maximizado, considerando-se família, nos dias atuais, toda união de pessoas que possuem vínculo de afetividade entre si. Porém, nem toda relação de afeto pode ser considerada família, para que esta seja constituída é necessário o preenchimento de alguns requisitos, como afetividade, estabilidade e ostensibilidade, que é o fato das pessoas se assumirem como família publicamente.⁴

Após uma análise sucinta sobre família, é pertinente iniciar a exposição sobre o incesto.

O vocábulo incesto deriva do latim *incestu*, que significa impudico, impuro; essa prática é caracterizada pela conjunção carnal entre parentes em linha reta. No entendimento do renomado doutrinador César Fiuza: ⁵

Incesto é união entre certos parentes. Para o Direito, é considerada incestuosa a união dos parentes em linha reta, ou seja, pais, avós, bisavós, filhos, netos, bisnetos etc. Estes parentes não podem se casar entre si, ainda que o parentesco seja por adoção, uma vez que os filhos adotivos se equiparam aos filhos consangüíneos. A mesma proibição se estende ao casamento entre o adotado e o ex-cônjuge do adotante e ao casamento entre o adotante e o ex-cônjuge do adotado. Tampouco podem casar-se os parentes em linha reta por afinidade como, por exemplo, o sogro com a nora, a sogra com o genro, ainda que sejam viúvos ou divorciados. Também se considera incestuoso o casamento entre irmãos, mesmo que um deles ou ambos tenham sido adotados. Por fim, os parentes em linha colateral até o terceiro grau, inclusive, isto é, tios e sobrinhos, não podem contrair núpcias.

Nesse diapasão, é possível afirmar que o conceito de incesto também sofre modificações durante a evolução social, já que com a evolução da sociedade e a maximização do conceito de família, o aspecto jurídico de incesto se tornou insuficiente para identificar a conduta.

social?. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8426/Uma-breve-analise-quanto-ao-novo-conceito-de-familia-um-avanco-ou-retrocesso-social>>. Acesso em 22 mai 2015.

4 RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. O reconhecimento da relação incestuosa como entidade familiar. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=0CCUQFjACOAO&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedic_ao_agosto2005%2Fdiscnte%2Fdisc_01_pos.doc&ei=x5FfVaDILomkgwSivoPIDw&usg=AFQjCNE3uZSHouz8fFvkJEVG6GpwCGTjYg&sig2=VQ3xXR6MOLR3Jj38hCWtLw>. Acesso em: 22 abr 2015. p.6.

5 FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.935.

Assim sendo, é necessário buscar uma consideração mais ampla, que possibilite o enquadramento do agente na prática do ato.

Essa amplitude de visão sobre o conceito de incesto é atingida pelo viés psicanalítico, ao definirem o incesto como “uma relação sexual ou marital entre duas pessoas consideradas, pela sociedade, como tão próximas que a união ou qualquer proximidade mais íntima entre elas torna-se proibida (tabu do incesto)”.⁶

Nesse sentido, mas adotando uma visão antropológica a respeito do incesto, Strauss expõe que:⁷

A proibição do incesto não é nem puramente de origem cultural nem puramente de origem natural, e também não é uma dosagem de elementos variados tomados de empréstimos parcialmente à natureza e parcialmente à cultura. Constitui o passo fundamental graças ao qual, pelo qual, mas sobretudo no qual se realiza a passagem da natureza para a cultura.

Em suma, desde o início dos tempos homens e animais irracionais são seres sexuados. Com isso, as práticas sexuais seguem regras e exigências naturais e culturais, a ponto de fixarem proibições e permissões dentro do intelecto de cada ser. Daí quando tais regramentos são burlados, a própria consciência leva o indivíduo a ser punido pelos sentimentos de culpa, dor, angústia, tristeza.

Dessa forma, tanto sob o aspecto da psicanálise quanto sob o viés da antropologia, é possível constatar o horror ao incesto, de modo que é uma conduta repudiada pela sociedade e que denota um caráter proibitivo de cunho moral, pois a prática de conduta incestuosa dentro de uma instituição familiar acarreta uma disfunção entre os seus membros.⁸

Sob este aspecto, é fácil perceber que, ainda não haja proibição e sanção legal do incesto, a própria consciência humana se encarrega, na maioria das vezes, de punir o transgressor.

⁶ LIMA, Antônio Carlos de. Por que o incesto não é crime no Brasil?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4574>. Acesso em 22 abr 2015.

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.20.

⁸ BENINI, Maria Carolina Madeira. *Categorias das atuações incestuosas: funcionamento familiar e psicanálise* [Dissertação de Mestrado]. São Paulo, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Programa de Fisiopatologia Experimental, 2012.

OMISSÃO LEGISLATIVA EXPRESSA SOBRE O INCESTO

Há vários dispositivos legais no ordenamento jurídico que demonstram claramente o repúdio a relação incestuosa, contudo, não há qualquer norma jurídica expressa sobre incesto no Brasil.

Assim, interessante expor uma previsão legislativa que evidencia a não aceitação dessa prática considerada imoral desde os primórdios.

O Código Civil, em seu artigo 1.521, prescreve o rol das pessoas que estão impedidas de casar:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Sob este aspecto, concluímos que podem ser sujeitos ativos na prática de conduta incestuosa todos os “parentes por consanguinidade ou afinidade, que se acham, em grau, interditados, ou proibidos, para as justas núpcias”.⁹

Ademais, a lacuna legislativa da proibição do incesto no âmbito penal torna essa conduta legal, mesmo se tratando de uma atitude repugnante e moralmente recriminada. A prova que o incesto continua sendo um tabu é que, nem no projeto do novo Código Penal em tramitação, este ato foi tipificado penalmente.

ABUSO SEXUAL

Hodiernamente, o abuso sexual é um tema bastante polêmico por diversos motivos, entre eles: por ser complexa sua conceituação; pela dificuldade de provar sua ocorrência, principalmente, por se concretizar em ambientes privados e sem testemunhas; pelo segredo que envolve esses casos; entre outros.

⁹ LIMA, Antônio Carlos de. Por que o incesto não é crime no Brasil?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4574>. Acesso em 22 abr 2015.

O CEARAS (Centro de Estudos e Atendimento Relativos ao Abuso Sexual do Departamento de Medicina Legal, Ética Médica e Medicina Social e do Trabalho da Faculdade de Medicina da USP) define abuso sexual em linhas gerais como sendo “todo relacionamento interpessoal no qual a sexualidade é veiculada sem o consentimento válido de uma das pessoas envolvidas”.¹⁰

Fairman define ainda que “o termo abuso sexual pode ser também utilizado para designar um mau uso da sexualidade, independentemente de tratar-se de um abuso de uma pessoa em relação à outra.”.¹¹

Os abusadores geralmente são pessoas nas quais as vítimas possuem relação de afeto e confiança; assim, eles se aproveitam dessa relação e envolvem o abusado em uma teia de mentiras, com o objetivo de satisfazer-se sexualmente.

No abuso sexual, o agente causador, muitas das vezes, é um indivíduo psicologicamente evoluído, que possui experiência sexual, e com a finalidade de se satisfazer sexualmente, coage, seduz e enreda a vítima em suas artimanhas.

Em contrapartida, as vítimas, em sua maioria, são pessoas frágeis, que vivem em um ambiente psicologicamente instável e que necessitam de atenção e carinho, razão pela qual deixam se envolver com certa facilidade.

Insta frisar que grande parte dos abusos sexuais ocorre com crianças e adolescentes, por serem um dos grupos mais vulneráveis da sociedade humana, e dentro de casa, entre os familiares.

Relevante destacar que incesto é considerado um tipo de abuso sexual.

Ademais, segundo explicitado pela Childhood Brasil, organização brasileira que faz parte da World Childhood Foundation (Childhood), instituição internacional criada, em 1999, pela rainha Silvia, da Suécia, para proteger a infância e garantir que as crianças sejam crianças, o abuso sexual pode ocorrer através da prática de diversas condutas, conforme explicitado abaixo:¹²

O abuso sexual pode acontecer dentro e fora do núcleo familiar, sendo conhecido como intrafamiliar e extrafamiliar, respectivamente, e pode se expressar de diversas maneiras.

Abuso sexual sem contato físico corresponde a práticas sexuais que não envolvem contato físico, e pode ocorrer de várias formas:

- O assédio sexual caracteriza-se por propostas de relações sexuais por chantagem ou ameaça.

¹⁰ FAIRMAN, Carla Júlia Segre. Considerações sobre o abuso sexual incestuoso. Disponível em: <http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=ro03&id_materia=2580>. Acesso em: 22 abr 2015.

¹¹ Idem.

¹² Entenda a diferença entre abuso e exploração sexual. 2013. Disponível em: <<http://www.childhood.org.br/entenda-a-diferenca-entre-abuso-e-exploracao-sexual-2>>. Acesso em 22 abr 2015.

- O abuso sexual verbal pode ser definido por conversas abertas e/ou telefonemas sobre atividades sexuais, destinados a despertar o interesse da criança ou do adolescente ou a chocá-los.
- O exibicionismo é o ato de mostrar os órgãos genitais ou de se masturbar em frente a crianças ou adolescentes.
- O voyeurismo é o ato de observar fixamente atos ou órgãos sexuais de outras pessoas quando elas não desejam ser vistas.
- A pornografia é considerada abuso sexual quando uma pessoa mostra material pornográfico à criança ou ao adolescente.

Abuso sexual com contato físico corresponde a carícias nos órgãos genitais, tentativas de relações sexuais, masturbação, sexo oral, penetração vaginal e anal. Essas violações podem ser legalmente tipificadas em atentado violento ao pudor, corrupção de menores, sedução e estupro. Existe, contudo, uma compreensão mais ampla de abuso sexual com contato físico que inclui contatos “forçados”, como beijos e toques em outras zonas corporais erógenas.

Não obstante, além das formas acima referendadas, o abuso sexual ocorre também através de agressões psicológicas. Imperioso trazer à baila os ensinamentos de Angela Torma Pietro e Maria Ângela Mattar Yunes, no texto “*Considerações jurídicas e psicossociais sobre o abuso sexual contra crianças e adolescentes*”, vejamos:¹³

As modalidades de abuso sexual cometidas contra crianças e adolescente têm diversas formas de expressão que vão além da agressão física e psicológica. A depender dos elementos que integram as singularidades de cada situação, temos formas de abuso sexual que podem ser tão ou mais nocivas do que a relação sexual em si. São as seguintes: a exploração sexual: a produção e comercialização de materiais pornográficos com exposição de crianças e ou adolescentes (revistas, fotos, filmes e vídeos, etc.), a troca e venda de material publicitário de conotação sexual na Internet, o tráfico de crianças ou adolescentes para outras cidades ou países com propósitos sexuais e as práticas sexuais mediante formas de pagamento; o voyeurismo que versa na observação de atos ou de órgãos sexuais de outra pessoa; o exibicionismo que é a exposição intencional a uma criança de seus genitais com a intenção de chocar a vítima; os telefonemas obscenos que podem ocorrer quando um adulto gera ansiedade em crianças ou adolescentes com discursos sexualizados através de comunicação pelo telefone; o abuso sexual verbal que se refere às conversas abertas sobre atividades sexuais incompatíveis com o desenvolvimento cognitivo e sexuais de crianças e adolescentes. Podem ocorrer ainda: a exposição de vídeos pornográficos; o assédio sexual que são propostas de contato sexual numa posição de poder em relação a vítima, que é chantageada com ameaças, tentativas de relações sexuais, carícias nos órgãos genitais, masturbação, sexo oral e anal e o sadismo ou abuso sexual incluindo flagelação, torturas e surras.

¹³ PIETRO, Angela Torma; YUNES, Maria Ângela Mattar. Considerações jurídicas e psicossociais sobre o abuso sexual contra crianças e adolescentes. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4021>. Acesso em maio 2015.

O abuso sexual é um tipo de violência sexual, porém não está tipificado no ordenamento jurídico brasileiro por opção do legislador, que optou por tipificar condutas sexuais específicas, tais como estupro (artigo 213), corrupção de menores (artigo 218), assédio sexual (artigo 216-A), assédio moral, dentre outros, todos elencados no Título VI, do Código Penal Brasileiro, intitulado “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Em virtude desta omissão legislativa da conduta do abuso sexual, a condenação do abusador deverá ser enquadrada numa das condutas previstas nos crimes sexuais, devendo ser analisado cada caso em concreto a fim de definir qual tipo penal poderá ser imposto ao agente.

Deveras relevante expor, que os agentes causadores do abuso sexual, na grande maioria dos casos, acabam impunes em virtude da dificuldade no enquadramento da conduta praticada com os crimes descritos em nosso ordenamento jurídico, deixando uma margem de segurança para esses indivíduos praticarem os atos abusivos de maneira sucessiva.

Isso porque os crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro possuem tipo e estrutura específicos, e a conduta do abuso sexual, conforme amplamente explicitado, é uma conduta mais abrangente, incorporando vários tipos penais dentro de uma única prática, razão pela qual, é extremamente necessário tipificar a conduta do abuso sexual, de forma exclusiva.

A denúncia de abuso sexual não é comum por varias razões. Primeiro porque, como a violência não é pré-requisito para sua configuração; às vezes, a vítima nem percebe sua ocorrência no momento e/ou quando percebem o abuso já foi consumado. Outros motivos podem ser pela vergonha de contar o que aconteceu; ou por se sentir culpada por ter sido conivente com o abuso; ou ainda, prefere se calar pelo medo de ser considerada culpada ou de ser acusada por ter seduzido o agente; entre outros.¹⁴

Além disso, Maria Berenice Dias expõe com louvor os empecilhos que a justiça brasileira cria para a condenação do abusador, tornando a denúncia um martírio para a própria vítima, quando deveria ocorrer o inverso, vejamos:¹⁵

Denunciado o fato, a Justiça acaba sendo conivente com o infrator, pois sempre procura culpabilizar a vítima, e o altíssimo índice de absolvições gera a consciência da impunidade.

O juiz quer testemunhas para ter certeza da existência de crime que acontece entre quatro paredes e busca provas materiais quando nem sempre os vestígios são físicos. Não dá valor aos laudos sociais e psicológicos que, de forma eloqüente, mostram que os danos psíquicos são a mais evidente prova da

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. A Justiça e a invisibilidade do incesto. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 30, jun 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1197>. Acesso em 02 mai 2015.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. A Justiça e a invisibilidade do incesto. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 30, jun 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1197>. Acesso em 02 mai 2015.

prática do crime. E, de uma maneira surpreendente, a absolvição por falta de provas é o resultado na imensa maioria dos processos.

Há uma enorme dificuldade de emprestar credibilidade à palavra da vítima. Quando são crianças, costuma-se pensar que elas usam da imaginação ou que foram induzidas a mentir. Quando são adolescentes, acredita-se que elas provocaram o abusador, seduziram-no, insinuaram-se a ele, justificando, assim, a prática do delito. A vítima é inquirida se sentiu prazer, como se esse fato tivesse alguma relevância para a configuração do delito. Com isso, a responsabilidade pelo crime passa a ser atribuída a ela, e não ao réu. No atual processo penal, a vítima é ouvida mais de uma vez e, em cada depoimento, revive os fatos, sofrendo nova violência. É revitimizada cada vez que precisa relatar perante estranhos o que aconteceu. É ouvida por pessoas não capacitadas para este tipo de escuta. No fim, cansada de repetir a mesma história, de ser sempre perguntada sobre o que quer esquecer, acaba caindo em contradições, o que geralmente enseja um juízo de absolvição por ausência de prova.

Em virtude da falta de tipificação penal, o sentimento de impunidade e a falta de segurança jurídica, faz com que as vítimas tardam a denunciar os casos de abuso sexual, ou não os denunciam, razão pela qual se deve adequar o sistema penal para punir diretamente referido comportamento.

Ademais, a dificuldade para provar a concretização do abuso e o modo como o procedimento jurídico impõe para condenar o agente, expõe a vítima a todo sofrimento já enfrentado, de modo a reviver todo o drama novamente.

INCESTO POLIMORFO

Tem sido frequente, nos dias atuais, as notícias de denúncias de abuso sexual dentro de instituições religiosas e de ambientes profissionais, como: casos de prática de pedofilia por padres na Igreja Católica; casos de médicos que se aproveitam de sua condição e dopam pacientes para abusar sexualmente; casos de denúncia de professores em relação a alunos; etc.

Tais acontecimentos deixam a sociedade perplexa e abismada, tendo em vista que tais relações humanas transmitem confiança, intimidade e segurança.

Por tais características, essas relações se assemelham em diversos aspectos com as relações familiares, principalmente pelo fato de haver assimetria quanto à função, que gera uma sensação de submissão, obediência, respeito e vulnerabilidade.

Diante dessas peculiaridades, o médico Cláudio Cohen criou o termo incesto polimorfo para designar essas relações: ¹⁶

¹⁶ COHEN, Cláudio. Bioética e sexualidade nas relações profissionais. São Paulo: Associação Paulista de Medicina, 1999. p.147.

Esse tipo de relacionamento sexual, que denominei de ‘incesto polimorfo’, caracteriza-se pela impossibilidade de os protagonistas conterem as próprias angústias, atuando-as por meio de descarga sexual. Aqui nos referimos especificamente aos casos em que houve relações sexuais entre médico e paciente, professor e aluno, chefe e empregado. Tal relacionamento revela conduta destrutiva na relação, uma transgressão social que transforma perversão em perversidade; [...]

Minha compreensão não se dá somente pelo lado moral, ou seja, pelo que pode ser considerado certo ou errado. Dá-se, principalmente, pelo vértice da bioética, pois o que importa é a percepção do conflito entre os aspectos emocional (desejo sexual) e racional (consciência), que deveria ser observada a função estruturante da relação, passando-se a atuar outro tipo de relação que se dá na esfera da fantasia dos equivalentes incestuosos.

Assim, este estudioso, brilhantemente, equiparou as relações sexuais entre médico e paciente, professor e aluno, chefe e empregado com a relação sexual entre pai e filha ou mãe e filho ou qualquer outra relação incestuosa. Sendo possível acrescentar ainda, as relações entre padres, pastores ou quaisquer líderes religiosos e os seguidores da respectiva religião.

Por esta ótica, insta frisar que o sentimento da sociedade ao tomar conhecimento de abusos sexuais, em que o abusador se vale de sua função institucional para a prática, é bastante similar ao sentimento de “nojo” de quando se toma conhecimento de um incesto.

Diante disso e da evidente dificuldade para o enquadramento do abuso sexual em um dos tipos penais brasileiros, conforme vasta exposição sobre o tema no tópico anterior, é que nota-se a premente necessidade de elaboração de um tipo penal específico para prática de incesto polimorfo, tendo em vista que é um fato moralmente inaceitável, repudiado socialmente, e que, em muitos casos, não é punido por não se adequar a um tipo penal específico, garantindo, por conseguinte, ampla margem de segurança para o abusador.

Com o fito de esclarecer a urgência na elaboração de um tipo penal específico, deveras pertinente expor situações problemáticas, e atualmente sem solução, que ocorre na legislação penal brasileira no que tange ao crime de assédio sexual.

Nesse ínterim, Vicente de Paula Rodrigues Maggio analisou situações especiais, que são caracterizadas por serem relações decorrentes de incesto polimorfo, que não são abarcadas pelo delito de assédio sexual, justamente pelo não cumprimento das exigências do tipo penal, vejamos:¹⁷

10. Casos especiais

(a) Superior apaixonado – é comum um chefe se apaixonar por sua secretária ou por alguém que lhe seja inferior na relação de trabalho, desencadeando uma perseguição com insistência de propostas à vítima.

¹⁷ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **O crime de assédio sexual**. 2014. Disponível em: <<http://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942480/o-crime-de-assedio-sexual>>. Acesso em: 15 abr 2015.

Tal conduta pode ou não caracterizar o crime de assédio sexual, conforme o caso concreto: (1) mesmo estando o agente apaixonado pela vítima, exigindo dela favores sexuais, valendo-se da condição de superior na relação de emprego, o crime está configurado; (2) se ficar nitidamente demonstrado que a intenção do agente não era a de obter um simples favorecimento sexual, mas uma relação estável e duradora, o fato é atípico em razão da ausência do elemento subjetivo específico “com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual”, algo incompatível com a busca de um relacionamento sério.

(b) Relação entre patrão e empregada doméstica – pode configurar o crime de assédio sexual, mesmo que essa relação de emprego não seja diária, como no caso das denominadas “faxineiras” ou “diaristas”, sob o argumento, por exemplo, de que serão demitidas, caso não atenda aos apelos sexuais do agente.

(c) Relação entre professores e alunos – mesmo considerando a superioridade entre professor e aluno, não se caracteriza o crime de assédio sexual entre essas pessoas, em razão da ausência entre elas do vínculo de trabalho que, na realidade, existe somente entre o estabelecimento de ensino e o professor.

(d) Líderes religiosos e seguidores – os líderes religiosos (padres, bispos, pastores etc.) gozam do respeito irrestrito dos seus seguidores, especialmente em razão da fé religiosa, mas não há entre eles relação inerente ao exercício do emprego, cargo ou função. Conseqüentemente, o constrangimento do líder religioso dirigido a um fiel, com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, não caracteriza o crime de assédio sexual, podendo caracterizar o delito de estupro (CP, art. 213), a ser avaliado diante do caso concreto, desde que na execução o agente empregue a violência à pessoa ou grave ameaça.

Diante da referida citação, é possível constatar a existência de um “buraco negro” entre os crimes de assédio sexual e de estupro, que, mesmo sendo considerados abusos sexuais, seus tipos penais impõem requisitos que afastam grande parte do abusos cometidos.

Nesse sentido, é hialino que, apesar de não haver qualquer tipo penal específico para os casos de incesto polimorfo, por ser uma conduta completamente abominada pela sociedade, deve ser prevista como crime.

Insta frisar que, ainda que não haja previsão específica do delito decorrente da prática de incesto polimorfo, é imprescindível que se crie o delito de abuso sexual e inclua as particularidades que geram o incesto polimorfo como agravante ou causa de aumento de pena, para destacar o quão fétida é essa conduta e não permitir que continue existindo a omissão em relação ao abuso sexual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos neste estudo destrinchar e conceituar o que seria incesto polimorfo para posteriormente constatar que, apesar de ser um tema multidisciplinar e, até hoje, estudado apenas no âmbito das áreas da saúde e da bioética, percebemos a necessidade de analisar o assunto sob a ótica jurídica.

Entretanto, antes de expor possíveis soluções, deveras pertinente elucidar que para atingir o objetivo central do trabalho, foi necessário expor sobre o instituto do incesto e explanar vastamente sobre o abuso sexual.

Vale ressaltar que, como a maioria dos casos de abuso sexual ocorrem entre pessoas da mesma família ou entre pessoas bem próximas, a prova da veracidade e a denúncia desse ato são escassas.

Nesse sentido, é possível observar inúmeros motivos que contribuem para a não ocorrência da denúncia: seja para manter o segredo familiar e proteger um ente querido; seja pela falta de credibilidade na polícia e na justiça; seja por resistência psicológica e emocional, para evitar o doloroso processo penal judicial, que faz a vítima reviver os abusos sofridos; seja pelo alto risco de não haver condenação do abusador pela dificuldade de prova; seja pelo medo de se envolver em complicações, já que a maioria dos abusos ocorrem entre pessoas conhecidas; ou ainda, seja pela falta de percepção de ocorrência do abuso ou pelo atilamento tardio deste, gerando a vergonha por ter permitido essa prática.

Importante acrescentar que, embora o abuso sexual seja difícil de conceituar, por ter ampla abrangência, e de provar, por ocorrer geralmente em locais privados e sem testemunhas, tais fatores não eliminam a extrema necessidade de tipificação penal, pois a omissão legislativa em relação a este ato demonstra conivência.

Dessa forma, é sabido que haverá muitas objeções que dificultarão a prova da ocorrência do abuso sexual, contudo, esse problema não pode ser a justificativa para não haver previsão legal criminalizando tal conduta.

Deveras pertinente realçar que, ainda que não haja previsão específica do delito decorrente da prática de incesto polimorfo, é imprescindível que se crie o crime de abuso sexual e inclua as particularidades que geram o incesto polimorfo como agravante ou causa de aumento de pena, para destacar o quão fétida é essa conduta e não permitir que continue existindo a omissão em relação ao abuso sexual.

REFERÊNCIAS

- BENINI, Maria Carolina Madeira. **Categorias das atuações incestuosas**: funcionamento familiar e psicanálise [Dissertação de Mestrado]. São Paulo, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Programa de Fisiopatologia Experimental, 2012
- COHEN, Cláudio. **Bioética e sexualidade nas relações profissionais**. São Paulo: Associação Paulista de Medicina, 1999.
- COHEN, Cláudio. **O incesto um desejo**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1993.
- COHEN, Cláudio; GOBBETTI, Gisele Joana. Abuso sexual familiar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 1998; v.6, n.24; p. 235-243.
- COHEN, Cláudio; GOBBETTI, Gisele Joana. Bioética e Abuso sexual. **Revista da Associação Médica Brasileira**. 2002; v.48, n.2; p. 99.
- COHEN, Cláudio; GOBBETTI, Gisele Joana. Bioética e incesto polimorfo. In: Garrafa V, Pessini L (Orgs.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Edições Loyola, 2003. p. 517-522.
- DIAS, Maria Berenice. A Justiça e a invisibilidade do incesto. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, IX, n. 30, jun 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1197>. Acesso em 02 mai 2015.
- Entenda a diferença entre abuso e exploração sexual**. 2013. Disponível em: <<http://www.childhood.org.br/entenda-a-diferenca-entre-abuso-e-exploracao-sexual-2>>. Acesso em 22 abr 2015.
- FAIRMAN, Carla Júlia Segre. **Considerações sobre o abuso sexual incestuoso**. Disponível em: <http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=2580>. Acesso em: 25 abr 2015.
- FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006
- GOBBETTI, Gisele Joana. **A função da confiabilidade: bioética e incesto** [tese]. 125p. São Paulo: Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, 2006.
- LIMA, Antônio Carlos de. Por que o incesto não é crime no Brasil?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4574>. Acesso em maio 2015.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **O crime de assédio sexual**. 2014. Disponível em: <<http://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942480/o-crime-de-assedio-sexual>>. Acesso em: 15 abr 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PIETRO, Angela Torma; YUNES, Maria Ângela Mattar. Considerações jurídicas e psicossociais sobre o abuso sexual contra crianças e adolescentes. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4021>. Acesso em 22 abr 2015.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **O reconhecimento da relação incestuosa como entidade familiar**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=0CCUQFjACOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevista_juridica%2Farquivo%2Fedicao_agosto2005%2Fdiscente%2Fdisc_01_pos.doc&ei=x5FfVaDILomk_gwSivoPIDw&usg=AFQjCNE3uZSHouz8fFvkJEVG6GpwCGTjYg&sig2=VQ3xXR6MOlR3Jj38hCWtLw>. Acesso em 22 abr 2015.

SILVA, Mateus Soares da. **Uma breve análise quanto ao novo conceito de família, um avanço ou retrocesso social?**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8426/Uma-breve-analise-quanto-ao-novo-conceito-de-familia-um-avanco-ou-retrocesso-social>>. Acesso em 22 abr 2015.

OS AVANÇOS DA BIOTECNOLOGIA FRENTE AOS DIREITOS DO NASCITURO E O PLANEJAMENTO FAMILIAR RESPONSÁVEL

PAULO GOMES DE LIMA JÚNIOR ¹
FERNANDO CASTAGNA FERREIRA ²

RESUMO

A norma jurídica deve ser estudada a partir da realidade social. A norma deve estar ligada e atender os interesses da sociedade e de seus valores conforme o contexto histórico. Os avanços científicos são tão grandes, a tecnologia avança tanto que o Direito não consegue acompanhar as evoluções científicas e sociais com a mesma velocidade, principalmente em relação aos estudos envolvendo a genética até chegar aos avanços envolvendo a fertilização humana artificial. Para entender os avanços científicos que envolvem o nascituro é fundamental fazer uma análise de como começou a pesquisa e quais foram às principais descobertas envolvendo o início da vida até o nascimento. Para entender esta evolução é necessário fazer uma análise das ciências que estuda o nascituro desde a concepção até o nascimento, motivo este pelo qual é fundamental uma análise da embriologia frente aos direitos dos nascituros. No Brasil a primeira linhagem de célula tronco embrionárias surgiu apenas no ano de 2.008 pela liberação das pesquisas com células tronco embrionárias. Através da lei de Biossegurança, a professora da USP Lygia Veiga Pereira depois de usar 250 embriões excedentes de uma clínica de fertilização dos quais apenas 50 sobreviveram ao processo de descongelamento e desses 50 apenas 30 chegaram ao estágio de blastocisto, ocasionando dessa forma a morte de 220 embriões para aproveitar apenas 30. A grande discussão envolvendo o início da vida na reprodução assistida diz respeito aos avanços da biotecnologia frente a controversa moral, éticas e religiosas, envolvendo o embrião. A fertilização in vitro, surgiu como alternativa para os casais que possuíam algum tipo de infertilidade conseguirem através da ciência terem filhos. O presente trabalho irá analisar as técnicas de reprodução assistida frente ao planejamento familiar e a maternidade e paternidade responsável.

Palavras chaves: Biotecnologia. Direitos do Nascituro. Planejamento Familiar.

INTRODUÇÃO

No Brasil a primeira linhagem de célula tronco embrionárias surgiu apenas no ano de 2.008 pela liberação das pesquisas com células tronco embrionárias. Através da lei de Biossegurança, a professora da USP Lygia Veiga Pereira depois de usar 250 embriões excedentes de uma clínica de fertilização dos quais apenas 50 sobreviveram ao processo de descongelamento e desses 50 apenas 30 chegaram ao estágio de blastocisto, ocasionando dessa forma a morte de 220 embriões para aproveitar apenas 30.

¹ Mestre em direitos da personalidade pela UNICESUMAR. Advogado criminalista, professor dedicação exclusiva e membro do nde da UNIAGES. pgl_junior@hotmail.com. GT: Situações emergentes na bioética

² Especialista em urgência e emergência pela Faculdade Integrada de Jacarepaguá. Coordenador de Estágio Supervisionado e Práticas Educativas de Enfermagem da UNIAGES ferreiracastagna@yahoo.com.br.

Em 2.010 foi aprovado nos Estados Unidos o primeiro teste clínico usando células tronco embrionárias em seres humanos. A técnica esta sendo utilizada por uma empresa de biotecnologia chamada Geron. O estudo teve como objetivo introduzir células tronco neurais em cerca de dez pacientes paraplégicos cujas lesões na coluna vertebral ocorreram duas semanas antes dos testes, segundo a técnica é importante introduzir as células tronco embrionárias antes de começar a cicatrização. Os resultados obtidos visavam aumentar a mobilidade dos pacientes mesmo que isso não resulte na cura da paraplegia.

O debate referente à quando começa a vida humana é aplicado ao embrião e às técnicas de reprodução assistida. A grande discussão envolvendo o inicio da vida na reprodução assistida diz respeito as tecnologias que causaram controversa moral, éticas e religiosas, envolvendo o embrião. A discussão diz respeito à fertilização in vitro, sendo uma alternativa para os casais que possuíam algum tipo de infertilidade conseguir, através da ciência ter filhos. Após a criação de tais embriões este passam por um diagnóstico de pré-implantação com o intuito de escolher qual embrião tem mais chance de resultar em uma gravidez completa. O problema é que os avanços das ciências foram tanto que hoje é possível saber todos os problemas genéticos e características genéticas que o embrião terá quando nascer.

Através do exame surge alguns questionamentos dentre eles? Seria possível deixar de implantar um embrião pelos seus atributos genéticos como cor da pele, cor dos olhos, problemas genéticos como síndrome de down? Estaria a ciências criando mais uma forma de pratica da eugenia? O que fazer com os embriões excedentes? Seria possível utilizá-los em pesquisas científicas como é o caso das pesquisas envolvendo as células tronco embrionárias? Caso não seja permitido utilizá-los nas ciências o que deveria ser feito? Congelá-los? Incinerá-los? Nomear um tutor para os embriões?

A ORIGEM DA VIDA NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

TEORIA CONCEPCIONISTA

A teoria concepcionista defende que a vida deve ser protegida desde a concepção, independente da forma como foi concebida se por meio da fertilização in vitro, se por meio da fertilização in natura. Segundo esta teoria o embrião já deve possuir o direito a vida pelo fato de já possuir cromossomos que o distinguem das demais células do corpo da gestante. Sobre as pesquisas com as células tronco não é possível aceitar matar um embrião para retirar suas células tronco, mesmo que isso resulte em salvar milhares de vida. Frias (2010. p.51-52).

Quanto ao início da vida, segundo os concepcionistas, é aceito que os espermatozoides e óvulos (os gametas masculinos e femininos) não possuam vida humana, já para os recém nascidos todas as teorias aceitam que estes têm direito à vida, dessa forma existe um momento entre estas duas etapas que justificam o direito a vida. É de conhecimento de todos que a gravidez é um ciclo contínuo que o embrião se desenvolve conforme seu código genético. O único momento da gestação que não é contínuo é a fecundação posto que antes disso ainda não exista embrião e muito menos código genético dessa forma é justificável a teoria concepcionista que entende que a vida inicia com a concepção.

Maior exemplo de defesa da teoria concepcionista no Brasil foi a ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 impetrada contra o artigo 5 da lei de Biossegurança. A discussão sobre a inconstitucionalidade gerou debates durante 3 anos e teve participação de diversos ramos do conhecimento através das audiências públicas com especialistas requeridos pelo STF, incluindo cientistas, juristas e religiosos. O artigo 5 da Lei de Biossegurança aponta requisitos para poder utilizar o embrião humano, devendo dar importância ao texto da lei que diz que só é possível a pesquisa com embriões fruto da reprodução in vitro, devendo ser aprovadas pelo comitê de ética em pesquisa, é necessário os consentimentos dos genitores e utilizar apenas embriões excedentes, que tenham sido descartados pelo diagnóstico de pré-implantação. Tais embriões ainda devem respeitar um lapso temporal e estar congelados a mais de três anos.

Após ouvir o parecer de todos os ramos do conhecimento a ação de inconstitucionalidade foi julgada improcedente sendo entendido que o embrião criado com fertilização in vitro não deve ser considerado como uma vida humana e que sua proteção frente ao direito do nascituro só pode começar a contar no momento que o mesmo estiver implantado no útero materno

Segundo o procurador da República Claudio Lemos Fonteles o artigo 5 da Lei de Biossegurança estaria em conflito com o artigo 1 inciso III e o artigo 5 da Constituição Federal. O ilustre procurador ao apresentar a ação indireta de Inconstitucionalidade entende que a vida começa com a concepção, dessa forma o Estado ofende o direito à vida e a dignidade da pessoa humana ao permitir a utilização de embriões humanos em pesquisa científica. Para entender a teoria do procurador é necessário estudar diversos argumentos apresentados pelos médicos que foram chamados nas audiências públicas e ainda os argumentos que completam o entendimento da teoria da concepção Frias (2010 p.56).

ARGUMENTO DA DESCONTINUIDADE

Conforme este argumento a gestação é um processo contínuo preordenado pelo código genético do embrião. O único momento que não é preordenado seria a fertilização posto que apenas nesse momento que o embrião surge e através da junção dos gametas masculino e feminino formam o código genético do embrião. Antes da concepção ainda não existe vida humana sendo, pois, os embriões e óvulos nada mais são do que células do corpo da fêmea e do macho, sendo que após a concepção se tornam um ser único e distinto de todas as demais células possuindo um código genético que garante a continuidade de toda a gestação. Segundo a teoria da concepção a gestação é um processo contínuo e dessa forma devemos recuar até o primeiro processo descontínuo na vida do ser humano, a fertilização, para determinar quando se instaura seu direito a vida.

ARGUMENTO DO PERTENCIMENTO DA ESPÉCIE HUMANA

O argumento referente a pertencer a espécie humana remete aos direitos de igualdade, liberdade e dignidade garantidas pela constituição e conquistada através da declaração Universal dos Direitos Humanos que garantem aos seres humanos o direito da igualdade, da liberdade e da dignidade humana. Nesse sentido vale dizer que o próprio código civil no artigo 4 garante o direito aos nascituros quando resguarda tais direitos ao definir o início da personalidade.

ARGUMENTO DA INDIVIDUALIDADE GENÉTICA

A fertilização inicia com o contato entre um espermatozoide e um óvulo e termina com a combinação dos cromossomos maternos e paternos. Durante a primeira divisão do zigoto Moore (2008 p.28) as principais fases da fertilização são: passagem do espermatozoide através da coroa radiata do óvulo; penetração na zona pelúcita, após a penetração uma reação química impede a entrada de outros espermatozoides; fusão da membrana plasmática do óvulo e do espermatozoide; termino da segunda divisão meiótica do óvulo em seguida os cromossomos do ovulo se descondensam formando o pro núcleo feminino; formação do pro núcleo masculino fazendo surgir a replicação do DNA masculino e feminino durante o crescimento dos pro núcleos; a última etapa é a quebra das membranas pro nucleares, combinação dos cromossomos maternos e paternos, a passagem da haploide à diploide promovendo tanto a transmissão quanto a variação genética. Formando uma célula com características única e um código genético inédito.

ARGUMENTO QUE TODOS JÁ FOMOS UM EMBRIÃO

Esta argumentação diz que a vida por ser um processo contínuo que só termina com a morte, o ser humano está em constante transformação e não é possível retirar uma vida levando em conta apenas o desenvolvimento que ela se encontra. Todas as pessoas adultas para chegarem a fase de adulta teve que passar pela fase de embrião da mesma forma que não é justificável retirar os órgãos de um recém-nascido para salvar vidas não é justificável retirar as células tronco embrionárias do embrião para salvar vidas. A única diferença entre o embrião e um recém-nascido é a fase de desenvolvimento que ele se encontra. Dessa forma toda pessoa adulta já foi um embrião.

ARGUMENTO DA POTENCIALIDADE

Conforme a teoria da potencialidade o embrião deve ter direito a vida por ser uma pessoa em potencial. Mas o que seria ser uma pessoa em potencial? Para os defensores da teoria da potencialidade a pessoa já existe como embrião restando a ela apenas se desenvolver. O problema dessa teoria esta no fato de saber quando o embrião se tornou uma pessoa e com base em que argumentos são possíveis afirmar que o embrião é uma pessoa sendo que segundo a teoria natalista para ser considerado uma pessoa é necessário ser autônomo, racional e autoconsciente Frias (2010 p.83).

Para melhor compreender está teoria é necessário distinguir pessoa de embrião posto que o embrião não deve ser considerado para os defensores do argumento da potencialidade uma pessoa. Dessa forma, matar o embrião não seria o mesmo que matar uma pessoa e sim matar um ser que tem potencial para se tornar uma pessoa. Se pessoa tem direito a vida então um ser que em condições normais se desenvolveria em uma pessoa também deve ter direito a vida. A potencialidade deve ser dividida em duas categorias as intrínsecas, que dependem apenas de si mesmo para se desenvolver; as extrínsecas, que dependem de fatores do ambiente externo para se desenvolver.

A teoria da potencialidade leva em conta apenas a categoria intrínseca exceção no caso da fertilização in vitro. Dessa forma só seria possível considerar potencialidade o embrião, já o óvulo e os gametas não teriam potencialidade, pois precisam um do outro para se desenvolver. Já o embrião possui tudo que necessita para seu desenvolvimento.

ARGUMENTO DO FUTURO DE VALOR

Esta teoria considera que é errado matar um embrião, pois isto frustraria o futuro que este embrião poderia ter. O embrião desde a sua fecundação terá um futuro e ao mata-lo impedirá que este embrião se torne uma pessoa da mesma forma que é errado matar uma criança por impedir que ela se torne um adulto Frias (2010 p.101). Esta teoria é muito utilizada quando morre um jovem que dizem que ele teria um futuro brilhante pela frente, ao matar um embrião você também está lhe tirando um futuro brilhante o futuro de se tornar uma criança, um jovem e um adulto brilhante. Segundo a teoria do futuro de valor não existe razão, para se diferenciar os estágios de desenvolvimento humano, dessa forma-se é errado matar uma criança é errado matar um feto, posto que o feto e o embrião nada mais são do que uma etapa de desenvolvimento do recém-nascido e futuramente do adulto, possuindo esta as mesmas características genéticas do embrião.

ARGUMENTO DO VALOR INTRÍNSECO

O valor intrínseco seria o valor que a vida tem em si independente do grau de desenvolvimento. Os defensores dessa teoria não dizem que o embrião possui direitos ou interesses tanto que os concepcionistas que defendem esta teoria até aceitam o aborto em casos de estupros ou em caso de anencéfalos. O que eles defendem é que a decisão deve levar em consideração sempre o respeito pela vida humana. O valor intrínseco da vida humana não depende de direitos ou interesses individuais e, sim, como um valor social. Através dessa teoria é impossível aceitar a eutanásia e o induzimento ao suicídio posto que a vida humana possui um valor intrínseco Frias (2010 p.111). Dessa forma o valor da vida humana deve ser dividido em três valores distintos o valor pessoal que cada um tem do por que sua vida é importante; o valor instrumental que é o porquê a sua vida é importante para a sociedade; o valor intrínseco, que é o valor da vida humana pelo simples fato de ela existir, seria o valor por pertencer a espécie e a evolução da espécie humana, pois vários foram os fatores naturais, geográficos e humanos que se desenvolveram para ter o ser humano como conhecemos hoje.

TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A questão da infertilidade sempre teve grande importância para o homem. Os casamentos e união estável não se resumem apenas em gerar um filho. O avanço da medicina foi tanto que é possível gerar um filho sem necessariamente ser um casal, bastando à mulher usar as

técnicas da reprodução assistida, sendo preciso apenas o espermatozoides masculino que pode ser adquirido em diversas clínicas e bancos de sêmen.

As técnicas de reprodução assistida trazem à sociedade grandes problemas éticos que o ordenamento jurídico ainda não está preparado para oferecer soluções adequadas. As evoluções no campo da procriação humana podem resultar na maior revolução que o direito sofreu até hoje, pois vários institutos jurídicos como a paternidade, a maternidade e a personalidade são modificados criando uma nova concepção de família Pussi (2008 p.318).

No Brasil as práticas da biomedicina na área de reprodução humana são resolvidos analisando cada caso, buscando as regras éticas, seguindo o conselho de medicina e das soluções de jurisprudências, sendo necessárias dessa forma normas jurídicas que possam dar um melhor amparo para o magistrado decidir visando o melhor para a sociedade de maneira geral e não apenas causídico. São impossíveis disciplinar todas as novas técnicas de reprodução, devendo sempre conciliar o progresso científico com a ética e, principalmente, com a dignidade humana. A melhor maneira de ter uma opinião formada e apresentar mudanças necessárias no ordenamento jurídico é fazendo um estudo sobre as técnicas de reprodução humana existentes nos dias atuais e quais problemas elas podem significar para ética e para o direito como garantidos da vida e da dignidade de todos os seres da sociedade.

A reprodução assistida seria um conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, buscando combater a infertilidade fazendo surgir uma nova vida humana. Savin (1990 p.237).

INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA

É importante falar sobre a inseminação artificial quanto à origem do material biológico, dessa forma a ciência distingue a inseminação como sendo homóloga e heteróloga. Na inseminação homóloga os espermatozoides utilizados são do próprio marido e essa técnica é utilizada quando o casal não consegue ter filhos ou por que os espermatozoides não têm mobilidade suficiente para chegar ao útero, mas o marido produz espermatozoides. A inseminação homóloga busca dar condições ao casal de procriar e manter a família, sendo dessa forma utilizados os avanços das ciências com o intuito de garantir direitos de ter uma família a casais que não podiam ter filhos Chinalato (2004 p.47).

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Na inseminação artificial heteróloga o material biológico utilizada não é proveniente de um casal, ou seja, é o caso do espermatozoide que fecunda o óvulo ser de uma terceira pessoa, porque o marido é estéril ou, no caso comum hoje em dia, da mulher querer ser mãe solteira, ou nas novas hipóteses de casal de homossexuais que querem constituir uma família Lobo (2009 p.203).

TRANSFERÊNCIA DE GAMETAS

Nessa técnica os óvulos maduros são aspirados do ovário poucas horas antes da ovulação, para ser re introduzido, junto com os espermatozoides preparados, no interior do aparelho genital feminino. Existem diferentes técnicas conforme onde os óvulos fecundados são depositados Adorno (1997 p.28-30).

FECUNDAÇÃO IN VITRO (FECUNDAÇÃO PASSIVA)

É a técnica de reprodução assistida mais conhecida, foi através desta técnica que nasceu o chamado primeiro bebê de proveta na Inglaterra no ano de 1978. Foi através dessa técnica que no ano de 1984 nasceu Ana Paula Caldeira a primeira recém nascida através da técnica de reprodução assistida no Brasil e na América Latina. Através desta técnica são feitos estímulos hormonais nos ovários, os óvulos maduros são extraídos e colocados com os espermatozoides em meios especiais e condições adequadas de incubação para produzir a fertilização. Os embriões fecundados são transferidos para dentro do útero após 48 horas aproximadamente. Esta técnica teve início para a solução de problemas das mulheres com trompas obstruídas, mas o sucesso da técnica e a divulgação foram tanta que hoje é aplicada também em casos de endometrioses, infertilidade masculina e esterilidade sem causa aparente. O percentual de êxito, em término do procedimento com o filho nascido é de aproximadamente 15% por ciclos iniciados Adorno (1997 p.30).

ÚTERO ARTIFICIAL

As pesquisas atuais envolvendo a fertilização estudam a técnica de útero artificial, tendo esta técnica o intuito de substituir as atuais incubadoras. O útero artificial seria uma nova opção para os casos de útero de substituição ou as chamadas “barriga de aluguel”. Os casais

homoafetivos poderiam utilizar a técnica para gerar filhos sem precisar de uma mulher que não faça parte do relacionamento. Sobre os casais homoafetivos seria fácil superar as discussões porque hoje é possível um casal gerar um embrião com os gametas ou de um dos 2 homens da relação e um óvulo doado ou de um óvulo de uma das 2 mulheres da relação e um espermatozoide e utilizar o útero de um parente (como no caso ocorrido em Pernambuco com a menina Maria Tereza filha legítima de Mailton e Wilson Alves Albuquerque).

No livro *Útero artificial* o médico e biólogo Henri Atlan (2006) mostra de maneira bem clara os procedimentos científicos relativos à criação de um útero artificial. O objetivo do biólogo é criar condições para o embrião se desenvolver fora do útero materno, a partir da fecundação *in vitro*, até o nascimento. O mais interessante no livro é a diferenciação entre a técnica de útero artificial e a clonagem e os aspectos éticos envolvendo a procriação biológica e os vínculos de afinidade da técnica que resultaria em uma criança que não teria pais biológicos e sim pais afetivos. No mesmo sentido do livro escrito pelo biólogo, o hospital Clínico Universitário de Salamanca desenvolveu um projeto de jovens pesquisadores de diferentes áreas da Universidade de Salamanca que pretende criar o “útero artificial” projeto apresentado nas Jornadas de Pesquisa em Pediatria em conjunto com os responsáveis da Unidade de Neonatologia. Os jovens que formam o grupo, Almudena Navarro, Francisca Martín, Jesús Gómez, Juan Bermejo e Abel Molina, estão em contato com Félix Lorente, diretor do Departamento de Obstetrícia, Ginecologia y Pediatria da Universidade de Salamanca e presidente da Sociedade de Pediatria de Astúrias, Cantábria e Castilla y León.

CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS

As células tronco podem ser divididas em dois grupos: as células tronco adultas e as células tronco embrionárias. As células tronco embrionárias são encontradas nos seres multicelulares e se caracterizam pela sua capacidade de se transformar em várias outras células do corpo. As células tronco embrionárias são encontradas na massa celular interna do embrião os chamados epiblasto e possui a função de formar o futuro embrião. As células tronco adultas ou somáticas são encontradas nos tecidos celulares adultos, inclusive no cordão umbilical. Possuem a função de repor as células especiais e manter os órgãos regenerativos, tais como o sangue, a pele e os tecidos intestinais Mota (2005 p.126-132).

Desde os anos de 2007 estão sendo apresentadas técnicas de criação de células tronco pluripotentes induzidas. Através dessa técnica é possível reprogramar células adultas para se tornarem células pluripotentes. No dia 7 de setembro de 2011 pesquisadores do Instituto

Scripps Research (TSRI), nos Estados Unidos, reprogramaram pela primeira vez células adultas de animais ameaçados de extinção para o estágio de células-tronco embrionárias. O experimento, realizado com o rinoceronte-branco do norte (*Ceratotherium simum cottoni*) e o macaco africano dril (*Mandrillus leucophaeus*), facilita a obtenção e a produção de culturas de células-tronco capazes de auxiliar na reprodução assistida e terapias Nascente(2011).

O Brasil também está investindo em pesquisas com células tronco adultas. A biofísica Eliana Abdelhay, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, liderou uma equipe que conseguiu obter hemácias, leucócitos e plaquetas a partir de células-tronco de embriões de camundongo. Produziu, a rigor, sangue artificial. O próximo passo é trabalhar com células-tronco humanas, retiradas do cordão umbilical e fazer com que elas também se diferenciem, de modo a evoluir para qualquer tipo de tecido, inclusive o sanguíneo. A pesquisa com células tronco pluripotentes induzidas pode eliminar a necessidade de utilizar as células tronco embrionárias.

As pesquisas com células tronco possuem o objetivo de identificar os mecanismos que governam a transformação celular e, desenvolver maneiras artificiais de transformá-las nos tipos celulares necessários para tratar doenças como o câncer, defeitos congênitos e lesões. A célula tronco embrionária teria a função de substituir a técnica de transplantes de órgão tendo em vista a escassez de órgãos para transplantes e o grande índice de rejeição dos pacientes. Através das células tronco embrionárias haveria um conjunto inesgotável de tecido de reposição para uma serie de problemas de saúde desde queimaduras e lesões na coluna até diabetes e mal de Parkinson, Frias (2010 p.43).

As células tronco adultas também seria uma opção para as doações de órgão posto que permite realizar transplantes autogênicos, ou seja, células do próprio paciente, por intermédio da transferência de núcleo de células somáticas. O transplante de medula óssea utilizado a mais de 40 anos é o único tratamento com células tronco adultas já aceito. O transplante consiste no transplante de células tronco hematopoiéticas da medula óssea, responsáveis pela formação do sangue.

MANIPULAÇÃO DE EMBRIÃO HUMANO

As manipulações genéticas são as intervenções realizada na herança do material genético e também as intervenções realizadas no controle dos embriões humanos. A manipulação genética consiste na alteração do patrimônio genético do embrião mediante a atuação nas células germinativas, violando o direito de todo ser humano de proteção à integridade do patrimônio genético desde a concepção. É necessário ter limites na paternidade dentre os

quais encontram-se precisamente a proibição de modificar o patrimônio genético do conceito, salvo se estas modificações forem exclusivamente terapêuticas através das modificações de genes afetados por má formações e enfermidades genéticas Sambrizzi (2001 p.150-151).

Toda investigação científica e toda ciência devem ser utilizadas para servir a dignidade e a integridade do homem. Nem toda atividade científica deve ser protegida pelo direito e eticamente aceita pela sociedade Adorno (1997 p.131). É necessário estabelecer a nível internacional algum tipo de controle jurídico sobre as investigações e realizações no campo das ciências. Sambrizzi (2001 p.145).

DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO

O diagnóstico genético pré-implantatário (DGP) surgiu através da reprodução assistida com o intuito de estudar a genética dos embriões a serem transferidos para o útero, ou seja, como o nome diz antes da implantação dos embriões. As alterações cromossômicas são responsáveis por 2,5% da mortalidade infantil e mais de 50% dos abortos espontâneos no primeiro semestre de gravidez. O DGP se desenvolveu graças aos avanços da técnica de reprodução humana assistida, mais precisamente da reprodução in vitro (FIV) do desenvolvimento das técnicas de biologia molecular com reação em cadeia polimerase (PCR) e das hibridações in situ fluorescentes (FISH) que permitiram detectar anomalias gênicas e cromossômicas em uma única célula Nunues (1996 p. 183).

TÉCNICAS DE BIOLOGIA MOLECULAR COM REAÇÃO EM CADEIA POLIMERASE (PCR)

Consiste na amplificação de uma cadeia concreta de DNA (ácido desoxirribonucléico), permite obter um número elevado de cópias desta sequência, possibilitando sua detecção mediante eletrofose.

HIBRIDAÇÃO IN SITU FLUORESCENTES (FISH)

A técnica FISH utiliza sondas de DNA marcadas com heptenos fluorescentes que hibridam especificamente com determinadas sequências de cada cromossoma. Permitindo enumerar as cópias de cada cromossoma presente em um blastômero.

Na fertilização in vitro (FIV) obtém vários embriões, que se analisa um ou duas células ou blastomeras em seu terceiro dia de desenvolvimento embrionário (fase de 6 a 8 células) obtidas mediante biopsia. Os blastômeros biopsiados são fixados em porta objetos e procede

ao estudo cromossômico dos núcleos interfásicos mediante FISH, que permite a transferência dos embriões considerados sadios. Exemplo desse caso são os diagnósticos clínicos para evitar a transmissão da hemofilia Rubio (2003 p.398).

MANIPULAÇÃO DOS EMBRIÕES PARA PRODUZIR SERES PERFEITOS

A manipulação genética com o intuito de produzir seres perfeitos deve ser vista como se fosse uma eugenia, tendo em vista que seria uma forma dos especialistas selecionarem a espécie humana. Por mais tentador que seja, aos especialistas, a técnica de manipulação genética, deve ser feita apenas com fins terapêuticos e com a finalidade de curar patologia genética no embrião garantindo ao embrião um desenvolvimento saudável, proporcionando uma vida melhor a todos os seres humanos.

A manipulação com o intuito de seleção de espécies seria uma forma de selecionar a raça humana através de aptidões físicas e psicológicas, fazendo surgir apenas seres humanos com alturas ideais, cor dos olhos, raça, cor dos cabelos, grau de inteligência avançado e qualquer outra característica que viole o valor fundamental da dignidade da pessoa humana Sambrizzi (2001 p.157).

MANIPULAÇÃO PARA SELEÇÃO DE SEXO

Com o intuito de proteger a identidade genética de cada indivíduo, a maior parte das legislações proíbem a seleção do sexo dos embriões sendo possível apenas a seleção quando o embrião possuir uma doença hereditária ligado ao sexo Rubio (2004 p.399-400).

BEBÊ MEDICAMENTO

A manipulação genética também pode ser utilizada com o intuito de salvar uma vida, vida esta distinta da vida que está para nascer. Nesse caso é feita a seleção de embrião com o intuito de produzir um embrião que tenha todas as características e genes selecionados para salvar a vida de um enfermo, como no caso de um “bebê medicamento”. No caso do bebê medicamento os pais recorrem a fertilização in vitro através da manipulação genética para produzir um embrião que terá os genes para salvar a vida de um ente querido, normalmente outro filho. Isso ocorre por que as células tronco embrionárias possuem características que podem se transformar em diversos órgãos do corpo humano. O problema, além da pesquisa, com as células tronco embrionárias, se dá no caso dos embriões que serão descartados para

conseguir chegar ao embrião com todas as características selecionadas na manipulação genética. Sambrizzi (2001 p.161) O descarte dos embriões, que acarretaria em morte possui o intuito de selecionar embriões para gerar uma nova criança sem as enfermidades do ente querido.

BARRIGA DE ALUGUEL (MÃE DE SUBSTITUIÇÃO)

Os casos conhecidos como barrigas de aluguel ocorrem quando existe a impossibilidade física e a mulher recorre a outra mulher que carregue seu embrião. Nesse caso o óvulo fecundado é do casal e a barriga de aluguel tem o embrião já concebido implantado em seu útero. Esta técnica possui grandes problemas éticos e jurídicos, posto que, segundo o direito a mãe biológica seria quem gerou o embrião, através dos princípios do planejamento familiar e da paternidade e maternidade responsável esta criança na busca do melhor interesse da criança, esta já pode ser considerada como pertencente à família que a planejou Veloso (1997 p.155).

A mulher ao aceitar ser barriga de aluguel estaria dispondo de seu útero. Conforme a autora Marta Ferdinandi (2001 p.6) no que tange à prática de mães de substituição, ou “barriga de aluguel”, tais conjecturas ferem o princípio da dignidade humana, por representarem a comercialização da vida. A técnica da barriga de aluguel normalmente é praticada visando um pagamento pecuniário o que passa a representar o comercio de parte do corpo da gestante e, mais ainda, comercio envolvendo a vida do embrião é algo que fere a dignidade humana. Diferente seria no caso de barriga de aluguel de familiar, sem prestação pecuniária, onde parente próximo disponibiliza seu corpo para que o concebido possa se desenvolver até o nascimento, possível para fins terapêuticos ou para transplantes em parentes consanguíneos até o 4º grau. Deve ser observado que nesse caso não existe comercio e a prática é feita buscando o desenvolvimento familiar.

A prática de barriga de aluguel mediante pagamento é um contrato que não pode ser aceito no direito brasileiro posto que, contrato sobre a vida e qualquer contrato sobre bem indisponível deve ser considerado nulo. Além de o contrato ser ilegal é um contrato imoral porque não é possível transformar o nascimento de um filho numa prestação de serviço Krell (2007 p.197). O problema dessa afirmação se dá nas práticas de reprodução assistidas como a fertilização in vitro ser feita mediante contrato e possui um valor pecuniário. Nesse contrato você não esta contratando sobre a vida do embrião e, sim, dando condições para o surgimento do embrião, quando o contrato é formulado não possui nenhuma vida e a técnica de reprodução assistida nada mais faz do que dar condições para que esta fecundação ocorra. Assim, depois de feita a fecundação e implantação no útero, termina o contrato

e segundo a lei de biossegurança só tem início a vida quando o embrião é implantado no útero materno, ou seja, no seu ventre, dessa modo até a fertilização in vitro não seria um contrato que envolve uma vida.

EMBRIÕES EXCEDENTES

Uma das consequências práticas das técnicas de reprodução assistida são os chamados embriões excedentes, os embriões que são congelados, para sua posterior utilização. Através das técnicas de congelamento dos embriões a ciência visa garantir a continuidade da vida dos embriões. O problema da técnica de congelamento é que no mínimo 20% dos embriões não resistem ao congelamento e morrem, dos que sobrevivem 50% perdem sua viabilidade porque a técnica de congelamento é tóxica para os embriões e provocam danos aos blastócitos Adorno (1997 p.170).

A lei brasileira estabelece um prazo de três anos de congelamento para que os embriões sejam reutilizados e após este período, caso os pais deem consentimento serão utilizados para pesquisas com células tronco embrionárias. O problema do lapso temporal está no fato de que alguns embriões congelados continuam sendo viáveis para a reprodução. O problema é que fica o questionamento: o que fazer com os embriões excedentes? Várias são as teorias do que fazer com o embriões excedentes alguns defendem o congelamento e, após o prazo de 3 anos, sua destruição ou utilização em pesquisas com células tronco embrionárias; outros que seria possível sua comercialização. Existe, ainda, a teoria que seria possível a sua doação.

DESTRUIÇÃO DOS EMBRIÕES CONGELADOS

A destruição dos embriões congelados é um assunto que envolve vários aspectos do conhecimento humano. A religião não aceita tal prática, pelo fato de estar destruindo uma vida humana. A moral e o direito resguardam a proteção à vida humana e aos direitos do nascituro, dessa forma o tema causa perplexidade a todos se tornando algo de repudia na sociedade Semião (2000 p.175). Os embriões congelados continuam sendo considerados pessoas independente do estado que se encontre uma vez que a vida começa com a fertilização. O congelamento do embrião é uma ofensa a dignidade e a integridade física do embrião porque no momento que o embrião possui vida ele ainda continua sendo considerado uma vida humana. Dessa forma nenhuma vida humana pode ser destruída.

As técnicas de congelamento não matam todos os embriões congelados. Por mais que a maior parte perde a sua viabilidade ainda é possível conseguir dar continuidade a gestação e

maior exemplo é na técnica de inseminação pós morte. Exemplo de que o embrião continua sendo uma vida mesmo congelado, e, pertencente a família, é o fato de após três anos só ser possível a sua utilização em pesquisas com a autorização dos pais.

A COMERCIALIZAÇÃO DE EMBRIÕES

Nos Estados Unidos é utilizada a técnica de comercialização dos embriões congelados como uma solução para as clínicas de inseminação e para os casais inférteis com pouco dinheiro (Semião 2000 p.180). No Brasil seria impossível e ilícito a prática de tal técnica, porque o parágrafo 4 do artigo 199 da Constituição Federal veda todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos, sangue e substâncias humanas e, também conforme o artigo 200 do Sistema Único de Saúde que trata do controle e fiscalização. A principal causa da polêmica envolvendo a comercialização de embriões ocorre devido a indústria cosmética, pois, as células tronco embrionárias podem se transformar em qualquer célula do corpo e, dessa forma, seria altamente lucrativo a comercialização e produção de cremes antienvelhecimento entre outros que poderiam ser utilizados pela indústria cosmética e de medicamentos.

A ADOÇÃO DE EMBRIÕES

Uma solução para o conflito, uma vez que não é permitida a comercialização de embriões seria a adoção. Considerando o embrião uma vida humana o termo correto é adoção de embriões e não doação. O que é de extrema importância é que conforme citado o artigo 199 da constituição federal garante o direito à doação de partes do corpo não teria nenhuma teoria que não aceitaria a doação de embriões. Os concepcionistas deveriam entender como uma adoção e os natalistas como uma doação, devendo ser fiscalizado pelo Sistema Único de Saúde e pelo conselho tutelar, pois, a gravidez irá resultar em uma criança protegida pelo Estatuto da Criança e Adolescente.

PROTEÇÃO JUDICIAL DOS EMBRIÕES HUMANOS NA FIGURA DE UM TUTOR

A solução apresentada pelo ilustre professor doutor Ricardo D. Rabinovich-Berckman (2006, p.15-36) é da propositura da ação judicial pedindo a intervenção do ministério de menores em defesa dos embriões congelados e ovócitos pronucleados para que não tivessem outro destino a não ser a introdução no útero materno. O juiz civil da Cidade de Buenos Aires nomeou um tutor especial para todos os embriões e ovócitos, mais de trinta mil só na cidade de

Buenos Aires. A técnica não deu certo uma vez que as clínicas se negaram a cumprir a ordem judicial, sequer informou quantos embriões haviam congelados e teve o tutor que arcar com diversas despesas para conseguir tais informações, todas infrutíferas, que resultaram no ilustre doutor Ricardo sendo obrigado a desistir da tarefa a ele imputada. A solução do problema segundo o autor seria doar os embriões congelados à mulheres que querem ter filhos através da técnica de reprodução assistida e elaborou um projeto de lei com o intuito de proibir a técnica de congelar os embriões excedentes, tendo os mesmos que serem doados. Dentre as diversas alternativas adotadas apresentadas pelo autor, Berckman, parece ser a melhor opção devendo ainda ser acrescentando que cabe ao Sistema Único de Saúde disponibilizar a população menos favorecida e que possuem a intenção de ter uma família que faça a reprodução assistida com verbas publicas através do Sistema Único de Saúde (as técnicas de reprodução assistida são garantidas pelo SUS através da Portaria nº 426/GM de 22/03/2005) utilizando dessa forma todos os embriões congelados viáveis e os embriões excedentes.

PLANEJAMENTO FAMILIAR

A CF de 1988, no § 7º do seu art. 226, consagrou o direito ao planejamento familiar, o referido artigo trouxe a possibilidade do planejamento familiar através do principio da dignidade da pessoa humana, buscando o melhor para o desenvolvimento da criança, sendo responsabilidade dos pais assegurarem o desenvolvimento da personalidade dos seus filhos e tendo a paternidade responsável reflexos durante toda a vida dos seus filhos.

A família possuía a responsabilidade de exercer uma paternidade responsável a fim de proporcionar o direito à vida, a saúde, educação, alimentação lazer, cultura e dignidade além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração e violência, conforme o artigo 227 da Constituição Federal. Dessa forma com respeito ao princípio da dignidade do nascituro e da igualdade entre os filhos é dever dos pais exercer a paternidade responsável tanto aos filhos já nascidos quanto aos filhos concebidos que necessitam de prestação alimentar e de cuidados com a gravidez para ter um desenvolvimento completo e saudável, garantindo assim a dignidade da vida do nascituro.

O planejamento familiar de responsabilidade do Estado é deve promover a dignidade no ceio familiar, através de politicas públicas e educativas, além do dever de garantir o desenvolvimento saudável do nascituro através de condição de infraestrutura adequada, médicos e hospitais disponíveis para atender com o sistema único de saúde, exames periódicos para acompanhar o desenvolvimento do nascituro, a gestante e o pai (ou suposto pai) também

tem o dever de garantir um desenvolvimento saudável ao nascituro através da paternidade e maternidade responsável e um adequado planejamento familiar.

Para o direito moderno a prole eventual seria os filhos comuns no casamento dissolvido pela morte do cônjuge, poderia falar que nos dias atuais tal direito protegeria o filho planejado pelos cônjuges através do planejamento familiar e da paternidade responsável, mas que não gerou uma gravidez. Maior exemplo quando o pai deixa seu espermatozoides congelado e a viúva, tendo em vista a vontade de ambos ter um, filho fecunda seu óvulo concebendo um filho do falecido este terá direito a sucessão tendo em vista o planejamento familiar provado pelo fato de ter o homem congelado seu esperma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços científicos devem ser feitos com ética buscando sempre garantir uma vida digna a todos os seres humanos. As ciências também devem ter seus limites devendo sempre agir com ética e respeitando o ordenamento jurídico existente em cada Estado e nunca ir contra a raça humana, sendo, ainda vedado qualquer experiência com vida humana. As técnicas de reprodução assistida só foram permitidas no Brasil, porque objetivava garantir direitos à filiação desses casais estéreis, desde que estes respeitassem o planejamento familiar e a paternidade responsável.

A manipulação genética através da seleção do embrião humano leva a conclusão que o embrião deve ser protegido pelo seu valor intrínseco, não sendo possível considerá-lo como um objeto mercantil de acordo com a vontade dos pais, transformando a reprodução humana em uma mercadoria. O avanço do diagnóstico genético pré-implantatório (DGP) foi tanto que nos dias atuais já é possível saber toda a característica genética do embrião, sendo possível assim realizar as chamadas mutações genéticas tanto com fins terapêuticos quanto para satisfazer as vontades dos pais, criando os chamados “seres perfeitos”. O diagnóstico pré-implantatório surgiu com o intuito de selecionar os embriões mais viáveis para a fertilização e não para permitir a manipulação genética. O problema de liberar procedimentos realizados pelas novas ciências se dá no fato dos cientistas não agirem com ética e progredir por linhas distintas das autorizadas no ordenamento jurídico. Não é possível autorizar a manipulação genética porque seria caminho para um novo processo de eugenia.

A prática de inseminação artificial em homossexual, ou seja, no casal de lésbicas onde umas das mulheres utilizam do método para ser mãe através de banco de esperma causa grande impacto na sociedade e já foi alvo de críticas por puro preconceito de pessoas da sociedade

por entenderem que um casal não possui condição de criar um filho pelo fato da sua opção sexual ser diferente dos demais. O planejamento familiar, o melhor interesse da criança e a paternidade responsável desse casal em nada diferem dos demais casais dessa forma não é possível negar direito a prática da reprodução assistida pela orientação sexual da pessoa ser diferente dos demais. Todos têm o direito de constituir uma família independente de quem seja ou a opção sexual que possua.

A hipótese de a barriga de aluguel causa grande confronto ético e jurídico no momento que a mãe “biológica” nega a entregar a criança aos pais que conceberam o embrião. Nesse sentido o Magistrado o dever de decidir com quem ficará a criança. Esta técnica possui grandes problemas éticos e jurídicos, posto que, segundo o direito a mãe biológica seria quem gerou o embrião, mas conforme novas jurisprudências, através dos princípios do planejamento familiar e da paternidade e maternidade responsável esta criança na busca do melhor interesse da criança, esta já pode ser considerada como pertencente à família que a planejou

A Bioética cada vez mais tem que se preocupar com os avanços das ciências, pois, por falta de ética, alguns cientistas se consideram verdadeiros deuses. A manipulação genética seria uma afronta à vida e à dignidade dos seres humanos, da mesma forma que hoje é necessário uma grande discussão envolvendo as pesquisas com os úteros. A técnica de útero substitutivo às chamadas barrigas de aluguel foram permitidas no ordenamento jurídico até o 4º grau de parentesco e desde que não seja de forma pecuniária. Após as técnicas de útero substitutivo hoje se fala em úteros artificiais que seriam uma forma de incubadora possibilitando uma gestação sem a presença da genitora. Novamente deve a Bioética se preocupar, pois da mesma forma que o avanço pode trazer benefícios como no caso de má formação e gravidez com nascimento precoce, pode estar abrindo caminho para a técnica de clonagem humana feita em laboratório.

A bioética deve em conjunto com ordenamento jurídico proteger a vida e a dignidade da raça humana, impondo limites aos avanços científicos, possibilitando formas dignas de salvar uma vida sem prejudicar outra como no caso dos chamados bebê medicamentos, autorizando apenas que o recém nascido tenha o seu cordão umbilical e, não aceitando que o nascituro ou o recém nascido seja feito de medicamento para salvar outra vida. O bebe medicamento seria o mesmo que a célula tronco embrionária com a diferença que ao utilizar a célula tronco embrionária esta célula e o nascituro deixarão de existir, e o bebe medicamento deixara de ter algum órgão, ou seja, terá sua integridade física ofendida.

O nascituro deve ser considerado como um ser vivo e ter seu direitos da personalidade e dignidade garantidos no ordenamento jurídico, tais proteções fazem com que o nascituro

seja sujeito de direitos, independente de sua capacidade, possuem garantias individuais constitucionais e proteção à vida com pena aplicada a quem ofende sua vida ou integridade física. A dignidade da pessoa humana como princípio supremo do ordenamento jurídico, deve garantir uma vida digna a todos seres humanos independente de seu grau de desenvolvimento. Assim considerar o início da vida através da teoria natalista é uma ofensa à dignidade do nascituro e de toda a espécie humana, uma vez que a vida deve ser vista através de uma análise sistemática desde a sua fecundação até a sua morte.

REFERÊNCIAS

ANDORNO Roberto L.; RONCHIETTO Catalina E. Arias de; CHIESA Pedro J.M; MARTINEZ Antonio R. **El derecho frente a La procreación artificial**. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma Buenos Aires.

ATLAN, Henri **O útero artificial**, Rio de Janeiro. Editora Fiocruz. 2006.

BERCKMAN, Ricardo D. Rabinovich **A Tutela dos Embriões Humanos: A experiência Argentina (historias de um fracasso)** Revista Jurídica Cesumar, v.6, n.1, p.15-36, 2006.

BRASIL. Lei Federal nº. 11.105 de 24 de março de 2005. **Lei de Biossegurança**. Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1.997.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil 1998**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CHINALATO, Silmara Juny. **Comentário ao Código Civil: do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA **Resolução nº 1.358/92** do Conselho Federal de Medicina IV - Doação de gametas ou pré-embriões. 1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

FERDINANDI Marta Beatriz T.; CASSALI Nely Lopes **A Personalidade do Embrião e do Nascituro e as implicações jurídicas da reprodução humana assistida no Direito Brasileiro** Revista Científica Mestrado Cesumar 2011.

FRIAS, Lincon **A Ética do uso e da Seleção de Embriões**, Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Minas Gerais, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Filosofia. Belo Horizonte, 2.010.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil. Princípios éticos e jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2007.

LOBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva 2009.

MOTA, A. C. A, Soares M. B. P., Santos R. R.. **Uso de terapia regenerativa com células-tronco da medula óssea em doenças cardiovasculares: perspectiva do hematologista.** Rev Bras hematol hemoter 2005.

NASCENTE, Celina Cientistas usam células-tronco para tentar salvar espécies em extinção Revista Veja 7 de Setembro de 2011.

NUNES, Rui. **O Diagnóstico Pré-implantatório** in Bioética (coordenadores: Luís Archer, Jorge Biscaia e Walter Osswald), Lisboa: Verbo, 1996.

PROJETO GHENTE. “**Mulher tem bebê fruto de embrião congelado há 13 anos**”. Disponível em: <<http://www.ghente.org>>. Acesso em 03 de novembro 2006. Fonte: Globo Online

PUSSI, Willian Artur. **Personalidade Jurídica do nascituro.** 2^o edição. Curitiba: Editora Juruá. 2008

RUBIO, Carmen; MARTIN, Julio; RODRIGO, Lorena; MATEU, Emilia **Diagnostico Genético Pré-implantatório: A visão do Embriólogo.** Artigo publicado no livro REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA/ editores Bruno Brum Scheffer... (ET AL.) São Paulo: Editora Atheneus,2003. P.398.

SAMBRIZZI, Eduardo A. **La procreación asistida y La manipulación Del embrión Humano.** Editora Abeledo-Perrot Buenos Aires.

SAVIN, Glauca. **In Revista dos Tribunais**, RT 659, setembro de 1990.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, Juízo de direito da 1^a vara de família e registro civil da comarca do Recife MariaTereza Maílton Alves Albuquerque e Wilson Alves Albuquerque <http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/arquivos/2012_03_05_sentenca_dupla_paternidade.pdf>.

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS EM EXAME: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DE QUARTA DIMENSÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JOSIANE PEDRUZZI ¹

NATHALIA DOS SANTOS FEU ²

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL ³

RESUMO

O presente está assentado em examinar a proeminência da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos como documento legitimador da quarta dimensão dos direitos humanos, tal como o seu reflexo na construção pretoriana do Supremo Tribunal Federal. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente. Nesta perspectiva evolucionista, há que se reconhecer, sobretudo a partir dos paradigmáticos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, que, no contexto nacional, a bioética foi elevada ao *status* de direito humano de quarta dimensão, inaugurando um novo debate, voltado para discussão de temas que reclamam a tutela jurídica e uma interpretação alargada da tradicional conformação das dimensões dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direitos de Quarta Dimensão. Bioética.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário São Camilo-ES. E-mail: josiane8pedruzzi@hotmail.com

² Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário São Camilo-ES. E-mail: nathaliafeu@hotmail.com

³ Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Em um primeiro momento, imperioso faz-se versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. “A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade” (SIQUEIRA, PICCIRILLO, 2009, s.p.). Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. “O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”, como bem afixa Alexandre de Moraes (2011, p. 06).

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, “pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”, consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo (2009, s.p.). Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens, cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida” (MORAES, 2011, p. 06).

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos” (MORAES, 2011, p. 06), tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato (2003, p. 71-72). A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito, devido processo legal, acesso à Justiça, liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país.

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias (FERREIRA FILHO, 2004, p. 12), reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um

documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato (2003, p. 89-90). Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais (MORAES, 2011, p. 08-09).

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor, e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa, por exemplo. Como bem destaca Comparato (2003, p. 49), a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”, como bem anota José Afonso da Silva (2004, p. 155).

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais (SILVA, 2004, p. 155). Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento (MORAES, 2003, p. 28).

A PRIMEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A CONSTRUÇÃO DOS DENOMINADOS “DIREITOS DE LIBERDADE”

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política (COTRIM, 2010, p. 146-150). O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Ao lado disso, cuida mencionar que esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata (SILVA, 2004, p. 157) e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade, da igualdade, da

propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Nesta esteira, ainda, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobleva destacar princípio da legalidade, da reserva legal e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência, tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento.

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. “Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade” (BONAVIDES, 2007, p. 563), aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA DIMENSÃO: OS ANSEIOS SOCIAIS COMO SUBSTRATO DE EDIFICAÇÃO DOS DIREITOS DE IGUALDADE

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria (COTRIM, 2010, p. 160). A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento

elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. “Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados” (SANTOS, 2003, s.p.). Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana, segundo Moraes (2011, p. 11), refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primacialmente “ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais” (SANTOS, 2003, s.p.), tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado, elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais (SANTOS, 2003, s.p.).

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e

sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal” (2007, p. 564). Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”, como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 47).

DIREITOS HUMANOS DE TERCEIRA DIMENSÃO: A VALORAÇÃO DOS ASPECTOS TRANSINDIVIDUAIS DOS DIREITOS DE SOLIDARIEDADE

Conforme fora explanado até o momento, cuida reconhecer que os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio (1997), os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam

especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo” (BONAVIDES, 2007, p. 569) ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI n.º. 1.856/RJ/ Relator: Ministro Celso de Mello/ Julgado em 26 mai. 2011).

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que “os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo” (2007, p. 152). Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. “Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”

(BONAVIDES, 2007, p. 569.). A respeito do assunto, Motta e Barchet (2007, p. 153) ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

OS DIREITOS DE QUARTA DIMENSÃO: AS INOVAÇÕES BIOTECNOLÓGICAS ENQUANTO ELEMENTOS DE ALARGAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

É de amplo conhecimento que a sociedade atual tem, como algumas de suas principais características, o avanço tecnológico e científico, a difusão e o desenvolvimento da cibernética, consequências do processo de globalização. Ocorre que tais perspectivas trouxeram situações inovadoras e que não correspondem aos fundamentos das gerações mencionadas anteriormente. Trata-se de um cenário dotado de maciça difusão de conhecimento e informações, bem como fluída alteração de paradigmas, notadamente os relacionados ao desenvolvimento científico e biológico. Em meio a esse contexto, para a regularização das situações decorrentes das transformações sociais, surgiram os Direitos de Quarta e Quinta Dimensão, os quais serão estudados doravante. Particularmente à Quarta Dimensão de Direitos, um dos seus principais idealizadores foi Bonavides, para o qual “são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade” (2007, p. 571).

Com o passar do tempo, conforme bem salientou Serraglio (2008, p. 04), as descobertas científicas proporcionaram, dentre muitos avanços, o aumento da expectativa de vida humana, vez que, ao homem, tornou-se possível alterar os mecanismos de nascimento e morte de seus pares. Sendo assim, a proteção à vida e ao patrimônio genético foi incluída na categoria dos direitos de quarta dimensão. Em consonância com Motta e Barchet (2007, p. 153), atualmente, tais direitos referem-se à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia, e envolvem, sobretudo, as discussões sobre a vida e morte, sempre pautadas nos preceitos éticos. Ao lado do exposto, é fato que o fenômeno globalizante foi responsável por conferir um robusto desencadeamento de difusão de informações e tecnologias, sendo responsável pelo surgimento de questões dotadas de proeminente complexidade, os quais oscilam desde os benefícios apresentados para a sociedade até a modificação do olhar analítico acerca de temas polêmicos, propiciando uma renovação nos valores e costumes adotados pela coletividade.

Como bem destaca Lima Neto (s.d., s.p.), o florescimento dos direitos humanos acampados pela quarta dimensão só foi possível em decorrência do sucedâneo de inovações tecnológicas que deram azo ao surgimento de problemas que, até então, não foram enfrentados pelo Direito, notadamente os relacionados ao campo da pesquisa com o genoma humano. Para tanto, carecido se fez a estruturação de limites e regulamentos que norteassem o desenvolvimento das pesquisas, tal como a utilização dos dados obtidas, com o escopo de preservar o patrimônio genético da espécie humana. Dentre os documentos legais que se dedicam à regulamentação das pesquisas científicas relacionadas à vida humana, cumpre-se mencionar, primeiramente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano, criada pela Assembleia Geral da UNESCO em 1997. Conforme esclarece Motta e Barchet (2007, p. 153), é necessário consolidar os direitos de quarta geração, pois assim serão delineados os fundamentos jurídicos para as pesquisas científicas, no sentido de impor limites a estas e de garantir que o Direito não fique apartado dos avanços da Ciência. Vieira complementa esse entendimento, ao afirmar que: “a lei deve assegurar o princípio da primazia da pessoa aliando-se às exigências legítimas do progresso de conhecimento científico e da proteção da saúde pública” (1999, p. 18).

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS EM EXAME: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DE QUARTA DIMENSÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os avanços das descobertas científicas, juntamente com o desenvolvimento tecnológico acelerado, contribuíram com a ampliação de uma conduta ética que integrasse os valores morais e humanos aos desafios sociais impostos pelos progressos científicos. Ao lado disso, partindo do pressuposto das manifestações bioéticas e da necessidade de sua regulação jurídica a fim de dar suporte aos debates trazidos pelas descobertas e inovações científicas, em 19 de outubro de 2005 foi aprovado por unanimidade pelos 191 países membros da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, tendo como diretrizes precursoras a Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos.

A DUBDH é uma ferramenta normativa internacional composta por 28 artigos e seus princípios podem ser divididos em princípios referentes à pessoa humana, princípios sociais e princípios ambientais. O princípio norteador do documento é o princípio da dignidade da pessoa humana, que abre caminhos para uma listagem de outros princípios correlacionados, como por exemplo: o princípio do benefício e dano, autonomia e responsabilidade individual,

capacidade do consentimento, respeito pela vulnerabilidade humana e pela integridade individual, igualdade, justiça e equidade, respeito pela diversidade cultural e pelo pluralismo, solidariedade e cooperação, proteção das gerações futuras, entre outros.

Haja vista o conteúdo principiológico da Declaração pode-se afirmar que sua maior empresa foi ter estabelecido um marco de princípios e critérios dentro dos quais os Estados poderão legislar sobre temáticas bioéticas. Com efeito, a Declaração tem como objetivo nodal fixar princípios gerais de caráter ético em um texto “aberto”, o que se revela positivo porquanto possibilita sua interpretação e aplicação conjugada com normas nacionais e internacionais. (OLIVEIRA, 2010)

A Declaração engloba demandas éticas acendidas pela medicina, pelas ciências da vida e pelo desenvolvimento das tecnologias, agregando suas aplicações aos seres humanos. Objetiva a explanação das normas bioéticas conforme os direitos humanos, sendo os mesmos decisivos para consolidar o alargamento científico e tecnológico. Traz a Bioética como protetora desses direitos e contextualiza sua inserção política, já que possui como fundamento a cooperação internacional dos Estados participantes e seu comprometimento em exercer seus deveres propostos pela DUBDH no âmbito social. É importante ressaltar que embora a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos releve questões que envolvam medicina e tecnologia, a Bioética vai além dos desafios da ética médica. Ela expande sua atuação para situar o campo social-político atual no contexto dos progressos científicos.

Os avanços alcançados pelo desenvolvimento científico e tecnológico nos últimos 30 anos, especialmente no campo da biotecnologia e da saúde humana, permitiram realizações antes inimagináveis. Doenças até então incuráveis hoje têm tratamento, organismos tidos como enigmáticos hoje têm seus genomas sequenciados, situações tidas como impossíveis, como a manipulação genética de organismos vivos e a clonagem, são hoje reproduzidas por metodologias de rotina em diversos pontos do Brasil e do mundo. Ao mesmo tempo em que a humanidade obtém conhecimento e poder para melhorar de modo substancial sua qualidade de vida, paradoxalmente adquire também conhecimento e poder para provocar danos em larga escala ou irreversíveis. Devastação de imensas áreas florestais (em função da agricultura extensiva ou da extração de madeira), liberação de gases que afetam a camada de ozônio (pelo uso de combustíveis fósseis não renováveis) e construção de armas de destruição em massa são exemplos que evidenciam a fragilidade moral da espécie humana. As grandes questões éticas colocadas em função do avanço científico e tecnológico não se referem às potencialidades do ser humano, mas a suas responsabilidades. As pesquisas podem seguir, teoricamente, em diversas direções, mas, na prática, nem todos os caminhos trazem benefícios para a humanidade ou os trazem de forma imediata, criando, porém, a possibilidade de haver consequências custosas em longo prazo. Dessa forma, o problema não está em rejeitar a utilização de novas tecnologias por não serem moralmente aceitas pela sociedade, mas, antes, no controle ético que deve ser exercido. (CRUZ; OLIVEIRA; PORTILLO; 2010)

Dessa forma, tal perspectiva tende a enxergar a Bioética como instrumento para solucionar problemas relacionados não só às ciências da vida, como também solucionar os conflitos apresentados pelas ciências sociais. Dentro das discussões levantadas, há um embate social sobre os direitos de 4^a geração – são direitos que englobam questões de inovações tecnológicas (alteração do patrimônio genético, haja vista o desenvolvimento científico e tecnológico) – sendo delegada à Bioética se posicionar sobre o tema, baseando-se nos princípios propostos pela DUBDH. O desenvolvimento da engenharia genética e a possibilidade de manipulação do genoma humano remetem-se ao princípio da responsabilidade e proteção das gerações futuras, proposto pela DUBDH. Embora tenha objetivo de beneficiar as gerações futuras, as intervenções ou manipulações do genoma podem possuir efeitos negativos, violando o direito à identidade genética do indivíduo e não preservando o patrimônio genético atual, pondo em risco o futuro das características genéticas dos seres humanos, pois pode contribuir para a disseminação da ideia de hegemonia racial.

O que parece temer-se realmente, mais do que a terapia gênica reprodutiva em si, é a possibilidade de alterações genéticas com vistas a uma – melhoria genética não terapêutica, tanto do ser humano individual (o que poderia dar-se mesmo através da manipulação somática), como de seres humanos futuros e da espécie humana em seu conjunto. De fato, pode ser tênue a linha a separar a alteração genética para a cura de uma – anormalidade ou – defeito genético (enfermidade, má-formação) de uma ideia de – melhoria ou aprimoramento, que poderia favorecer e estimular uma perigosa mentalidade eugênica e conduzir a práticas discriminatórias em razão das características genéticas dos seres humanos – além de desconsiderar, como referido, um direito do ser humano atual e futuro a ter preservado o que seria sua constituição genética natural. (MÖLLER, 2007)

Nesse sentido, há o resgate sobre a individualidade do ser humano, em que a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (1997), considerada a certidão de nascimento do direito genético e antecedente histórico da DUBDH, veicula o genoma humano a uma identidade genética, veda a utilização do genoma para fins financeiros, estabelece direitos e sanções para pessoas envolvidas no experimento e reafirma os princípios bioéticos. Assim, ao fixar seus princípios e garantir suporte aos avanços dos estudos científicos e sua relação com a sociedade, a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos estabelece uma tutela universal baseada nos princípios bioéticos e jurídicos, criando uma responsabilidade para os Estados e os indivíduos, visando garantir a proteção do patrimônio genético atual para assegurar os direitos humanos fundamentais.

A complexidade dos direitos ditos de quarta geração e a célere transformação da realidade social com o surgimento de demandas inéditas, logo atingiu o ordenamento jurídico brasileiro

influenciando no surgimento de legislação relacionada ao tema, ainda que precária. Ante o iminente risco da disponibilidade de interesses difusos relacionados à biodiversidade e meio ambiente, bem como da proteção do ser humano em sua dignidade, a preservação do patrimônio genético passou a ser uma preocupação do Estado Brasileiro. A Carta Constitucional de 1988 trata sobre o patrimônio genético através do Artigo 225, § 1º, inciso II: “Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético” (BRASIL, 1988), bem como pelo artigo 225, §1º, inciso V: “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (BRASIL, 1988).

O patrimônio genético foi definido pela Medida Provisória 2.186-16/2001, capítulo II, art. 7º, I, como toda informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições **in situ**, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções **ex situ**, desde que coletados em condições **in situ** no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva. Destaca-se que esta definição não se aplica ao patrimônio genético humano. Os Organismos Geneticamente Modificados (OGM) e seus derivados, bem como a Engenharia Genética, por sua vez, estão regulados pela Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança).

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. (BRASIL, 2005)

Malgrado os direitos decorrentes dos efeitos da manipulação genética em seres humanos não se encontrarem expressos na Constituição Federal, a garantia de preservação do patrimônio genético humano revela-se um direito fundamental, já que é o direito de todo ser humano não sofrer interferências artificiais contrárias à própria natureza humana. A clonagem de seres humanos com a finalidade reprodutiva, a manipulação genética em célula germinal com o intuito de aperfeiçoamento da espécie humana (eugenia) e ainda, o diagnóstico genético pré-implantacional, a fim de selecionar embriões com as características desejadas configuram-se preocupantes desdobramentos da evolução genética.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem se manifestado em determinados casos relacionados ao tema, tal como na Ação Direta de Inconstitucionalidade que recebeu o número de 3510. Nela, foram questionados o artigo 5º e seus parágrafos da Lei de Biossegurança (11.105/2005) sob a alegação de violação do direito à vida e à dignidade humana, já que permite a utilização de células-tronco de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia. Após a realização de inédita audiência pública para debater o tema, foi declarada a constitucionalidade do sobredito dispositivo legal, com votação iniciada pelo Ministro Carlos Ayres Britto (relator) que fundamentou sua decisão tomando por base o direito à saúde e a livre expressão da atividade científica.

Ementa: Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de Março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à Lei de Biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. improcedência total da ação. [...] II - Legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e o constitucionalismo fraternal. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião “in vitro”, porém u’a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “in vitro”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello) [...] (Supremo Tribunal Federal – Tribunal do Pleno – ADI 3510 DF/ Relator: Min. Ayres Britto/ Julgado em 29.05.2008/ publicado em 28.05.2010).

No que se relaciona ao meio ambiente, a biodiversidade e a proteção do patrimônio genético das espécies vegetais e animais no solo brasileiro, a Suprema Corte já se manifestou em alguns julgados concernentes ao artigo 225 da CF/88. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3.540, ajuizada em 14.07.2005, o Procurador-Geral da República defendeu que a nova redação do artigo 4º do Código Florestal brasileiro dada pelo artigo 1º da MP 2.166-67 de 24/08/01 violava o art. 225, § 1º, inciso III, da Constituição Federal. Argumentou alegando que somente o Poder Legislativo poderia autorizar supressão em Área de Preservação. A ADI foi indeferida pelo Tribunal Superior sob o argumento de que a medida provisória apenas estabeleceu um maior controle sobre o patrimônio ambiental brasileiro a medida em que permitia maior controle pelo Estado das atividades desenvolvidas dentro dos espaços territoriais protegidos.

Ementa: Supressão de Vegetação em Área de Preservação Permanente e Autorização Administrativa – 1 O Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão do Min. Nelson Jobim, Presidente, que deferira pedido de liminar formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 1º da Medida Provisória 2.166-67/2001, na parte em que alterou o art. 4º, caput e §§ 1º a 7º da Lei 4.771/65 (Código Florestal), que dispõem sobre autorização do órgão ambiental para supressão de vegetação em área de preservação permanente - APP. Entendeu-se que a norma impugnada, ao invés de resultar qualquer efeito lesivo e predatório ao meio-ambiente, veio a conferir-lhe proteção, viabilizando o exercício, pelo Poder Público, do efetivo controle estatal sobre o procedimento de supressão de vegetação em APP. Inicialmente, comparou-se o texto do art. 4º resultante das modificações introduzidas pela MP impugnada com o da sua redação primitiva, elencando-se diversas conseqüências danosas advindas com a suspensão dos dispositivos impugnados, dentre as quais: a retirada da garantia de que a supressão de vegetação somente seria permitida em caso de utilidade pública ou de interesse social; o afastamento da possibilidade de o órgão ambiental autorizar a supressão de vegetação em APP, o que teria implicado a inversão do sistema constitucional de competências; o afastamento das medidas mitigadoras e compensatórias que deveriam ser adotadas pelo empreendedor antes da supressão da vegetação; o impedimento de acesso de pessoas e animais às APP para obtenção de água, sob pena das sanções prescritas na Lei 9.605/98. **ADI 3540 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, 1º.9.2005. (ADI-3540)** (destaque nosso)

É certo que inúmeros outros casos relacionados ainda serão objetos de deliberação pela Suprema Corte especialmente pela obscuridade e complexidade envolta ao tema, minimamente desbravado. A discussão sobre a chamada *discriminação genética*, bem como a problemática envolvendo a biopirataria, biotecnologia e patentes, certamente constituirão temas para apreciações futuras pelo Supremo Tribunal Federal como última instância, sobretudo, na defesa dos direitos fundamentais consagrados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do painel apresentado, cuida reconhecer que o longo processo de edificação dos Direitos Humanos confunde-se com a própria história de evolução da sociedade, notadamente no que toca a contínua busca pela eliminação dos tratamentos díspares e no reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Nesta toada, a edificação das tradicionais dimensões dos direitos supramencionados reflete, com propriedade, as lutas de classes e a busca incessante pelo reconhecimento de direitos e garantias inerentes aos indivíduos, culminando no fortalecimento e remodelagem da acepção do vocábulo *dignidade*, passando a emoldurá-lo com contornos tipicamente jurídicos. Ao lado disso, é possível, ainda, explicitar que a concepção de uma quarta dimensão, contemporânea e atenta ao manancial de desdobramentos advindos da sociedade, sobretudo no pós-segunda guerra mundial e avanços da biotecnologia e engenharia genética, guarda plena relação com a busca maciça pela materialização da dignidade da pessoa humana, encontrando, primacialmente, a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos um importante diploma reconhecedor.

No cenário nacional, por seu turno, o reconhecimento de tal dimensão tende a ser ainda mais robusta, sobretudo em decorrência do status jurídico que reveste a dignidade da pessoa humana como superprincípio orientador do ordenamento nacional. Nesse caminho, em que pese a aparente ausência de menção, no Texto Constitucional, sobre aludida dimensão, há que se reconhecer sua materialização, ainda que implicitamente, em um sucedâneo de diplomas legais e no próprio posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em um sucedâneo de paradigmáticos julgados, a exemplo dos abordados no curso do presente. Ora, o debate da temática na Suprema Corte Brasileira e a concreção do entendimento externado demonstra, com clareza ofuscante, a relevância da discussão, alargando, mais uma vez, o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, com o escopo de assegurar-lhe contemporaneidade aos problemas e às peculiaridades inerentes à sociedade contemporânea e, por extensão, ao indivíduo do século XXI, singular e complexo, dotado de aspectos únicos e que reclamam uma visão multidimensional dos fenômenos em que está inserido.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

_____. Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

_____. **Lei Nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 16 mai. 2015.

_____. **Medida Provisória 2.186-16, de 23 de agosto de 2001**. Dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 16 mai. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 mai. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 02 mai. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CRUZ, Márcio Rojas; OLIVEIRA, Solange de Lima Torres; PORTILLO, Jorge Alberto Cordón. A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – contribuições ao Estado brasileiro. **Revista Bioética**, n. 18, v. 1, p. 93-107, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 02 mai. 2015.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Bioética e direitos humanos: delineando um biodireito mínimo universal. **Filosofazer**. Passo Fundo, n. 30, jan.-jun. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Interface entre Bioética e Direitos Humanos: perspectiva teórica, institucional e normativa**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://bdttd.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6788>. Acesso em 16 mai. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm/>. Acesso em 16 mai. 2015.

_____. **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos de 2005**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em 16 de maio de 2015.

_____. **Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos de 1997**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em 16 de maio de 2015.

PEREIRA, Angélica Teresa. A relação entre o direito e a bioética. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2237>. Acesso em 16 mai. 2015.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 02 mai. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. *Jurid Publicações Eletrônicas*, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

ALIMENTOS TRANSGÊNICOS EM UMA PERSPECTIVA BIOÉTICA: CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO EM SEDE DE SEGURANÇA ALIMENTAR

BRUNO OLIVEIRA ROSA ¹

MARIA EDUARDA DA SILVA ²

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL ³

RESUMO

O objeto do presente está assentado na imprescindibilidade de se desenvolver um debate sobre os alimentos transgênicos em uma perspectiva da Bioética e do princípio da precaução. Neste aspecto, é possível salientar que o corolário da precaução se apresenta como uma garantia contra os riscos potenciais que, em harmonia com o estado atual de conhecimento, não são passíveis, ainda, de identificação. É desfraldada como flâmula pelo preceito da precaução que, em havendo ausência de certeza científica formal, existência de um dano robusto ou mesmo irreversível reclama a estruturação de medidas e instrumentos que possam minimizar e/ou evitar este dano. Sobreleva salientar que o dogma em apreço encontra seu sedimento de estruturação no princípio quinze da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como Declaração do Rio/92, que em seu princípio quinze estabelece que, com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. Em tal debate está inserido o desenvolvimento dos alimentos transgênicos, sobretudo suas consequências, tanto para o ser humano como para o meio ambiente, a longo e médio prazo. O axioma em realce, neste cenário, constitui no principal norteador das políticas ambientais, à medida que este se reporta à função primordial de evitar os riscos e a ocorrência dos danos ambientais. Em decorrência da proeminência assumida pelo preceito da precaução, salta aos olhos que é robusto orientador das políticas ambientais, além de ser o alicerce fundante da edificação do jus ambiental. Valendo-se das reflexões fomentadas pela Bioética, o presente busca pautar um exame do tema no cenário nacional.

Palavras-chave: Alimentos Transgênicos. Princípio da Precaução. Bioética.

BIOÉTICA: ASPECTOS HISTÓRICOS E PRINCÍPIOS ORIENTADORES

Bioética uma disciplina que visa à junção e a unificação da ética com tudo que concerne à vida, conclui-se tal afirmação quando se separa a palavra bioética, a palavra bio está ligada a

¹ Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário São Camilo-ES. E-mail: brunoliveira.r@gmail.com

² Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário São Camilo-ES. E-mail: dudamaria.ee@gmail.com

³ Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

tudo que se remete a vida e palavra ética está relacionada aos valores e princípios que orientam a sociedade, observa-se que há códigos de condutas éticas para respectivas profissões, pois há direcionamentos no que tange a forma como cada profissional deve se limitar a agir anexo as respectivas áreas. Foi visando esta ética nos parâmetros biológicos que o bioquímico que pesquisava sobre a oncologia, Van Rensselaer Potter lançou o termo “Bioética” na década de 1970. O objetivo central do Prof. Potter era estabelecer um vínculo entre a Ciência e Ética, para o pesquisador não havia possibilidade de se separar as duas áreas, no que diz respeito à importância que há na vida, a ciência que estuda a mesma não poderia andar sozinha, deveria haver algo que a orientasse e direcionasse. Com intuito de que houvesse o avanço saudável da ciência, Van Rensselaer começa a desenvolver a “Ciência da sobrevivência”, que desencadeia em um novo estudo de ética, que fora denominada como Bioética, para Potter bioética era a Ética da vida, do ser vivo, da sobrevivência.

Por meados de 1932 a 1978 ocorreram casos de acontecimentos terríveis ligados à saúde e ao bem-estar do ser humano. A título de exemplificação, é possível fazer menção ao Estudo de Sífilis não-autorizado de Tuskegee, no qual 600 (seiscentos) negros contaminados com sífilis foram levados para um centro de pesquisa para serem estudados e pesquisados, objetivando estudos sobre a doença, ao final, após uma denúncia sobre a pesquisa, restou apenas 74 pessoas ainda infectadas. É oportuno consignar que a contrapartida pela participação no projeto era o acompanhamento médico, uma refeição quente no dia dos exames e o pagamento das despesas com o funeral. Durante o projeto foram dados, também, alguns prêmios em dinheiro pela participação. A inadequação inicial do estudo não foi a de não tratar, pois não havia uma terapêutica comprovada para sífilis naquela época. A inadequação foi omitir o diagnóstico conhecido e o prognóstico esperado.

Neste sentido, é possível fazer menção à exposição de Goldim, especialmente quando aponta “o objetivo do Estudo Tuskegee, nome do centro de saúde onde foi realizado, era observar a evolução da doença, livre de tratamento. Vale lembrar que em 1929, já havia sido publicado um estudo, realizado na Noruega, a partir de dados históricos, relatando mais de 2000 casos de sífilis não tratado” (GOLDIM, 1999, s.p.). Para que houvesse um norteamento e em resposta aos casos anteriormente ocorridos, o governo norte-americano, em 1974 promoveu uma comissão que fora designada a elaborar princípios éticos primordiais que orientaria a pesquisa por meio de experimento com seres humanos. Esta conferência ficou popularmente conhecida com o Belmont report, que identificou em forma de resumo, os princípios éticos básicos que foram explanados durante os quatro dias de conferência. Atualmente, tais princípios são utilizados para norteamento na realização dos experimentos

biológicos em diversos países, os princípios que se trata são: (i) o princípio da beneficência; (ii) o princípio da não-maleficência; (iii) o princípio da autonomia; (iv) o princípio da justiça; e (v) o princípio da equidade.

Tradicionalmente, o princípio da beneficência encontra-se associado à excelência profissional desde os tempos remotos da medicina grega, materializando-se no Juramento de Hipócrates: “Usarei o tratamento para ajudar os doentes, de acordo com minha habilidade e julgamento e nunca o utilizarei para prejudicá-los”. Segundo Loch (s.d., p. 03), a beneficência significa fazer o bem, logo, em uma dimensão prática, todos os indivíduos têm a obrigação moral de agir para o benefício do outro. Ora, essa acepção, quando empregada na área de cuidados com a saúde, que compreende todas as profissões das ciências biomédicas, substancializa-se em fazer o melhor para o paciente, não apenas em uma perspectiva técnico-assistencial, mas também do ponto de vista ético. Ao lado disso, é oportuno apontar que se trata de usar todos os conhecimentos e habilidades profissionais a serviço do paciente, considerando, na construção da decisão, a minimização dos riscos e a maximização dos benefícios do procedimento a realizar (LOCH, s.d., p. 03).

O princípio da não-maleficência, por sua vez, apregoa que o profissional de saúde tem o dever de, intencionalmente, não causar mal ou danos a seu paciente. “Considerado por muitos como o princípio fundamental da tradição hipocrática da ética médica, tem suas raízes em uma máxima que preconiza: ‘cria o hábito de duas coisas: socorrer (ajudar) ou, ao menos, não causar danos’” (LOCH, s.d., p. 02). O preceito em apreço é empregado frequentemente como uma exigência oral da profissão médica, materializando, desta feita, um mínimo ético, um dever profissional, que, caso não se cumpra, coloca o profissional da saúde numa situação de má-prática ou prática negligente da medicina ou das demais profissões da área biomédica. Há que se reconhecer que o dogma em destaque recebe especial importância em razão de o risco causar danos é inseparável de uma ação ou procedimento que está moralmente indicado.

Já o princípio da autonomia estabelece que as pessoas possuem liberdade de decisão, ser autônomo em suas decisões, cada cidadão capaz possui esse direito de autonomia, é a capacidade de autodeterminação. Respeitar a autonomia do ser humano está relacionado com a preservação dos direitos fundamentais do homem e ligado a Dignidade da pessoa humana. E no âmbito da Bioética, para que ocorra o respeito à autonomia das pessoas é essencial à presença de duas condições, a liberdade e a informação. Loch aponta que autonomia é a capacidade de uma pessoa para decidir ou buscar aquilo que ela julga ser o melhor para si mesma, porém para que ela possa exercer a autodeterminação são imprescindíveis duas condições fundamentais, quais sejam: “**a**) capacidade para agir intencionalmente, o que pressupõe

compreensão, razão e deliberação para decidir coerentemente entre as alternativas que lhe são apresentadas; **b)** liberdade, no sentido de estar livre de qualquer influência controladora para esta tomada de posição” (LOCH, s.d., p. 04).

Em se tratando da liberdade, profere-se que o cidadão, possui a liberdade de decisão, sem nenhum tipo de influência e informação se desencadeia no conhecimento que a pessoa tem do seu estado para que possua capacidade de decidir se irá se submeter a algum procedimento. Ademais, há de salientar, que hora e outra não haverá o respeito à autonomia de uma pessoa em favor de beneficiar outras pessoas, exemplificando, fumantes. Por seu turno, os princípios da justiça e da equidade referem-se ao tratamento de todos de uma forma igual, utilizando-se da justa medida. Verifica-se que a equidade presa o atendimento das necessidades de cada pessoa de acordo com que precisa, é disponibilizar aos iguais de forma igual e dar aos desiguais de forma desigual. A questão da Justiça faz alusão ao fato de ser respeitar o direito de cada um de forma imparcial, não concedendo privilégios a alguém. Ao lado disso, insta anotar que Loch destaca que

O conceito de justiça, do ponto de vista filosófico, tem sido explicado com o uso de vários termos. Todos eles interpretam a justiça como um modo justo, apropriado e equitativo de tratar as pessoas em razão de alguma coisa que é merecida ou devida à elas. Estes critérios de merecimento, ou princípios materiais de justiça, devem estar baseados em algumas características capazes de tornar relevante e justo este tratamento. Como exemplos destes princípios materiais de justiça pode-se citar: 1. Para cada um, uma igual porção 2. Para cada um, de acordo com sua necessidade. 3. Para cada um, de acordo com seu esforço. 4. Para cada um, de acordo com sua contribuição. 5. Para cada um, de acordo com seu mérito. 6. Para cada um, de acordo com as regras de livre mercado (LOCH, s.d., p. 05).

Em 2005, houve a 33^o conferência geral da UNESCO, em Paris, onde ocorrera o reconhecimento da Bioética em âmbitos universais, fora referendada e ratificada por 191 países, integrantes das nações Unidas. Contudo, houve discussões a cerca das particularidades da Declaração documental da Bioética em relação à particularidade de cada país. A Declaração Universal de Bioética e Direitos humanos descreve e apontam os objetivos, finalidades, princípios e aplicação do mesmo, considerações sobre Bioética;

Reconhecendo que questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços na ciência e suas aplicações tecnológicas deveriam ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e respeito universal por, e cumprimento dos direitos humanos e liberdades fundamentais, Decidindo que é necessário e oportuno para a comunidade internacional declarar princípios universais que proporcionarão uma base para a resposta da humanidade para os sempre-crescentes dilemas e controvérsias que a ciência e a tecnologia apresentam para a humanidade e para o meio ambiente. (UNESCO, 2005, p. 65).

Observa-se que a conferência geral manteve o intuito do Professor pioneiro Van Rensselaer Potter, foi almejado nesta conferência elaborar um suporte de princípios e procedimentos no que diz respeito à elaboração de suas legislações, construção política e outros ramos que estejam ligados à Bioética. Ao analisar o Documento da Declaração, percebe-se que o mesmo está respaldado por orientações, particularmente os princípios que cercaram a Bioética. No Brasil, em 1995 houve a criação da Sociedade Brasileira da Bioética (SBB), que possui por missão principal difusão da Bioética ao Brasil e tem como objetivo;

Reunir pessoas de diferentes formações, interessadas em fomentar a discussão e difusão da Bioética. Estimular a produção de conhecimento em Bioética; promover e assessorar planos, projetos, pesquisas e atividades na área de Bioética; patrocinar eventos de Bioética, conforme regulamentos próprios; apoiar e participar de movimentos e atividades que visem a valorização da Bioética. (SOCIEDADE BRASILEIRA DE BIOÉTICA, 1995, s.p.).

Como denominou Van Potter, a Bioética é a Ciência da Sobrevivência e promover o avanço da mesma torna-se essencial para um crescimento na tecnologia biológica, permeando-se pelos princípios que a norteiam. Bioética engloba a sociedade em geral, e é de suma importância que as pessoas se interessem em seu conceito e princípios, tornando-se similar aos profissionais da saúde.

BREVES CONTORNOS AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Em sede de comentários introdutórios, é possível salientar que o corolário da precaução se apresenta como uma garantia contra os riscos potenciais que, em harmonia com o estado atual de conhecimento, não são passíveis, ainda, de identificação. É desfraldada como flâmula pelo preceito da precaução que, em havendo ausência de certeza científica formal, existência de um dano robusto ou mesmo irreversível reclama a estruturação de medidas e instrumentos que possam minimizar e/ou evitar este dano. Neste passo, sobrepõe salientar que o dogma em apreço encontra seu sedimento de estruturação no princípio quinze da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como Declaração do Rio/92, que em seu princípio quinze estabelece que:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (ONU, 1992).

Quadra destacar, nesta toada, que a ausência de certeza científica absoluta não deve subsidiar pretexto para postergação do emprego de medidas efetivas que objetivem evitar a degradação ambiental. Mais que isso, é oportuno consignar que, diante da situação concreta, “a incerteza científica milita em favor do ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não são perigosas e/ou poluentes”, como bem anota Romeu Thomé (2012, p. 69). Neste sentido, inclusive, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao relatoriar o Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial Nº 206.748/SP, salientou, com bastante pertinência, a dimensão do princípio da precaução, explicitando que “pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região” (BRASIL, 2013).

O axioma em realce, neste cenário, constitui no principal norteador das políticas ambientais, à medida que este se reporta à função primordial de evitar os riscos e a ocorrência dos danos ambientais. Em decorrência da proeminência assumida pelo preceito da precaução, salta aos olhos que é robusto orientador das políticas ambientais, além de ser o alicerce fundante da edificação do jus ambiental. Nesse passo, diante da crise ambiental que condiciona o desenvolvimento econômico, de modo sustentável, a segundo plano e da devastação dos diversos ecossistemas em escala vertiginosa, prevenir a degradação do meio-ambiente passou a se objeto da preocupação constante de todos aqueles que buscam melhor qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. Entalhou o princípio da precaução a Declaração de Wingspread de 1998, que “quando uma atividade representa ameaças de danos ao meio-ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo de algumas relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidas cientificamente” (MELIM, s.d., s.p.). Os Tribunais Pátrios já se manifestaram quanto à aplicabilidade do princípio em comento, consoante se infere dos arestos colacionados:

Ementa: Pedido de Suspensão. Meio Ambiente. Princípio da Precaução. Em matéria de meio ambiente vigora o princípio da precaução. Esse princípio deve ser observado pela Administração Pública, e também pelos empreendedores. A segurança dos investimentos constitui, também e principalmente, responsabilidade de quem os faz. À luz desse pressuposto, surpreende na espécie a circunstância de que empreendimento de tamanho vulto tenha sido iniciado, e continuado, sem que seus responsáveis tenham se munido da cautela de consultar o órgão federal incumbido de preservar o meio ambiente a respeito de sua viabilidade. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Corte Especial/ AgRg na SLS 1.564/MA/ Relator: Ministro Ari Pargendler/ Julgado em 16 mai. 2012/ Publicado no DJe em 06 jun. 2012).

Ementa: Direito Ambiental. Ação Civil Pública. Cana-de-açúcar. Queimadas. Art. 21, parágrafo único, da Lei n. 4771/65. Dano ao meio ambiente. Princípio da Precaução. Queima da palha de cana. Existência de regra expressa proibitiva. Exceção existente somente para preservar peculiaridades locais ou regionais relacionadas à identidade cultural. Inaplicabilidade às atividades agrícolas industriais. 1. O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente. [...] Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp nº 1.285.463/SP/ Relator: Ministro Humberto Martins/ Julgado em 28 fev. 2012/ Publicado no DJe em 06 mar; 2012).

Ementa: Processual Civil – Competência para julgamento de execução fiscal de multa por dano ambiental – Inexistência de interesse da União - Competência da Justiça Estadual - Prestação jurisdicional - Omissão - Não-ocorrência - Perícia - Dano Ambiental - Direito do suposto poluidor - Princípio da Precaução - Inversão do ônus da prova. 1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual. 2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva. 4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet. 5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano. 6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp nº 1.060.753/SP/ Relatora: Ministra Eliana Calmon/ Julgado em 01 dez. 2009/ Publicado no DJe em 14 dez. 2009).

Segundo Colombo (2004, s.p.), no direito positivo pátrio, é possível verificar a substancialização do princípio da precaução nos incisos I e IV do artigo 4º da Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, que, de forma clarividente, expressa a imperiosidade de existir um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização, de maneira racional, dos recursos naturais, sem olvidar da imprescindível avaliação do impacto ambiental. “Este princípio tem sido muito utilizado em ações civis públicas, seja requerendo a paralisação de obras, seja requerendo a proibição de explorações que possam causar, ainda hipoteticamente, danos ao meio ambiente” (THOMÉ,

2012, p. 69-70). Lançando mão das ponderações apresentadas por Colombo (2004, s.p.), o vocábulo precaução apresenta similitude idiomática com *cuidado*, logo, é imperioso, em razão do feixe irradiado pelo dogma em análise, o afastamento de perigo e manutenção da segurança das gerações futuras, bem assim da sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Verifica-se que o preceito em testilha é a concreção da busca pela proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como também pelo asseguramento da integridade da vida humana. Desta premissa, insta sustar que imperioso se faz considerar não somente o risco eminente de uma específica atividade, mas também os riscos futuros advindos de empreendimentos humanos, os quais, devido à compreensão e ao atual estágio desenvolvimento da ciência, não consegue captar toda densidade. “A aplicação do princípio da precaução deve ainda limitar-se aos casos de ‘ética do cuidado’, que não se satisfaz apenas com a ausência de certeza dos malefícios, mas privilegia a conduta humana que menos agrida, ainda que eventualmente, o meio natural” (THOMÉ, 2012, p. 70).

É denotável, deste modo, que a consagração do corolário da precaução se apresenta como robusto instrumento que estabelece a adoção de uma nova postura em relação à degradação do meio ambiente, afixando, por via de consequência, a estruturação de medidas ambientais, tanto por parte do Estado quanto pela sociedade em geral, que obstem a instalação e desenvolvimento de atividade que tenha potencial lesivo ao meio ambiente. No que se referem às indústrias já instaladas, o princípio da precaução assume uma feição que busque cessar o dano ambiental já concretizado, minimizando os efeitos danosos provocados. “A leitura atenta do acórdão combatido revela que seu fundamento de decidir foi o princípio da precaução, considerando que, na dúvida, impõe-se a sustação dos licenciamentos e a realização de estudos de impacto ambiental, sob pena de o dano consumir-se” (BRASIL, 2011), como o Ministro Mauro Campbell Marques explicitou, com clareza solar, ao relatoriar o Recurso Especial Nº 1.163.939/RS.

Impende destacar, ainda, com grossos traços e cores quentes, que a atividade econômica não pode ser exercida em desacordo com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção do meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente, com realce, não pode ser embaraçada por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de âmbito essencialmente econômico, ainda mais quando a atividade econômica, em razão da disciplina constitucional, estiver subordinada a um sucedâneo de corolários, notadamente àquele que privilegia a defesa do meio ambiente, o qual abarca o conceito amplo e abrangente de noções atreladas ao meio ambiente em suas múltiplas manifestações, quais sejam: o meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente

do trabalho (ou laboral). Verifica-se, assim, que os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.



Figura 01. Símbolo identificador dos alimentos transgênicos. Disponível em: <<http://saudeempeso.com.br/voce-sabe-identificar-um-alimento-transgenico/>>. Acesso em 19 mai. 2015.

Denota-se, portanto, que o princípio da precaução, notadamente em decorrência de seu núcleo sensível, deve ser erigido como flâmula orientadora de inspiração, sobretudo quando, diante dos experimentos científicos, inexistir elementos mínimos capazes de estabelecer as consequências a médio e a longo prazo. Assim, ao se analisar o corolário em debate, cuida reconhecer que a sua materialização reclama a presença de quatro componentes básicos que podem ser resumidos: (i) a incerteza passa a ser considerada na avaliação de risco; (ii) o ônus da prova cabe ao proponente da atividade; (iii) na avaliação de risco, um número razoável de alternativas ao produto ou processo, devem ser estudadas e comparadas; (iv) para ser precaucionária, a decisão deve ser democrática, transparente e ter a participação dos interessados no produto ou processo. “Dessa maneira, esse princípio defende a ideia de que diante da ausência da certeza científica, a existência do risco de um agravo demanda a implantação de medidas que possam prevenir este agravo. Ou seja, ao legislar sobre uma ciência ainda não conhecida, deve-se ser precavido” (RIBEIRO; MARIN, 2012, p. 362).

Nesta esteira, o princípio da precaução possui as seguintes características que serão tratadas a seguir: incerteza científica decorrente da possibilidade de graves prejuízos eventuais ou irreversíveis; temporariedade; estrito cumprimento obrigatório do corolário em comento; atuação estatal proporcionalmente; e a distribuição do ônus da prova. Para a sua incidência

basta a existência de possível ameaça de eventuais graves prejuízos ou mesmo irreversíveis. Assim, as medidas a serem adotadas correlacionam-se com a proporcionalidade do evento danoso, inclusive, mensurando a impossibilidade de retroagir. Ademais, como se trata de possíveis danos irreversíveis, não se pode permitir a inércia ou omissão de tais danos, fundamentados na análise de probabilidade de incertezas científicas para a adoção de medidas garantidoras, ao oportunizar o seu controle, além de coibir a destruição do meio ambiente.

Uma das principais características do princípio da precaução é propiciar às futuras gerações uma melhor qualidade de vida, em consonância com um meio ambiente equilibrado. Desse modo, o Princípio da Precaução reside no fato de procurar atuar previamente à ocorrência do prejuízo ambiental ao adotar medidas com a devida cautela, ao visar os benefícios decorrentes de tais medidas futuramente. No tocante ao estrito cumprimento obrigatório do Princípio da Precaução, ressalta-se a universalidade imperativa dessa imposição uma vez que não é plausível a delimitação e separação do meio ambiente aos países, pois qualquer prejuízo ambiental acarreta efeitos mundiais. Portanto, todas as medidas de cautela a serem adotadas também devem ter seu estrito cumprimento em sede mundial.

3 ALIMENTOS TRANSGÊNICOS: UMA TEMA DE INCERTEZAS NO FUTURO

Nas últimas décadas, o desenvolver-se e o emprego dos organismos geneticamente modificados, ou simplesmente transgênicos, em larga escala na agricultura têm se amparado sob três principais argumentos: a preservação do meio ambiente, o aumento da produção para combater a fome e a redução dos custos de produção. Organizações governamentais e intergovernamentais têm planejado estratégias e protocolos para o estudo da segurança de alimentos derivados de cultivos geneticamente modificados. É nessa linha que verificasse a necessidade de alertar os cidadãos sobre as “verdades científicas” veiculadas nas mídias ou nos discursos políticos sociais. Ribeiro e Marin discutem que:

Ainda hoje, pesquisas e estudos que envolvem os potenciais riscos ao consumo humano de AGM ainda são muito restritos. No entanto, existem estudos sobre o efeito da ingestão de soja Roundup Ready em ratos, que demonstraram em análises ultraestruturais e imunocitoquímica, alterações em células acinares do pâncreas (redução de fatores de “splicing” do núcleo e do nucléolo e acúmulo de grânulos de pericromatina); em testículos (aumento do número de grânulos de pericromatina, diminuição da densidade de poros nucleares e alargamento do retículo endoplasmático liso das células de Sertoli), havendo a possibilidade de tais efeitos estarem relacionados ao acúmulo de herbicida presente na soja resistente, além de alterações em hepatócitos (modificações na forma do núcleo, aumento do número de poros na membrana nuclear, alterações na forma arredondada do nucléolo, indicando aumento do metabolismo) sendo potencialmente reversíveis neste último grupo de células (RIBEIRO; MARIN, 2012, p.362).

De maneira feliz, a posse das discussões sobre a ciências, ética e meio ambiente não pertence mais unicamente aos adeptos do desenvolvimento científico e tecnológico. Não obstante, as controvérsias científicas sempre fizeram parte da cultura da ciência. Já na década de 1950, Jacques Ellul, filósofo francês, abordava essa discussão (*Le système technicien*, Paris: Calman-Levy, 1977):

Mais o progresso técnico cresce, mais aumenta a soma de efeitos imprevisíveis. Certos progressos técnicos criam incertezas permanentes e em longo prazo [...] Processos irreversíveis foram já implementados, particularmente no campo do meio ambiente e da saúde. Os problemas ambientais são exemplares. Criados pelo desenvolvimento tecnológico desenfreado e irrefletido, necessitam sempre de novos instrumentos e técnicas para resolvê-los. Os problemas de saúde pública ou de segurança alimentar são sistematicamente reformulados de modo que possam receber soluções técnicas ao invés de soluções políticas (ZANONI; FERMENT. 2011, p. 14).

A temática dos transgênicos cobre um conjunto de domínios e aspectos sociais, econômicos culturais e ambientais. A grande questão que vem sendo levantada é o quão seguras são essas tecnologias, se elas estão de acordo com o Guia Internacional para Segurança em Biotecnologia(IGSB) aceito pelo Programa Ambiental das Nações Unidas (MOSS, 2008, s.p.). Ultimamente, os assuntos dos adeptos do princípio da precaução forçam os governos de muitos países incluindo o Brasil, a modificar suas políticas e desistir da produção de variedades geneticamente modificadas. Assegura Rubens Onofre Nodari (2003) sobre o assunto, que os testes de segurança são conduzidos caso a caso e modelados para as características específicas das culturas modificadas e as mudanças introduzidas através da modificação genética. Todavia o mesmo autor salienta que o maior problema na análise de risco de organismos geneticamente modificados, é que seus efeitos não podem ser previstos na sua totalidade. Os riscos à saúde humana incluem aqueles inesperados, alergias, toxicidade intolerância. No ambiente, as consequências são a transferência lateral (horizontal) de genes, a poluição genética e os efeitos prejudiciais aos organismos não alvos.



Figura 02. Alimentos transgênicos. Disponível em: <<http://www.minhaescolaweb.com.br>>. Acesso em 19 mai. 2015.

Estudos elaborados por Costa (2007) apontam que, todos os fenômenos e eventos indesejáveis resultantes do crescimento e consumo dos organismos geneticamente modificados podem ser classificados em três grupos de risco: alimentares, ecológicos e agrotecnológicos. Os riscos alimentares compreendem: a) efeitos imediatos de proteínas tóxicas ou alergênicas do OGM; b) riscos causados por efeitos pleiotrópicos das proteínas transgênicas no metabolismo da planta; c) riscos mediados pela acumulação de herbicidas e seus metabólitos nas variedades e espécies resistentes; d) risco de transferência horizontal das construções transgênicas, para o genoma de bactérias simbióticas tanto de humanos quanto de animais (TEMM *et all*, 2007, p. 330). Os riscos ecológicos abarcam: a) erosão da diversidade das variedades de culturas em razão da ampla introdução de plantas GM derivadas de um grupo limitado de variedades parentais; b) transferência não controlada de construções, especialmente daquelas que conferem resistência a pesticidas e pragas e doenças, em razão da polinização cruzada com plantas selvagens de ancestrais e espécies relacionadas. Os possíveis resultados são o declínio na biodiversidade das formas selvagens do ancestral; c) risco de transferência horizontal não controlada das construções para a microbiota da rizosfera; d) efeitos adversos na biodiversidade em razão de proteínas transgênicas tóxicas, afetando insetos não alvos,

assim como a microbiota do solo, rompendo desta forma a cadeia trófica; e) risco de rápido desenvolvimento de resistência às toxinas implantadas no transgênico por insetos fitófagos, bactérias, fungos e outras pragas devido à pesada pressão seletiva; f) riscos de cepas altamente patogênicas de fitovírus emergirem em razão da interação do vírus com a construção transgênica que é instável no genoma dos organismos receptores e, portanto, são alvos mais prováveis para recombinação com DNA viral (TEMM *et al.*, 2007, p. 330).

No que compete aos riscos agrotecnológicos, é possível explicitar: a) riscos de mudanças imprevisíveis em propriedades e características não alvo das variedades GM e em razão dos efeitos pleiotrópicos de um gene introduzido; b) riscos de mudanças transferidas nas propriedades de variedade GM que deveriam emergir depois de muitas gerações em razão da adaptação do novo gene ao genoma, com manifestação da nova propriedade pleiotrópica e as mudanças já citadas; c) Perda da eficiência do transgênico resistente a pragas em razão do cultivo extensivo das variedades GM por muitos anos; d) possível manipulação da produção de sementes pelos donos da tecnologia “terminator” (TEMM *et al.*, 2007, p. 330). Entretanto, observa-se que a preocupação com a produção e utilização dos OGM por sua vez, e a combinação de riscos complexos e incertos com a existência de vulnerabilidades sociais e ambientais, torna ainda mais explosiva a necessidade da dialética entre produção-destruição inerente aos atuais modelos de desenvolvimento econômico e tecnológicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por se tratar de uma nova tecnologia e considerando o reduzido conhecimento científico a respeito dos riscos de OGMs, torna-se indispensável que a liberação de plantas transgênicas para plantio e consumo, em larga escala, seja precedida de uma análise criteriosa de [risco](#) à saúde humana e do efeito desses produtos e serviços ao meio ambiente, respaldadas em estudos científicos, conforme prevê a legislação vigente. Assim, normas adequadas de biossegurança, licenciamento ambiental, e mecanismos e instrumentos de monitoramento e rastreabilidade são necessários para assegurar que não haverá danos à saúde humana, animal e ao meio ambiente. Também são imprescindíveis estudos de impacto socioeconômicos e culturais, daí a relevância da análise da oportunidade e conveniência que uma nação deve fazer antes da adoção de qualquer produto ou serviço decorrente da transgenia.

É neste contexto, que a maioria dos países invocam o [Princípio da Precaução](#), como diretriz para a tomada de decisões. Assim, quando há razões para suspeitar de ameaças de sensível redução ou de perda de biodiversidade ou, ainda, de riscos à saúde humana, a falta de evidências

científicas não deve ser usada como razão para postergar a tomada de medidas preventivas. Desta forma, a adoção do Princípio da Precaução, constitui uma alternativa concreta a ser adotada diante de tantas incertezas científicas. Desta associação respeitosa e funcional do homem com a natureza, surgem as ações preventivas para proteger a saúde das pessoas e os componentes dos ecossistemas.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 19 mai. 2015.
- COLOMBO, Silvana Brendler. O princípio da precaução no Direito Ambiental. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>>. Acesso em 19 mai. 2015.
- COSTA, Thadeu Estevam Moreira Maramaldo *et all*. Avaliação de Risco dos Organismos Geneticamente Modificados. **Ciências e Saúde Coletiva**, n. 16, v. 1, 2007; p. 327-336. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csc/v16n1/v16n1a35.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2015.
- FACCO, Fernando Alberto; SCHNAIDER, Taylor Brandão; SILVA, José Vitor. A Bioética: histórico e princípios. **Enciclopédia Bioesfera**, v. 6, n. 11, 2010, p. 1-11. Disponível em: <<http://www.conhecer.org.br/enciclop/2010c/a%20bioetica.pdf>> Acesso em: 22 Mai. 2015.
- GOLDIM, José Roberto. O Caso Tuskegee: quando a ciência se torna eticamente inadequada. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/tueke2.htm>>. Acesso em 22 mai. 2015.
- LOCH, Jussara de Azambuja; **princípios da bioética**. Disponível em: <<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Princ%C3%ADpios/PRINC%C3%8DPIOS%20DA%20BIO%C3%89TICA%20%283%29.pdf>> Acesso em: 23 mai. 2015.
- MOSS, Bob. **Genetically Modified Organisms (GMOs):** Transgenic Crops and Recombinant DNA Technology, 2008. Disponível em: <<http://www.nature.com/scitable/nated/topicpage/genetically-modified-organisms-gmos-transgenic-crops-and-732>>. Acesso em 18 mai.2015.
- NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar. **Revista Nutrição**, n. 16, v. 1, 2003, p. 105-116. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-52732003000100011> Acesso em 17 mai.2015.
- PORTO, Marcelo Firpo. Riscos incertezas e vulnerabilidades: transgênicos e os desafios para a ciência e a governança. **Revista Política & Sociedade**, n. 7, out. 2005, p. 77-103 Disponível em:

<<https://www.google.com.br/#q=Alimentos+Transg%C3%AAnicos:+Um+tema+de+incertezas+n+o+futuro>> Acesso em: 17 mai. 2015.

RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Víctor Augustus. A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**, n. 17, v. 2, 2012, p. 359-368. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n2/a10v17n2.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2015.

SCHRAMM, Fermin Roland. Uma breve genealogia da bioética em companhia de Van Rensselaer Potter. **Revista - Centro Universitário São Camilo**. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/87/A5.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2015.

SOCIEDADE Brasileira de Bioética. Disponível em: <<http://www.sbbioetica.org.br/quem-somos>>. Acesso em: 23 mai. 2015.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em:<http://www.anis.org.br/Cdo1/Comum/DocInternacionais/doc_int_o8_unesco_declaracao_bioetica_port.pdf> Acesso em: 22 mai. 2015.

ZANONI, Magda; FERMENT Gilles. Transgênicos alimentos para quem?. **Agricultura, Ciências e Sociedade**, 2011. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CDgQFjAE&url=http%3A%2F%2Faspta.org.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2011%2F08%2FTransgenicos_para_quem.pdf&ei=TShbVbrxCYuxggSTr4GwDA&usg=AFQjCNHqGsdqFnkm-L2dCBLCVB4q5irOg&sig2=Pc_DWAoBCGr6jiAErsyHkw&bvm=bv.93564037.d.cWc>. Acesso em 17 mai.2015.

O AVANÇO DA CIRURGIA PLÁSTICA ENTRE OS ADOLESCENTES NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO PARA A BIOÉTICA

CAROLINA DIAMANTINO ESSER¹
IANA SOARES DE OLIVEIRA PENNA²

RESUMO

Dados recentes da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica e do Instituto Datafolha demonstram a crescente busca de cirurgias plásticas estéticas por adolescentes entre 14 e 18 anos. Considera-se como possíveis causas para referido avanço a estipulação de padrões estéticos pela mídia, sem que a autonomia cognoscitiva de nossos jovens seja respeitada, de modo que a sua autonomia nem sempre é devidamente preservada. Ademais, os valores da sociedade de consumo e o fenômeno do hedonismo pós-moderno também contribuem para que o discernimento individual ceda espaço à busca de padrões não estipulados pelos próprios indivíduos, de maneira livre. Nesse cenário, a bioética e a atuação do médico junto aos responsáveis pelos adolescentes tornam-se fundamentais, para que a decisão de operar seja tomada de modo livre de qualquer influência externa e, muitas vezes, alienante.

Palavras-chave: Bioética. Cirurgia plástica. Adolescentes.

INTRODUÇÃO

Em pesquisa recentemente divulgada pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, (2012) salta aos olhos o avanço da procura por cirurgias plásticas entre adolescentes³ com idade entre 14 e 18 anos. No presente trabalho, pretendemos analisar a crescente procura dos adolescentes por cirurgias para fins estéticos, já que o Instituto de Pesquisa Datafolha (2009) nos informa que a maioria das cirurgias no Brasil ocorre para estes fins.

¹ Mestranda em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. E-mail para contato: caroldesser@yahoo.com.br.

² Doutoranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail para contato: iana.penna@gmail.com.

³ Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, ser adolescente a pessoa entre doze e dezoito anos de idade, nos seguintes termos: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” No presente trabalho será analisada a situação dos adolescentes com mais de quatorze anos de idade, conforme destacado em pesquisa divulgada pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica.

Levantaremos as possíveis causas para a busca crescente de cirurgias estéticas entre os adolescentes, a validade jurídica do consentimento prestado, bem como questionaremos qual o papel dos profissionais da saúde e dos responsáveis pelos nossos adolescentes, ante a tal realidade.

OS ADOLESCENTES BRASILEIROS E A CIRURGIA PLÁSTICA

De acordo com pesquisa realizada pelo Datafolha em 2009, 73% das cirurgias plásticas realizadas no Brasil foram estéticas. As modalidades mais buscadas foram o aumento de mama, a lipoaspiração e cirurgias no abdômen. Além disso, dados da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica demonstraram que entre 2008 e 2012, houve um aumento de 114% na realização de operações por adolescentes entre 14 e 18 anos, “O número de cirurgias plásticas em adolescentes entre 14 e 18 anos mais do que dobrou em quatro anos – saltou de 37.740 procedimentos em 2008 para 91.100 em 2012 (141% a mais)” (Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, 2012).

Em vista desse cenário, traremos algumas das possíveis causas para o avanço de tal procura por nossos jovens.

POSSÍVEIS CAUSAS DO EXCESSIVO NÚMERO DE CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS REALIZADAS POR ADOLESCENTES

OS PADRÕES ESTÉTICOS DETERMINADOS PELA MÍDIA E A NECESSIDADE DE CONCEBERMOS O DIREITO À AUTONOMIA COGNOSCITIVA

É notável que a mídia brasileira exerce ampla influência nos jovens, no que diz respeito ao alcance do corpo ideal. Nos programas televisivos, a colocação de indivíduos com corpos esculturais e impecáveis. Nas revistas, depoimentos e indicação de procedimentos cirúrgicos que podem culminar no corpo perfeito, muitas vezes divulgados pelas celebridades, demonstram a crescente preocupação com a forma física e a constante busca pela perfeição,

Nas sociedades modernas há uma crescente preocupação com o corpo, com a dieta alimentar e o consumo excessivo de cosméticos, impulsionados basicamente pelo processo de massificação das mídias a partir dos anos 1980, onde o corpo ganha mais espaço, principalmente nos meios midiáticos. (CAMARGO, 2013)

Referidos meios de comunicação, em muitos momentos, incentivam determinados modelos de corpos e modos de vida para promover o consumo de determinados produtos,

colocados como essenciais na vida dos indivíduos. O sociólogo Zygmunt Bauman, estudioso do capitalismo e de sua invasão na vida privada das pessoas, entende que a cultura do consumo saiu de controle,

Os encontros de potenciais consumidores com os potenciais objetos de consumo tendem a se tornar as principais unidades na rede peculiar de interações humanas conhecida, de maneira abreviada, como “sociedade de consumidores”. Ou melhor, o ambiente existencial que se tornou conhecido como “sociedade de consumidores” se distingue por uma reconstrução das relações humanas a partir do padrão, e à semelhança, das relações entre os consumidores e os objetos de consumo. Esse feito notável foi alcançado mediante a anexação e colonização, pelos mercados de consumo, do espaço que se estende entre os indivíduos – esse espaço em que se estabelecem as ligações que conectam os seres humanos e se erguem as cercas que os separam. (2008, p. 19)

Bauman (2008, p.11) chama atenção para o fato de os adolescentes do mundo pós-moderno sentirem-se incitados a publicizar sua vida pessoal, repetindo aquilo que os outros jovens de sua geração realizam, fazendo com que os padrões estéticos “na moda” sejam difundidos,

Os adolescentes equipados como confessionários eletrônicos portáteis são apenas aprendizes treinando e treinados na arte de viver numa sociedade confessional – uma sociedade notória por eliminar a fronteira que antes separava o privado e o público, por transformar o ato de expor publicamente o privado numa virtude e em um dever públicos, e por afastar da comunicação pública qualquer coisa que resista a ser reduzida por confidências privadas, assim como aqueles que se recusam a confidenciá-las.

Eugènes Enriquez *apud* Bauman (2008, p.9), nos informa que

Desde que não se esqueça que o que antes era invisível – a parcela de intimidade, a vida interior de cada pessoa – agora deve ser exposto no palco público (principalmente nas telas de TV, mas também na ribalta literária), vai-se compreender que aqueles que zelam por sua invisibilidade tendem a ser rejeitados, colocados de lado ou considerados suspeitos de um crime. A nudez física, social e psíquica está na ordem do dia.

Sendo assim, os padrões estéticos são amplamente divulgados pela mídia e pelas redes, sendo posteriormente reproduzidos entre os jovens, em um ciclo vicioso de divulgação de um corpo modelo, a ser cegamente buscado.

Tendo por base essa realidade, Zolo trata sobre o surgimento e consolidação dos direitos de “terceira geração”, que abrangem três categorias de “novos direitos”. Dentre eles, nos chama atenção um direito que relaciona-se com referida influência da mídia sobre os adolescentes, o denominado “direito à autonomia cognoscitiva”, “(...) a capacidade racional de cada sujeito

de controlar, filtrar e interpretar as comunicações que recebe” (2011, p.16). De acordo com o jurista italiano, o direito à autonomia cognoscitiva é uma espécie de direitos de “terceira geração”, mas que estão se constituindo, não tendo ainda sido positivados.

Ora, no Brasil, nossos jovens já nascem expostos a uma enxurrada de informações e padrões estéticos, sem que sejam, em muitos casos, alertados pelos pais ou responsáveis da importância de, individualmente, construir sua própria identidade. Os padrões estéticos corporais são tidos como metas a serem alcançadas, sem que seja possibilitada qualquer reflexão sobre a necessidade ou os benefícios e sem que seja sequer levada em conta a individualidade e os anseios de cada um.

O direito à autonomia cognoscitiva faz parte de uma nova categoria de direitos humanos, pouco discutida no meio jurídico. Em pesquisa à bibliografia brasileira, não há discussão entre os juristas sobre referido direito. A nosso ver, em vistas dos dados neste trabalho apresentados, relativos às cirurgias estéticas realizadas por nossos adolescentes, é latente a discussão sobre o direito à autonomia cognoscitiva, bem como sobre os demais aspectos jurídicos e éticos que circundam referida questão. É função dos responsáveis e também dos médicos, quando procurados por adolescentes, de desenvolver nesses adolescentes a sua autonomia, de forma plena e individual.

O HEDONISMO PÓS-MODERNO

Além da colocação de padrões estéticos, muitas vezes realizada pela mídia, temos ainda, nos dias atuais, a ascensão do denominado “hedonismo pós-moderno”, a pregação na sociedade pós-moderna da necessidade de sermos felizes a qualquer custo. De acordo com FORTES (2009),

(...) o sujeito atual organiza-se a partir do eixo individualista-hedonista, e o sofredor não se encaixa nos moldes atuais de exaltação do eu e exibicionismo. Vemo-nos acossados pela obrigação de ser feliz. (...) Com efeito, a cultura do hedonismo está intrinsecamente associada à sociedade do consumo. Nosso dever é ser feliz e a felicidade implica o consumo. (...)

Nesta lógica, há uma redução absoluta da figura da alteridade, pois mesmo outro ser humano pode tornar-se objeto de consumo, servindo assim como mero instrumento para o prazer egóico do sujeito. Neste contexto, o outro só existe enquanto reforçar a autoexaltação narcísica do sujeito, como meio para alimentar o eu, e não como relação de alteridade. Como um objeto de consumo qualquer, o outro da relação pode ser também rapidamente descartável. Há, assim, uma relação predatória do outro, que só existe de forma “útil”, na medida em que é fonte de prazer para o eu, afirmando-se aqui o utilitarismo nas relações interpessoais, que prega que o outro pode ser reduzido a mero objeto de troca.

A partir da constatação da diminuição do campo da alteridade pode ser analisada a fragilidade dos laços sociais na contemporaneidade. O que se apresenta ao sujeito no campo da alteridade é limitado e empobrecido, conduzindo ao recrudescimento do gozo solitário.

O trabalho de FORTES (2009) se torna ainda mais oportuno quando cita Debord,

Como assinala Debord (1997), uma das características da sociedade do espetáculo é não oferecer espaço para o diálogo. Ao espetáculo cabe a função de “fazer ver”, de parecer e aparecer, constituindo-se não como uma troca efetiva entre os seus participantes, o que faria dessa produção uma atividade que faz laço entre os homens, mas como uma representação independente, cuja finalidade é o exibicionismo (p. 18). O efeito da precariedade do vínculo com o outro é o sentimento de solidão e de vulnerabilidade.

Nesse cenário, o adolescente utiliza a cirurgia como modo de alcançar um padrão estético venerado, como sinônimo de felicidade,

A sociedade de consumo apresenta a esses jovens a ideia de que quem não tem determinado corpo não consegue ser feliz. A sociedade da aparência e do espetáculo os informa que, para ser notado, é preciso apresentar uma beleza padrão. O depoimento de uma garota na reportagem citada revela bem essa questão. Diz ela: “Quem não tem peitão não é ninguém”. (SAYÃO, 2013)

Além do depoimento mencionado na citação acima, outros podem ser colhidos com facilidade, como os mencionados em reportagem exibida pela TV Globo e reproduzida no site do programa Fantástico, que demonstra a busca pela perfeição por uma adolescente:

Ana Luiza não gostava nem de tirar fotos por vergonha dos seios, que considerava pequenos. “Eu tinha meio receio de usar biquíni. Eu ficava meio sem graça de ver as meninas com peito e eu sem nada”, conta a adolescente que aos 16 colocou silicone. “Estava muito ansiosa já, estava passando da hora de eu colocar peito”, disse. Ela fez também uma lipoaspiração. “Foi junto com a cirurgia do silicone. Já aproveitei e já fiz tudo”, ela lembra. Só que agora, ela quer mais. “Ainda tenho algumas insatisfações. Eu mudaria minha perna. Mas, tirando isso, meu peito e minha barriga”, revela. (Rede Globo, 2013)

Por tudo isso, o hedonismo pós-moderno pode ser considerado uma das causas para a alta busca dos adolescentes por cirurgias plásticas estéticas. Verificaremos, a seguir, até que ponto a busca de padrões outorgados pela mídia e as práticas hedonistas não estariam culminando no tratamento da saúde como um bem de consumo, assim como ocorrido no século XX, conforme nos ensina Gracia (2004, p. 70).

Veremos, na próxima seção, como a medicina no século XX sofreu uma revolução, na medida em que passou a funcionar em razão de uma saúde que não é mais somente o contrário de doença, mas também um ideal de bem-estar e felicidade dos indivíduos:

Saúde e doença vinham funcionando secularmente como termos antitéticos, de modo que se definia a saúde como ausência de doença e vice-versa. Agora, ao contrário, se afirma que a saúde não se resume à ausência de doença, mas significa o gozo de um completo bem-estar físico, mental e social. É difícil não enxergar por trás dessa mudança a ética utilitarista de felicidade. (...) Na verdade, o âmbito da saúde e da medicina cresce tanto que acaba por sobrepor-se ao âmbito de toda vida humana. (GRACIA, 2004, p. 70)

A SAÚDE ENTENDIDA COMO BEM DE CONSUMO

Diego Gracia (2004), médico e filósofo espanhol, realiza fundamental análise histórica da medicina ao longo dos séculos. De acordo com referido autor (2004, p.54), a medicina do século XX foi transformada a partir da ética keynesiana, que apregoava que o consumo deveria crescer exponencialmente, descartando-se a importância da poupança pela população,

A teoria clássica fundamentava a atividade econômica na poupança e em seu investimento posterior em bens de produção: a riqueza só pode crescer se as pessoas economizarem em vez de consumir e investirem o poupado em bens geradores de nova riqueza. Por sua vez, Keynes julga que o centro da economia não deve situar-se na poupança, mas no consumo.

Para Keynes, o consumo pela população deveria ser plenamente incentivado pelo Estado, a partir das instituições de seguros sociais, que evitassem a necessidade das famílias pouparem, pensando em eventuais necessidades futuras (GRACIA, 2004, p.54). É notável, portanto, como a saúde misturou-se a concepções utilitaristas de consumo,

Essa menção é importante por demonstrar como o keynesianismo concebia uma sociedade livre e opulenta, capaz de assumir sem dificuldades as listas de direitos, não somente os negativos ou civis e políticos, mas também os positivos ou econômicos, sociais e culturais, entre eles o direito a assistência médica, que os assume por razões não de beneficência ou de justiça, mas de utilidade. Os direitos econômicos, sociais e culturais são “economicamente úteis”. (...) Lutas pelos direitos humanos e pela seguridade social é útil de todos os pontos de vista: econômico, político e ético. Há portanto uma correlação entre o novo sistema econômico, o neocapitalismo, a recente ordem social, a sociedade de consumo, a ordem política do Estado de bem-estar (Welfare State) e a ética utilitarista. (GRACIA, 2004, p.58)

Dessa maneira, podemos dizer que o século XX representou uma grande revolução da medicina, já que passou de domiciliar a hospitalar, houve a especialização dos médicos e, o que mais nos interessa, os pacientes passaram de “pobres de fato” – conforme denominação de Gracia (2004, p.75) - a produtores e consumidores. Inclusive, Gracia (2004, p. 75) chega a comparar o consumo da saúde com a produção bélica,

A guerra e o armamento são alguns dos consumos privilegiados, não porque sejam preferíveis à produção de alimentos ou de residências, mas sim por não possuírem limite, já que podem ser estimulados de modo quase indefinido. No entanto, a experiência das últimas décadas demonstra que o consumo de saúde tem surpreendentes semelhanças com o de armamentos. De pronto, os dois se caracterizam por não possuir limite, a saber, porque seu consumo pode ser estimulado de modo crescente, sem o perigo de que se produza a saturação do mercado (...) (GRACIA, 2004, p.75)

Em que pese tais características, em 1978 a Organização Mundial da Saúde iniciou uma tentativa de modificação deste cenário,

Os governos têm a obrigação de cuidar da saúde dos povos, obrigação que só podem cumprir mediante a adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas. Um dos principais objetivos sociais dos governos, das organizações internacionais e de toda a comunidade mundial no curso dos próximos decênios deve ser que todos os povos do mundo alcancem no ano 2000 um nível de saúde que lhes permita levar uma vida social e economicamente produtiva. A atenção primária de saúde é a chave para alcançar essa meta como parte do desenvolvimento conforme ao espírito de justiça social. (GRACIA, 2004, p.84)

Sendo assim, a saúde que antes era entendida como um bem de consumo pela população, a partir da perspectiva keynesiana, passou a ser tratada pela Organização Mundial de Saúde - OMS como um bem de produção. Percebeu-se que não há como se alcançar um nível de excelência de bem-estar nas populações, almejando-se, a partir daí, metas e níveis de bem-estar a serem paulatinamente alcançados.

Todavia, em que pese a tentativa na OMS, ainda no século XX, de trazer de volta à saúde e à medicina o seu caráter humanitário, entendemos que, infelizmente, a crescente busca de cirurgias estéticas pelos adolescentes brasileiros, dentre outros fatores, pode ser interpretada como um retorno à concepção da saúde como um bem de consumo. Nesse sentido, Gracia (2004, p.95),

Temos de aceitar o princípio de que o usuário é quem define hoje, e é sobretudo quem vai definir no futuro, o que é uma necessidade de saúde e, portanto, o que é saúde e o que é doença. Isto, como já disse, pode levar a uma série de arbitrariedades; mais: muito provavelmente já está levando a elas. Os usuários pedem coisas

pouco racionais, quando não impossíveis, o que produz neles grande frustração e aprofunda o desânimo nos profissionais. Isso se deve para muitos à perda do paradigma clássico. Para mim, pelo contrário, deve-se a algo que cada vez cobrará mais importância no futuro, a saber, a necessidade de educar a sociedade para as dimensões valorativas ou axiológicas do corpo e da saúde. A irracionalidade foi produzida porque a emancipação dos usuários precedeu o processo de reflexão política sobre essas questões.

Ante a tal situação, o sociólogo Bauman (2004) denomina a nossa sociedade de “modernidade líquida”. Para ele, vivemos para consumir, guiados por padrões efêmeros e inconstantes. O capitalismo se instaurou de tal modo em nossa sociedade, que não só vivemos para comprar, para saciar nossos desejos materiais a qualquer custo, como também transformamos nossos objetivos de vida em mercadorias.

As relações humanas tornam-se objetos facilmente descartáveis,

A instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades, assim como a resultante tendência ao consumo instantâneo e à remoção, também instantânea, de seus objetos, harmonizam-se bem com a nova liquidez do ambiente em que as atividades existenciais foram inscritas e tendem a ser conduzidas no futuro previsível. Um ambiente líquido-moderno é inóspito ao planejamento, investimento e armazenamento a longo prazo. De fato, ele tira do adiamento da satisfação seu antigo sentido de prudência, circunspeção e, acima de tudo razoabilidade. (BAUMAN, 2008, p.45)

Percebe-se, portanto, que o consumismo faz com que os indivíduos entrem em um ciclo vicioso de realização de desejos intermináveis, num culto à satisfação a qualquer custo. Não seria isso que acontece com nossos jovens, ao procurar cirurgias estéticas para alcançar padrões determinados pela sociedade de consumo? Eles não estariam perdendo sua individualidade e aceitação da forma como sua identidade é autonomamente?

Mittmann também trata sobre esta sociedade de consumo,

O discurso da sociedade de consumo tem como característica apresentar os objetos de desejo como uma necessidade. O sujeito dos depoimentos, que consome o próprio corpo, mostra-se, de início com uma falta. Falta essa que será preenchida através da cirurgia plástica, seja ela um procedimento de inserção, retirada ou deslocamento. Paradoxalmente, até a retirada funciona como tentativa de preenchimento da falta. Assim, num primeiro momento, sempre há a descrição de alguma forma de sofrimento em função de uma desvantagem em relação ao outro, quer dizer, o sujeito do início do depoimento é um sujeito incompleto. É um sujeito que se apresenta, já de início, em função do olhar do outro, faltando-lhe um atributo de que o outro parece dispor. É claro que como a incompletude é constitutiva da própria subjetividade, esse sujeito jamais alcançará o preenchimento, a não ser na forma de ilusão. (2006)

Verifica-se, portanto, que o consumismo atual, juntamente com a cultura do hedonismo pós-moderno e a imposição de padrões estéticos pela mídia podem ser tomados como algumas causas para o crescimento de cirurgias plásticas estéticas realizadas pelos adolescentes brasileiros.

Frente a tal cenário, traçaremos a seguir algumas discussões sobre o discernimento dos nossos adolescentes, em vista de tantos fatores externos comprometendo o desenvolvimento de sua autonomia plena.

CIRURGIA PLÁSTICA, DIREITOS DA PERSONALIDADE E AUTONOMIA PRIVADA⁴

Partindo-se da discussão apresentada acima, relativa ao grande número de cirurgias plásticas realizadas por adolescentes e suas possíveis causas, cumpre agora analisar tais práticas a partir do estudo dos direitos da personalidade e dos atuais contornos dados à autonomia privada.

A cirurgia plástica é um procedimento que provoca alterações corporais, sejam para proporcionar melhorias funcionais ou estéticas. Por isso, pode ser, de acordo com a finalidade visada, estética ou reparadora. Conforme já mencionado, apenas aquelas intervenções que tenham finalidade estética, ou seja, aquelas realizadas com o intuito de proporcionar uma melhoria na aparência corporal, interessam ao presente estudo.

Por ser uma intervenção no corpo, a realização de cirurgia plástica é exercício de direito da personalidade. Tais direitos podem ser assim definidos, de acordo com Maria de Fátima Freire Sá,

Direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna. São direitos de personalidade a vida, a intimidade, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, os dados genéticos e todos os seus demais aspectos que projetam a sua personalidade no mundo. (2011, p. 49)

A análise dos chamados direitos da personalidade torna-se importante na medida em que tais direitos referem-se a direitos essenciais para o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Seu estudo é de fundamental importância, notadamente nos últimos tempos em que

⁴ Capítulo adaptado da dissertação de mestrado de PENNA, I. S.O. Dignidade da pessoa humana e direito à identidade na redesignação sexual. 2010. 119 f. Dissertação (Mestrado) – o Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.– Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em <http://www.lambda.maxwell.ele.pucRio.br/Busca_estatisticas.php?strSecao=resultado_todos_anos&nrSeq=18434@1>.

os bens protegidos por tais direitos, entre eles o corpo, vem sendo constantemente desafiados pelas inovações científicas e tecnológicas.

Tais inovações vêm sendo percebidas de forma mais acentuada na medicina, que a cada dia apresenta novas possibilidades, o que tem influído de forma direta no aumento do número de cirurgias plásticas.

Para Maria Celina Bodin de Moraes,

Tais bens, de fato, passaram a construir os pontos cardeais de nosso sistema jurídico, o qual, porém, tem sido sistematicamente bombardeado e desafiado – assim como vem ocorrendo em todos os cantos do mundo – por inovações científicas e tecnológicas de grande magnitude e de conseqüências aparentemente imprevisíveis, incontroláveis e inevitáveis. (2008, p. 368)

Tais avanços no campo de medicina demonstram a plasticidade que vem sendo dada ao corpo humano. Segundo Rodotà, “O corpo humano está em contínua transformação” (2004, p. 91) e ainda,

As inovações tornadas possíveis em razão da inovação científica e tecnológica impedem encerrar a visão do corpo como “encarnação imodificável em si”: ele se torna “uma construção pessoal, um objeto transitório e manipulável, suscetível de múltiplas metamorfoses segundo os desejos individuais”. (MORAES, 2004, p. 91)

Nesse contexto, diante das inúmeras possibilidades que se apresentam com as inovações tecnológicas no campo da medicina estética, é preciso que se definam quais são os atuais contornos da autonomia privada para, em seguida, serem analisadas a legitimidade e a validade da manifestação de vontade do adolescente que opta por realizar uma cirurgia estética.

Etimologicamente, o termo autonomia tem origem no grego *autós*, que significa próprio, a si mesmo, e *nomos*, que significa norma, lei, ou seja, significa, sob esse aspecto, auto-governo ou o direito de criar as suas próprias normas (FREIRE SÁ, 2009 p. 42).

A autonomia privada é entendida como a possibilidade de regulamentar interesses, sejam eles patrimoniais ou não patrimoniais. Para Francisco Amaral, autonomia privada é “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.” (2000, p. 337).

Para Rose Melo Vencelau Meireles, “Autonomia privada significa regulamentação de interesses, patrimoniais e não patrimoniais.” (2009, p. 74) e ainda, “Trata-se de um princípio que confere juridicidade àquilo que for definido pelo titular para o regramento

de seus interesses, por meio das vicissitudes jurídicas relacionadas às situações subjetivas respectivas.” (2009, p. 74).

É a autonomia privada que assegura ao particular o poder de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, sendo uma manifestação da liberdade. Tal poder existe porque é reconhecido pelo ordenamento jurídico e não porque deriva da vontade.

Para discutir o conceito de autonomia privada na atualidade, necessário se faz um afastamento do conceito tradicional, formado nos séculos XVIII e XIX, baseado em uma liberdade individual plena e focado apenas em relações patrimonialistas. O conceito tradicional de autonomia privada baseava-se em um ideário liberal e tinha como objetivo garantir o acúmulo e a circulação de riquezas, afastando qualquer tipo de intervenção por parte do Estado.

Tendo em vista que a pessoa foi colocada em lugar de destaque no ordenamento jurídico contemporaneamente, a ideia de autonomia está relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, estando reservado a cada um dos sujeitos um espaço de individualidade, no qual possa, de forma autônoma, decidir sobre seu desenvolvimento pessoal.

Definido o que seja autonomia privada, resta discutir sua aplicação às situações jurídicas existenciais, como são os atos que implicam em modificação corporal, especificamente a realização de cirurgias plásticas estéticas.

É comum a afirmativa de que o fundamento dos atos de autonomia privada é a livre iniciativa econômica, encontrada, no artigo 170 da Constituição Federal. Tal fundamento pode servir aos atos de autonomia privada que se refiram às situações que tenham como objetivo o lucro, mas não será adequado às situações em que o exercício da autonomia vise regulamentar situações existenciais.

Sendo a dignidade da pessoa humana valor protegido pelo ordenamento jurídico, e partindo do pressuposto de que tanto as situações jurídicas patrimoniais quanto as existenciais tem como finalidade a promoção e o desenvolvimento da pessoa humana, conclui-se que, em todos os casos, a dignidade deve ser protegida.

O que diferencia o fundamento das situações jurídicas patrimoniais das existenciais, já que ambas visam promover o desenvolvimento da pessoa humana, é a forma com que fazem tal promoção e desenvolvimento. As situações jurídicas existenciais, “incidem imediatamente sobre o desenvolvimento da personalidade, ao passo que as situações patrimoniais apenas mediadamente servem a este fim.” (MEIRELES, 2009, p. 39) Ou ainda, “Será existencial a situação jurídica subjetiva se os efeitos diretos e essenciais incidirem sobre a personalidade do seu titular.” (MEIRELES, 2009, p. 52)

Sendo o direito ao corpo um direito da personalidade e defendida uma ampla autonomia privada no tocante aos atos existenciais, com fundamento na dignidade humana, resta discutir os requisitos para que tais atos sejam válidos.

Optar por uma modificação corporal, como ocorre no caso da intervenção cirúrgica estética, significa exercer um ato de autodeterminação. Para se falar na possibilidade da autodeterminação dos direitos da personalidade é preciso definir quais são os requisitos para que referido ato seja considerado válido. Saliente-se que os atos de aceitação ou de disposição do exercício dos direitos da personalidade são atos de autonomia, nesse sentido,

Embora se refira, frequentemente, aos problemas éticos derivados das descobertas e das aplicações das ciências biológicas, que tiveram grande desenvolvimento na segunda metade do século XX, mister ressaltar que referida ciência tem como uma de suas preocupações principais a questão da autonomia do paciente. (...) Mas a autonomia não é condição para a existência apenas da Medicina e da Ética (bioética), mas condição também para a vida do Direito (Biodireito) em uma perspectiva democrática. (FREIRE SÁ e NAVES, 2009, p.2)

Referidos autores chamam atenção ainda para o papel do médico na proteção da autonomia do paciente,

A relação médico-paciente sofre substancial transformação com a consideração desse princípio. A relação de autoridade perde espaço para a consideração do paciente como sujeito partícipe do processo de tratamento. Para tanto, o processo de intervenção deve ser transparente, permitindo que o paciente tenha o máximo de informações antes de decidir. Daí a exigência do consentimento informado. (2009, p.34)

Sobre a autonomia, não podemos deixar de citar Gracia (2004, p.94),

Com base na repetição de tópicos, acabamos por nos convencer de que o princípio de autonomia é o mesmo que consentimento informado. Nada mais distante da realidade. O consentimento informado não é o núcleo forte do princípio de autonomia, mas sim uma consequência dele. O que a autonomia apresentou ao mundo da saúde foi um novo modo de tomar decisões, um novo modo, portanto, de definir o que é saúde e o que é doença, um novo critério para definir o que é uma necessidade de saúde.

Sendo assim, primeiramente, é preciso definir se tais atos podem ser classificados como negócios jurídicos, uma vez que tal nomenclatura sempre se referiu a atos relativos a situações patrimoniais. A partir do gênero atos jurídicos, temos duas espécies, os atos jurídicos stricto sensu e o negócio jurídico, sendo que no primeiro os efeitos são decorrência da lei e no segundo os efeitos decorrem preponderantemente da vontade das partes e não de disposição

legal, “Os negócios jurídicos são atos em que o elemento volitivo possui uma direção certa, a dos efeitos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento, mas cujo conteúdo tem um âmbito de livre disposição.” (MEIRELES, 2009, p. 111)

Segundo Maria Helena Diniz,

A presença necessária da emissão da vontade no negócio jurídico e sua conformidade com a lei sugere uma investigação deste elemento volitivo, o que já não ocorre com o ato jurídico em sentido estrito em que a intenção das partes situa-se em plano secundário, e cujo efeito se produz *ex lege*. (2009, p.448)

É certo que a categoria do negócio jurídico foi criada em uma época em que as situações existenciais não eram conhecidas enquanto fenômenos jurídicos. Ocorre que, na atualidade, tal categoria se adequa às situações que refletem na esfera pessoal dos indivíduos (TEIXEIRA, 2010, p. 104).

Definido que o negócio jurídico também é categoria que se aplica aos atos de autonomia existencial, importante analisar como os elementos previstos no artigo 104⁵ do Código Civil Brasileiro se aplicam a tais situações.

O primeiro elemento a que o Código faz referência, e o que mais nos interessa no presente estudo, é o agente capaz. Nas situações que envolvem questões existenciais, averiguar se o agente tem discernimento, torna-se mais importante que a análise da capacidade. O que importa é que o agente tenha discernimento, seja capaz de entender a situação concreta e manifestar sua vontade. Como nesses casos o que se almeja é a concretização da dignidade humana e a promoção da personalidade, as subjetividades devem ser amplamente respeitadas⁶ (MEIRELES, 2009, p. 129-130).

No caso da realização de cirurgias plásticas por adolescentes, não temos sujeitos capazes por não terem idade suficiente (considerando os menores de 18 anos), mas nem por isso tais atos podem ser considerados inválidos, mesmo porque existe a autorização do responsável legal. O que importa é verificar se há discernimento. Ao tratar sobre a curatela dos incapazes, Freire de Sá e Moureira tratam da importante construção da individualidade do incapaz pelo seu curador,

⁵ “**Art. 104.** A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.”

⁶ O Enunciado n.º 138, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, no qual interpretou-se o Art. 3º do Código Civil da seguinte forma: Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto (www.jf.gov.br).

Direitos da personalidade não podem ser exercidos pelo curador, eis que intransmissíveis e, portanto, autoreferenciais. Todavia, na atualidade, vislumbramos possibilidades de legitimação da atuação do curador no sentido de construir a personalidade do curatelado, a partir da dimensão biográfica por ele assumida. (FREIRE DE SÁ e MOUREIRA, 2011, p.139)

O discernimento garante que a pessoa esteja agindo de forma livre, sem a influência de pressões externas. E é exatamente essa a questão: se o grande número de cirurgias plásticas realizadas por adolescentes podem ser justificadas, conforme exposto acima, pela visão de saúde como um bem de consumo, pela cultura hedonista pós-moderna e pela imposição de padrões estéticos pela mídia, podemos dizer que há discernimento? Há exercício da autonomia?

É justamente no tocante ao discernimento que se quer discutir a questão da cirurgia plástica estética buscada por adolescentes. No âmbito do presente trabalho, estamos considerando adolescentes aqueles indivíduos com idade entre 14 e 18 anos, ressalvados aqueles com 18 anos, que já são plenamente capazes. A partir de toda a discussão sobre a mídia e sobre a liquidez da modernidade atual, poderíamos dizer que o consentimento desses adolescentes é livre e esclarecido? Ou eles estariam sendo guiados cegamente por padrões estéticos, sem a construção de sua própria identidade de modo individual?

Parece ser negativa a resposta a ambas as questões acima. Se não existe autonomia cognoscitiva, não há como existir discernimento. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, “Podemos, então, afirmar que para que a ação seja autônoma em termos dos agentes normais que agem (1) intencionalmente, (2) com entendimento e (3) sem influências controladoras que determinem sua atuação.” (2010, p. 105).

O segundo elemento, referenciado no inciso II, é o objeto, que nas situações jurídicas existenciais refere-se a questões relacionadas ao livre desenvolvimento da personalidade. É a delimitação do objeto que irá diferenciar as situações patrimoniais das existenciais, e por consequência a disciplina jurídica adequada a cada uma delas.

No inciso III, o Código faz referência à forma prescrita ou não defesa em lei; para os atos de autonomia existenciais, vigora a liberdade de forma, “A forma livre é, inclusive, facilitadora da disposição existencial voltada ao livre desenvolvimento da pessoa.” (MEIRELES, 2009, p. 142).

O exercício ou não dos direitos de personalidade, deve ser compreendido como uma manifestação da personalidade do indivíduo, uma vez que, nessas situações, deve predominar a liberdade. Esses direitos não podem ser vistos como imposições, mas sim como instrumentos de garantia do livre desenvolvimento da personalidade, garantidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana.

É preciso reconhecer que os projetos de vida e os valores em uma sociedade são distintos, devendo ser permitido que cada pessoa possa optar pelos que lhe atenda e seja condizente com a construção de sua personalidade. Diante desses fatores, não é possível afirmar que toda cirurgia plástica estética realizada por adolescentes esteja condicionada por fatores externos impedindo que haja discernimento. O que se quer discutir no presente estudo é se existem ou não tais influências e qual o papel do médico e dos responsáveis na realização de tais procedimentos.

Segundo Maria de Fátima Freire de Sá, “E, a materialização da autonomia pressupõe requisitos para que se dê de maneira válida, quais sejam: informação, discernimento e ausência de condicionadores externos.” (2009, p. 46).

A limitação ao exercício de tais direitos só deve ocorrer quando o titular for incapaz de discernir de forma livre e condicionamentos externos como os citados acima podem acarretar esse impedimento. A realização de uma cirurgia plástica representa um ato de autodeterminação corporal e, portanto, o exercício de um direito da personalidade. O que se discute é se existiria, para além dos requisitos do art. 104 do Código Civil, limites impostos a esse ato.

Para que o ato seja tutelado pelo ordenamento jurídico, é preciso que exista merecimento. A análise do merecimento é feita a partir da liberdade que integra o conteúdo jurídico da dignidade humana e visa o livre desenvolvimento da personalidade.

UMA SOLUÇÃO POR MEIO DA BIOÉTICA

Partindo das reflexões até agora levantadas, vimos que a utilização da cirurgia plástica por adolescentes nos leva à discussão dos fins da medicina e da saúde. A bioética surge justamente nesse cenário de reflexão dos fins da medicina, “A bioética do novo milênio, se quiser abordar de fato os problemas que tem diante de si, terá de ser uma ética de responsabilidade, deverá portanto conceder um lugar privilegiado à reflexão sobre os fins.” (GRACIA, 2004, p.99).

A Constituição brasileira nos garante a saúde. Mas, o que é a saúde? A que saúde a nossa Constituição se refere? Estaria ela relacionada a uma busca implacável por um bem-estar construído alienadamente por meio de padrões impostos pela mídia e pela sociedade de consumo? Será que os pais –ou responsáveis - ou os médicos não deveriam contribuir para a desvinculação de nossos adolescentes a padrões e valores corporais ditados pela moda, resgatando a individualidade de cada um?

Gracia (2004, p.12) é categórico ao nos informar que o médico deve situar-se para além de uma atividade mercantil, sendo responsável por pessoas e valores, muitas vezes vulneráveis,

Para os profissionais de saúde, o profissionalismo constitui mais que uma atividade mercantil regulada pela competência das leis; também é mais que uma atividade técnica provedora de um bem ou serviço necessário, pois os que se dedicam à saúde protegem pessoas vulneráveis e valores sociais igualmente vulneráveis.

Ora, os adolescentes, dependendo de sua idade e formação familiar, em muitos momentos não têm sua autonomia totalmente desenvolvida, de modo que poderíamos questionar se o seu discernimento é adequado para uma decisão tão importante quanto se submeter a uma cirurgia plástica estética,

Entre as características psicológicas da chamada síndrome normal da adolescência encontramos a atemporalidade, configurada pelo imediatismo de ações e um imaginário exageradamente fantasioso, características essas que podem ser erroneamente manuseadas pelos diversos profissionais que lidam com essa faixa etária. Muitas vezes, decisões impulsivas e impensadas de correções estéticas podem induzir a sérios problemas psicológicos futuros, fundamentalmente por não terem atingido suas expectativas imaginárias. As cirurgias estéticas na adolescência devem ser discutidas pelo pediatra clínico e pelo cirurgião plástico, com o objetivo de se atingir um julgamento cirúrgico adequado, devendo ser valorizados aspectos como: idade ideal para correção; inserção social; estabilidade emocional; auto-estima e auto-imagem; higidez física. (BARROS, 2007)

Sendo assim, é fundamental que no momento em que o adolescente demonstra interesse em realizar uma alteração estética em seu próprio corpo, os responsáveis, juntamente ao médico, verifiquem se a escolha é devidamente refletida e individualizada, ou se o desejo é fruto apenas de um momento em que os jovens buscam os padrões estéticos determinados pela sociedade de consumo e pela mídia. Afinal, a medicina não pode estar desconectada da ética, e a bioética, por sua vez, necessariamente está ligada à reflexão sobre os valores,

O êxito da bioética parece estar muito relacionado à necessidade da sociedade de refletir de forma profunda sobre os problemas de valor. (...) A bioética deve portanto assumir sua responsabilidade de ser foro de debate dos problemas de valor relativos à administração do corpo humano e da vida. (...) a bioética médica tem por objetivo educar os profissionais da saúde e os usuários dos serviços de saúde, ou seja, todos, quanto à questões de valor relativas à gestão da vida e do corpo, da saúde e da doença. (GRACIA, 2004, p.103)

Os valores do paciente e da sociedade que o circunda, portanto, devem ser considerados pelos médicos, justamente para que a medicina deixe de ser somente uma gama de práticas positivadas e se torne humanizada (Gracia, 2004, p.110). Para o autor, “O que se diz hoje é que o profissional tem de estar formado em técnicas de comunicação e de apoio emocional, a

fim de que sua relação com o paciente seja adequada e que desse modo a relação clínica seja satisfatória e cumpra com seu objetivo, o maior benefício do paciente.” (GRACIA, 2004, p. 316).

Especialmente no que diz respeito à responsabilidade médica o modelo de conduta que deve ser buscado é o que Gracia chamou de “modelo deliberativo de profissão” (2004, p. 314). Respeitando-se sempre a autonomia e a pluralidade de projetos de vida, a postura médica, especialmente no que diz respeito ao trato com os adolescentes, pessoas que ainda estão construindo suas subjetividades, não deve ser nem de beligerância (modelo absolutista), nem de neutralidade (modelo liberal), mas deliberativa. “Esse há de ser o seu grande poder, e essa sua grande responsabilidade” (GRACIA, 2004, p. 317).

Não é possível que se fale de uma neutralidade total do médico, a postura responsável a ser adotada é aquela capaz de auxiliar o adolescente a discernir sobre o que realmente o leva a procurar uma intervenção médica com o intuito de modificar sua forma física. Uma postura deliberativa significa, “implicação no mundo dos valores, também no dos valores do outro, de todos os demais, e por isso mesmo deliberação conjunta sobre esses valores.” (GRACIA, 2004, p. 317).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aumento das cirurgias plásticas estéticas realizadas por indivíduos com idade entre 14 e 18 anos no Brasil chama a atenção do Direito e da Bioética. Excetuando os sujeitos com 18 anos, o presente trabalho pretendeu analisar a situação dos denominados adolescentes, de 14 a 17 anos (com base na pesquisa divulgada pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, 2012).

Referido tema traz reflexões ao Direito e à Bioética, em primeiro lugar, porque estamos tratando de cirurgias para fins estéticos. Considerando o ato de submeter-se a uma cirurgia com tais fins como o exercício de um direito da personalidade, necessário verificar se tal decisão tem sido tomada, pelos indivíduos em análise, de modo livre, autônomo e consciente. Em outras palavras, como está o discernimento desses jovens?

Infelizmente, ao levantarmos referida discussão, verificamos que há influência de fatores externos e, muitas vezes, alienantes, que comprometem a autonomia privada e o discernimento desses indivíduos. A busca por padrões estéticos venerados pela mídia, no contexto de uma modernidade líquida, em que o consumo passa a ser um objetivo irrenunciável de vida, tem tomado conta das decisões de nossos jovens, de modo avassalador. Somado a isso, o fenômeno da felicidade a qualquer custo, denominado por psicanalistas como hedonismo pós-moderno, desenvolve nesses indivíduos uma corrida atrás de modelos a serem seguidos de modo uniforme e sem individualidade.

Mas como resolver tal situação? Ora, infelizmente, a tecnologia, em que pese os grandes avanços que trouxe à pós-modernidade, também traz uma insegurança ao Homem contemporâneo, que não tem mais controle sobre as informações e padrões que, muitas vezes tacitamente, são a ele impostos. Daí a necessidade de maior discussão sobre o direito à autonomia cognoscitiva. Mas, há personagens nesse contexto que poderiam resgatar os adolescentes, resgatar sua individualidade e a construção pessoal, de cada um, do que é para ele a “vida boa”. São os médicos e os responsáveis pelos pacientes adolescentes.

No momento em que o adolescente manifesta o seu interesse por uma intervenção em seu corpo, para fins estéticos, a Bioética deve tomar forma, tanto no campo familiar quanto no campo médico. Ambos são os contextos que passarão a circundar o indivíduo a ser operado, entre o momento de sua manifestação de vontade de ser operado e a entrada na sala de cirurgia.

Isso porque a bioética não descarta a análise minuciosa dos valores extrínsecos e intrínsecos, do paciente e do seu médico. E, porque não, daqueles que são por ele responsáveis. Por isso, a questão colocada inicialmente nos serviu para concluir que um discernimento plenamente desenvolvido só pode estar repousado sobre uma construção individual e livre da identidade. Tal construção só seria possível através da ética da responsabilidade, bem tratada por Gracia (2004), a ser praticada pelos médicos e pelos responsáveis por nossos jovens. Afinal, medicina e Direito podem ter o seu lado científico, mas jamais podem se eximir da carga de valores que lhes permeia.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROS, Ricardo do Rêgo. **Cirurgia plástica na adolescência**. Revista Oficial do Núcleo de Estudos da Saúde do Adolescente UERJ. Vol.4 n° 1. Disponível em <http://www.adolescenciaesau- de.com/detalhe_artigo.asp?id=120>, acesso em 1º de abril de 2013.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos de personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição Cidadã de 1998**: efetivação ou impasse constitucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369-388.

CAMARGO, Orson. **Mídia e o culto à beleza do corpo**. Disponível em <<http://www.brasilecola. com/sociologia/a-influencia-midia-sobre-os-padroes-beleza.htm>>, acesso em 03 de agosto de 2013.

DALSENTER, Thamis. **Corpo e autonomia:** a interpretação do artigo 13 do Código Civil brasileiro. 2009. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 26. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FORTES, Isabel. **A psicanálise face ao hedonismo contemporâneo.** Revista Mal-Estar e Subjetividade, volume 9, nº 4. Fortaleza: 2009. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482009000400004>, acesso em 29 de setembro de 2012.

GRACIA, Diego. **Pensar a bioética: metas e desafios.** São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA DATAFOLHA. **Cirurgia Plástica no Brasil.** Janeiro de 2009. Disponível em <<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/wp-content/uploads/2012/11/pesquisa2009.pdf>>, acesso em 23 de fevereiro de 2013.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MITTMANN, Solange. **O discurso negado nos depoimentos sobre cirurgia plástica.** In: Encontro do Círculo de Estudos Linguísticos do Sul, 7, 2006, Pelotas, RS. MATZENAUER, Carmen L. B. et al (Orgs.). Anais Pelotas: EDUCAT, 2008. p. 1-6. Disponível em <<http://www.celsul.org.br/Encontros/07/dir2/1.pdf>>, acesso em 18 de abril de 2013.

PENNA, Iana Soares de Oliveira. **Dignidade da pessoa humana e direito à identidade na redesignação sexual.** 2010. 119 f. Dissertação (Mestrado) – o Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.– Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em <http://www.lambda.maxwell.ele.pucRio.br/Busca_estatisticas.php?strSecao=resultado_todos_anos&nrSeq=18434@1>.

REDE GLOBO. **Número de cirurgias plásticas entre adolescentes quase triplica em 4 anos.** Estética é o principal motivo que leva 60% dos pacientes a enfrentar um bisturi, no Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/08/numero-de-cirurgias-plasticas-entre-adolescentes-quase-triplica-em-4-anos.html>>, acesso em 12 de novembro de 2013.

RODOTÀ, Stefano. Transformações no corpo. In: **RTCD Revista Trimestral de Direito Civil.** n. 19, jul-set. 2004, p. 91-107.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire; PONTES, Maíla Mello Campolina. **Autonomia privada e o direito de morrer**. In: Direito Civil: Atualidades III – Princípios Jurídicos no Direito Privado. César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves (Coordenadores) Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 37-54.

SAYÃO, Rosely. **A busca pela imagem perfeita**. <<http://www.controversia.com.br/index.php?act=textos&id=3>>, acesso em 20 de julho de 2013.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. **Número de cirurgias plásticas entre adolescentes aumenta 141% em 4 anos**. Disponível em <<http://www2.cirurgioplastica.org.br/numero-de-cirurgias-plasticas-entre-adolescentes-aumenta-141-em-4-anos/>>, acesso em 29 de agosto de 2013.

ZOLO, Danilo. **Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra**. Organizado por Maria Luiza Alencar Ferreira e Giuseppe Tosi. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

A BIOÉTICA E A EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL: UMA BUSCA POR NOVAS ALTERNATIVAS

SABRINA FRANÇA HEANCIO¹
CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ²

RESUMO

Diante do crescente interesse da sociedade na questão dos direitos dos animais, percebe-se que a temática da “experimentação animal” se tornou alvo de vários debates. Existem atualmente normas que abarcam os direitos dos animais, como a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, além das legislações em âmbito nacional e internacional sobre a experimentação que se utiliza de modelos não humanos, as quais se mostram essenciais para a proteção da vida e dignidade destes seres. Considerando que são realizados diversos experimentos que se utilizam de animais, faz-se mister uma análise destes em conjunto com os princípios da bioética, além de questionar se há ou não a dependência da saúde humana com experimentos realizados com modelos não-humanos. Então, considerando estas questões, discute-se se são viáveis ou não novas técnicas e métodos alternativos, para que o uso de animais seja dispensado nestes tipos de teste. Diante disso, este artigo busca compreender como se relacionam a bioética e os experimentos em animais a partir da abordagem da bioética e seu conceito, origem e princípios, assim como da “experimentação animal” e acerca da legislação nacional e internacional sobre a questão, para que se relacione a bioética e os experimentos que se utilizam de animais, para então analisar as técnicas e métodos alternativos, tendo por base o método dedutivo de abordagem.

Palavras-chave: Bioética. Experimentação animal. Técnicas alternativas.

INTRODUÇÃO

A questão da bioética no que tange aos experimentos é um tema relevante, principalmente quando se analisa a dignidade, sofrimento e integridade do modelo utilizado pela pesquisa, que, geralmente, é um modelo não-humano. Conjuntamente com a discussão bioética, nota-se que hoje o direito dos animais tem ganhado força, principalmente quando se percebe a mobilização das pessoas na defesa do direito destes, inclusive no que tange à experimentação animal.

Percebe-se que atualmente há um questionamento no sentido de saber se a ética está realmente presente nos experimentos que envolvem animais. Essa discussão ganha ainda

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Vila Velha (UVV).

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

mais força quando são divulgados casos de maus tratos e de não observância de normas e preceitos éticos por parte de algumas empresas.

Assim, nota-se que surgem movimentos em prol da defesa dos animais e mobilização pela utilização de métodos alternativos de experimentação, já que existem estes casos de não observância de normas éticas, assim como há o questionamento se estes seres devem ou não ser submetidos a tais atos que podem provocar-lhes dor, além de buscar compreender se há ou não a dependência entre uso de animais e a saúde humana.

A partir disso, será realizado um estudo acerca da bioética, sua origem, conceito e seus princípios e também será abordada a questão da experimentação animal, sua conceituação, histórico e a legislação em âmbito nacional e internacional que envolve a temática. Assim, será possível analisar a relação entre a bioética e a experimentação que se utiliza de modelos não humanos, como também buscar compreender se há ou não a necessidade da utilização desse tipo de experiência e discutir como estão sendo defendidas as novas alternativas aos experimentos em questão.

A BIOÉTICA

A bioética é um tema de relevância quando se pensa em ética e sua relação com a vida, não só humana, mas também a vida animal. Diante das inovações tecnológicas e avanços na ciência, se mostra necessária uma discussão acerca da bioética, a qual deve pautar as intervenções do homem sobre a vida.

Nesse sentido, no presente item pretende-se discutir o conceito de bioética, sua origem e os princípios que a regem para que seja possível uma análise conjunta com a experimentação animal.

ORIGEM E CONCEITO

A expressão “bioética”, segundo Goldim foi usada pela primeira vez por Fritz Jahr em 1927, o mesmo “caracterizou a bioética como sendo o reconhecimento de obrigações éticas, não apenas com relação ao ser humano, mas para com todos os seres vivos”. (JAHR apud GOLDIM, 2006, p. 86).

Após isso, V. R. Potter, em 1970, segundo Goldim (2006, p. 86), qualificou a bioética de forma que esta estabelece

uma interface entre as ciências e as humanidades que garantia a possibilidade de futuro [...]. Posteriormente, no final da década de 1980, Potter enfatizou a característica interdisciplinar e abrangente da bioética, denominando-a de global. O seu objetivo era restabelecer o foco original da Bioética, incluindo, mas não restringindo, as discussões e reflexões nas questões da medicina e da saúde, ampliando as mesmas aos novos desafios ambientais.

Ainda no que tange ao entendimento de Potter, Goldim (2006, p. 87) alude que

em 1998, Potter redefiniu a Bioética como sendo uma Bioética profunda (*deep bioethics*) [...]. A Bioética profunda é ‘a nova ciência ética’, que combina humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar intercultural, que potencializa o senso de humanidade.

A partir disso, nota-se que a bioética surgiu de forma bem abrangente, a qual abarca as plantas e os animais no contexto ético. Nota-se que, segundo Goldim (2006, p. 87), “a visão integradora do ser humano com a natureza como um todo, em uma abordagem ecológica, foi a perspectiva mais recente”.

Com relação ao conceito de bioética, tem-se diversas conceituações que a definem enquanto ciência.

Segundo Junqueira (2011, p. 8), tem-se um conceito de bioética que pode ser utilizado, o qual afirma que

Bioética (“ética da vida”) [...] é a ciência “que tem como objetivo indicar os limites e as finalidades da intervenção do homem sobre a vida, identificar os valores de referência racionalmente proponíveis, denunciar os riscos das possíveis aplicações” (LEONE; PRIVITERA; CUNHA, 2001).

Assim, a bioética deve ser encarada como uma área de pesquisa interdisciplinar, sendo que os vários profissionais envolvidos com a questão terão alguma contribuição a oferecer (JUNQUEIRA, 2011, p. 8).

Já Câmara e Silva (2011, p. 29) afirmam que

pode-se dizer que a Bioética é designada para traçar o como a ciência deve agir. A bioética é uma estrutura de conceitos éticos presentes em uma sociedade destinada à proteção da vida perante as outras ciências, visando, a partir da moral, a garantir uma conduta em prol do desenvolvimento da vida.

A partir dos conceitos supracitados, discorrer-se-á a respeito dos princípios que regem a bioética.

PRINCÍPIOS

A bioética atual é formulada e interpretada à luz dos seguintes princípios: a beneficência, a autonomia e a justiça.

No que tange ao princípio da beneficência/não maleficência, vale dizer que este é um princípio no qual a prática profissional deve se pautar.

Nesse sentido, Junqueira (2011, p. 18) alude que

beneficência significa “fazer o bem”, e não maleficência significa “evitar o mal”. Desse modo, sempre que o profissional propuser um tratamento a um paciente, ele deverá reconhecer a dignidade do paciente e considerá-lo em sua totalidade (todas as dimensões do ser humano devem ser consideradas: física, psicológica, social, espiritual).

Com relação ao princípio da autonomia, pode-se afirmar que esta é uma importante ferramenta no que diz respeito às questões éticas presentes na prática profissional. Nesse sentido, Fabríz (2003, p. 109) entende que este princípio é “identificado como respeito à pessoa, o princípio da autonomia [...] denota que todos devem ser responsáveis por seus atos”.

Também nesse diapasão, afirma Junqueira (2011, p. 19) que esse princípio defende que “as pessoas têm ‘liberdade de decisão’ sobre sua vida. A autonomia é a *capacidade de autodeterminação* de uma pessoa, ou seja, o quanto ela pode gerenciar sua própria vontade, livre da influência de outras pessoas”.

No que tange à autonomia das pessoas, Fabríz (2003, p. 109) destaca que “devem-se respeitar a vontade, os valores morais e as crenças de cada pessoa”.

Logo, duas questões se mostram essenciais para garantir a autonomia das pessoas: a informação e a liberdade (JUNQUEIRA, 2011, p. 19). Assim, a pessoa deve possuir liberdade a ponto de decidir o que quer fazer, assim como possuir a informação necessária para conseguir tomar certas decisões.

No tocante ao princípio da justiça, vale ressaltar que este também deve ser considerado no que tange às atitudes pautadas na bioética. Esse princípio, conforme Junqueira (2011, p. 20), “se refere à igualdade de tratamento e à justa distribuição das verbas do Estado para a saúde, a pesquisa etc”. Além disso, a autora ainda destaca que pode-se acrescentar outro conceito ao princípio da justiça, que seria o conceito de equidade, “que representa *dar a cada pessoa o que lhe é devido segundo suas necessidades*” (JUNQUEIRA, 2011, p. 20).

A EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL

No que concerne à experimentação animal, faz-se necessário compreender o conceito deste termo, como também mostra-se importante buscar uma análise do histórico da utilização dos animais em experimentos. Também faz-se mister destacar a legislação nacional e internacional sobre a questão.

CONCEITO E HISTÓRICO

No que tange ao conceito de experimentação animal, tem-se várias conceituações do termo de acordo com o pensamento dos autores que tratam acerca da questão. Serão aludidos os conceitos de Blakiston, Smith e Boyd e Paixão.

Com relação à conceituação de experimentação, alude Blakiston (apud, PAIXÃO, 2001, p. 6) que pode-se esta pode ser compreendida como um “procedimento levado a efeito, visando a descobrir princípio ou efeito desconhecido, pesquisar uma hipótese ou ilustrar um princípio ou fato conhecido.”

Já no que tange ao pensamento de Smith e Boyd (apud, PAIXÃO, 2001, p. 7) no que concerne aos experimentos que se utilizam de modelos não-humanos, mostra-se relevante dizer que

um aspecto que deve ser citado é que a “experimentação animal” pode se referir ao estudo em animais para um maior conhecimento deles próprios, e possíveis aplicações na própria saúde e bem-estar dos animais, tal como ocorre especialmente no campo da medicina veterinária. No entanto, de forma mais frequente, os animais são utilizados como “modelos”, a fim de que se obtenha conhecimento e possíveis benefícios para a espécie humana. Esse tipo de pesquisa biomédica é que será constantemente o foco principal das críticas, tanto em seus aspectos morais quanto científicos. O termo “pesquisa biomédica”, também pode ser utilizado para ambas as situações.

Vale ressaltar também as ideias propostas por Paixão (2001, p. 6) acerca deste tipo de experimentação, que afirma que “no caso da ‘experimentação animal’, refere-se a procedimentos realizados em animais. Não se pretende definir aqui o que é um animal, sendo considerada uma abordagem ampla, entendida como seres pertencentes ao Reino *Animalia*, excluindo-se os animais humanos”.

No que concerne ao histórico, nota-se que desde a pré-história há a utilização da experimentação animal, segundo Clark (apud, PAIXÃO, 2001, p. 15),

a capacidade de observar os animais sempre esteve presente no homem, que foi capaz de aproveitar, já naquela época, seus poucos conhecimentos sobre o organismo do animal em seu próprio benefício. As pinturas rupestres demonstram, por exemplo, que os homens pré-históricos já identificavam o coração como um órgão vital a ser atingido a fim de que o ato de caçar fosse bem sucedido, tal como demonstra o bisão com flechas enterradas no coração, da caverna de Niaux no Ariège, Sul da França.

Nesse sentido, aludem Machado, Pinheiro e Marçal (2009, p. 5) que “considerados como seres cuja função estaria restrita fundamentalmente a servir o ser humano, não há por que cogitar que lhe seria atribuído papel diferente com o advento dos estudos científicos”.

Dessa forma, alude Paixão (2001, p. 15) que

por volta de 500 aC, surgem os registros mais antigos de observações anatômicas reais, em anotações de Alcmêon, um nativo da colônia grega de Croton, que os adquiriu através da prática da dissecação de animais.

Ainda nesse diapasão, Paixão (2001, p. 15) aborda como o estudo em animais foi utilizado por Aristóteles, considerando este estudo “fundamental para Aristóteles (384-322 aC), sendo provável que nunca tenha dissecado o corpo humano, embora conste que tenha dissecado mais de 50 espécies animais e seja considerado como o fundador da anatomia comparada”.

Também nos períodos anteriores à Cristo, pode-se afirmar, segundo Singer (apud, PAIXÃO, 2001, p. 16), que

ainda na primeira metade do século III aC, na Escola de Alexandria, Herófilo, ao que tudo indica, foi o primeiro a dissecar animais em público e Erasístrato, o primeiro a realizar experimentos com animais vivos, o que possibilitou a sua descrição de que as artérias, quando cortadas durante a vida, contém sangue. Por seu trabalho, Erasístrato é considerado o fundador da fisiologia experimental e o primeiro vivisseccionista. Nesse caso, vale lembrar que a vivissecação ocorria em animais não anestesiados, já que na época ainda não se tinham descoberto as drogas anestésicas.

Com isso, percebe-se que os animais eram utilizados para servir os interesses humanos desde os períodos anteriores à Cristo, sendo também neste espaço de tempo que se tem os primeiros usos dos animais em experimentações através da dissecação e vivissecação.

Já com relação aos experimentos realizados no período depois de Cristo, faz-se mister destacar, conforme alude Paixão (2001, p. 16), que

Galeno (129-199 dC), considerado “o príncipe dos médicos”, habitualmente pesquisava em animais vivos, tendo utilizado para seu estudo de músculos, particularmente o chamado macaco da Barbária. É também considerado o primeiro a realizar demonstrações em animais vivos em público, utilizando porcos, macacos

e outras espécies. Com a morte de Galeno praticamente cessam as pesquisas práticas e os experimentos em animais só voltam a ser descritos em meados do século XV e século XVI.

Percebe-se que, “desde então, os questionamentos científicos evoluíram, e com isso a experimentação em animais tornou-se crescente, a partir do séc. XVIII, levando em consideração basicamente a noção de que os animais não sentem dor” (PAIXÃO, 2001, p. 17).

Já no séc. XIX, vale ressaltar que a experimentação animal foi considerada como um importante método científico, sendo François Magendie o pioneiro nas experimentações nesse âmbito no período em questão (PAIXÃO, 2001, p. 17).

Apesar dessa grande utilização dos animais em experimentos científicos, faz-se mister mencionar que alguns cientistas se mostravam preocupados com a dor e sofrimento dos modelos não humanos que eram usados nesses procedimentos. Nesse sentido, Ryder (apud, PAIXÃO, 2001, p. 18), alude que

Robert Boyle (1627-1691) e Robert Hook (1635-1703), que utilizavam animais em seus experimentos, declararam perceber intenso sofrimento e não desejar repetir os mesmos experimentos e, em 1665, Edmund O’Meara (1614 -1681) já dizia que a agonia a que os animais eram submetidos daria origem a resultados distorcidos.

Também nesse sentido pensava James Ferguson que, segundo Ryder (apud, PAIXÃO, 2001, p. 19), foi o cientista “considerado pioneiro em buscar alternativas à utilização de animais em experimentos” e também “criticava o sofrimento do animal utilizado em experimentos sobre a respiração”.

Assim, nota-se que, no decorrer do tempo, que alguns cientistas começaram a se preocupar com o sofrimento dos modelos não humanos utilizados nos experimentos científicos. Ademais, houve uma busca por limitar o uso dos animais nesses atos, de forma a fomentar uma discussão sobre novas alternativas de experimentação.

Isto posto, pode-se afirmar que o histórico da utilização dos animais em experimentos se mostra como uma evolução, no sentido de avaliar se o uso destes seres nos experimentos provocavam ou não dor. Assim, no período inicial, havia a experimentação sem que houvesse uma análise do sofrimento provocado ao animal. Com o passar do tempo, muda-se para uma situação de questionamento da crueldade envolvida na utilização destes seres nas experimentações. Diante disso, percebe-se que os próprios cientistas começaram a se questionar se essas práticas eram ou não aceitáveis diante da possibilidade de provocar a dor e sofrimento nos modelos não humanos utilizados em experimentos científicos, principalmente no que tange ao contexto da medicina.

A LEGISLAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL

No que concerne à legislação a respeito da experimentação animal, pode-se dizer que existem leis nacionais e internacionais acerca do tema.

No âmbito nacional, a lei nº 6.638 de 1979 estabelecia normas para a utilização dos animais em experimentos didático-científicos, permitindo a vivissecção destes seres. Além disso, como versam Chalfun e Oliveira (2009, p. 1236),

determinou o uso de anestesia, proibiu a realização das práticas por estudantes menores de idade em estabelecimentos de ensino de 1º e 2º grau e sem supervisão de técnicos especializados. Estabeleceu que os animais submetidos à vivissecção devem receber cuidados especiais antes e depois do procedimento. Estipulou por fim que fosse regulamentada a existência de órgãos e autoridades para fiscalização de biotérios e centros de experiências.

Já a Lei de Crimes Ambientais, a lei 9.605 de 1998, busca, conforme aludido anteriormente, a substituição dos animais em experimentos, mesmo que estes tenham fins didáticos ou científicos. Nesse sentido, afirma o art. 32 da referida lei no caput e em seus parágrafos 1º e 2º:

Dos Crimes contra a fauna: [...]

Art. 32: Praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 10 Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 20 A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Porém, destaca-se que hoje a regulamentação de órgãos de fiscalização e controle de experimentação animal é feita pela lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008, conhecida como Lei Arouca. Esta lei, conforme Chalfun e Oliveira (2009, p. 1237), “regulamente atualmente a prática da experimentação animal, seja com finalidade científica ou de ensino”.

Ainda no que tange à Lei Arouca, vale destacar o pensamento de Chalfun e Oliveira (2009, p. 1237), que dizem que esta lei

é considerada por alguns como um progresso e por outros, notadamente os abolicionistas, como um retrocesso, pois, ao regulamentar a utilização de animais em práticas de ensino e pesquisas científicas, acabou por estimular, regular ou humanizar a prática de experiências com animais. Vale notar que o incentivo legal para os métodos substitutivos já estava contemplado na Lei de Crimes Ambientais.

Dessa forma, pode-se perceber que a Lei Arouca, de 2008, buscou regulamentar uma conduta que não é permitida pela Lei de Crimes Ambientais, de 1998. Assim, destaca-se que a Lei Arouca incentivou o emprego de animais em laboratório, já que busca a regulamentação das experiências com estes seres. Isso vai de encontro inclusive ao que versa a Constituição Federal, que em seu artigo 225, §1º, inciso VII. Segue o texto constitucional, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco a função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Percebe-se que a Carta Magna brasileira se posiciona no sentido de vedar práticas que submetam os animais a práticas cruéis. Nesse sentido, aludem Chalfun e Oliveira (2009, p. 1238) que “utilizar animais sadios, restringir sua liberdade, dispor das suas vidas, integridade física e moral, não podem ter outra denominação a não ser maus-tratos, crueldade”.

A partir disso, pode-se afirmar que a Lei Arouca se mostra contraditória no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração as disposições tanto da Constituição Federal quanto da Lei de Crimes Ambientais, que são anteriores a referida legislação.

Já que no que tange à legislação internacional, vale mencionar a relevância da Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Chalfun e Oliveira (2009, p. 1236) afirmam que este é

o documento internacional mais importante em prol da defesa dos animais, símbolo potencial do advento de um novo entendimento em relação à vida e à dignidade dos animais não-humanos, em que pese não ostentar, consoante majoritariamente se afirma, status normativo, bem como ser frequentemente diminuída na sua interpretação. Considerada uma carta de princípios, é referendada por diversos países, sendo o Brasil um dos seus signatários.

No que tange à experimentação animal, destaca-se o artigo 8º da referida declaração, o qual afirma que

Artigo 8º:

- a) A experimentação animal, que implica em sofrimento físico, é incompatível com os direitos do animal, quer seja uma experiência, médica, científica, comercial ou qualquer outra.
- b) As técnicas substitutivas devem ser utilizadas e desenvolvidas.

Assim, mostra-se que no cenário internacional a experimentação animal também possui limitações e há também a defesa pela busca por técnicas substitutivas. Faz-se mister destacar que, também nesse sentido, a Lei Arouca se mostra incompatível com as disposições normativas acerca da experimentação animal, já que a busca por métodos alternativos deve ser priorizada.

Isto posto, nota-se que tanto a legislação nacional e internacional abarcam os experimentos em animais, sendo que estas, com exceção da Lei Arouca, priorizam a busca por técnicas substitutivas a utilização de modelos não humanos em testes científicos.

A BIOÉTICA E SUA RELAÇÃO COM OS EXPERIMENTOS QUE SE UTILIZAM DE MODELOS NÃO-HUMANOS

No presente item será abordado: as perspectivas éticas acerca da utilização de modelos não-humanos nas pesquisas científicas; assim como a questão da justificação da superioridade humana para que os animais sejam utilizados em experimentos e também a análise da suposta relação de dependência entre a saúde humana e a experimentação animal.

AS PERSPECTIVAS ÉTICAS

No que concerne à bioética, pode-se afirmar que existem diferentes perspectivas éticas acerca da questão. Serão aludidas neste contexto as duas posições defendidas pelos protetores dos animais.

Com relação ao pensamento dos defensores dos animais, vale destacar, segundo Cruz (2014, p. 16), que alguns “laboram em favor da elevação do estado de bem-estar dos animais (bem-estaristas)” e tem-se também “os que argumentam pela total abolição do uso de animais pelos humanos (abolicionistas), mas esta não é uma divisão tão bem definida”.

Nesse sentido, conforme alude Rodrigues (2010, p. 205), pode-se dizer que “duas são as grandes vertentes compartilhadas entre os defensores dos Direitos dos Animais: Bem-estar animal e Abolicionismo Animal, com respectivas complexidades”.

No que tange ao Bem-estar Animal, Broom e Molento (2004, p. 2), aludem que o termo bem-estar “deve ser definido de forma que permita pronta relação com outros conceitos, tais como: necessidades, liberdades, felicidade, adaptação, controle, capacidade de previsão, sentimentos, sofrimento, dor, ansiedade, medo, tédio, estresse e saúde”.

Dessa forma, Rodrigues (2010, p. 205) afirma que a vertente do Bem-estar Animal, em seu aspecto que envolve o protecionismo utilitarista,

preconiza que os Direitos dos Animais estão fundamentados no respeito, bem-estar, no valor intrínseco, na compaixão, na sensibilidade ao sofrimento, na inteligência e outros conceitos de ordem moral, tendo estreita relação com produtividade e saúde dos não-humanos. Ou seja: a questão está atrelada aos deveres do ponto de vista ético e não, do Direito.

Assim, pode-se afirmar que a vertente supracitada se utiliza de fundamentos éticos para a defesa do bem-estar animal, visto que não há menção à proteção legislativa destes seres no que tange aos seus direitos. Por isso, diz-se que se trata de uma perspectiva ética no que tange à experimentação animal.

Já no que defende os “welfaristas”, ainda na vertente do Bem-estar Animal, segundo Rodrigues (2010, p. 205), pode-se dizer que estes

utilizam-se de duas noções fundamentais: o tratamento humanitário e a eliminação de qualquer sorte de sofrimento desnecessário. Nesta linha, protege-se o bem-estar dos Animais desde que exista certa precaução relacionada à regulamentação da exploração dos não-humanos, vez que são considerados como meios para alcançar os fins humanos e, com isso, passíveis de serem apropriados pelos homens e considerados como coisas ou objetos.

Pelo exposto, os “welfaristas” justificam o uso dos animais em experimentos, considerando que são utilizados para atingir um bem maior, que trará benefícios aos humanos. Porém, tem-se a ressalva de que devem ser levados em conta o tratamento humanitário e a regulamentação dessa exploração dos animais.

Em contrapartida, tem-se a visão abolicionista. Esta perspectiva ética, consoante com o pensamento de Rodrigues (2010, p. 206), é visivelmente mais radical e

propõe uma libertação dos Animais não-humanos por meio da consideração de seus direitos subjetivos. Sustentada por Tom Regan, [...] os não-humanos possuem os mesmos direitos de experimentar a experiência do viver, já que são “sujeitos-de-uma-vida”, e propõe uma ruptura total com o antropocentrismo de modo a propugnar pelos direitos dos não-humanos como uma extensão dos direitos fundamentais.

A partir disso, pode-se dizer que os abolicionistas defendem a aplicação do princípio da igualdade no que tange aos animais. Nesse sentido, consoante com o pensamento de Singer (2002, p. 65),

tendo aceito o princípio da igualdade como uma sólida base moral para as relações com outros seres de nossa própria espécie, também somos obrigados a aceita-la como uma sólida base moral para as relações com aqueles que não pertencem à nossa espécie: os animais não-humanos.

Assim, pode-se afirmar que os abolicionistas são a favor de uma proteção radical aos animais, propondo que estes não sejam submetidos a nenhum tratamento cruel, mesmo que seja em casos de obter benefícios aos humanos. Posto isto, nota-se que esta vertente de pensamento abomina qualquer tipo de experimentação que se utiliza de modelos não-humanos, já que os direitos subjetivos destes seres devem ser considerados.

A “SUPERIORIDADE” DA RAÇA HUMANA E A UTILIZAÇÃO DOS ANIMAIS EM EXPERIMENTOS: O ANTROPOCENTRISMO

No que concerne à utilização dos animais em experimentos, tem-se uma teoria antropocêntrica que é usada como base de fundamentação desse tipo de prática.

Acerca do antropocentrismo, vale destacar que esta é uma vertente que advém desde a Grécia Antiga e, segundo Tavares (2011, p. 223),

o advento da filosofia colocou a razão em um papel de destaque na busca pelo conhecimento, e o homem, considerado o único ser racional, adquiriu um status quase que divino na sua relação com a natureza e com os demais seres vivos. Em sua maioria, os filósofos gregos acreditavam na natureza como um bem a serviço exclusivamente da espécie humana.

Diante dessa perspectiva, percebe-se que o ser humano era considerado um ser intocável e que deveria ter seus interesses alcançados mediante o uso dos animais, já que estes eram considerados menores, sem importância.

Nesse diapasão, alude Baratela (2014, p. 77) que

a visão antropocêntrica da relação do homem com a natureza nega o valor intrínseco do meio ambiente e dos recursos naturais, o que resulta na criação de uma hierarquia na qual a humanidade detém posição de superioridade, acima e separada dos demais membros da comunidade natural. Essa visão priva o meio ambiente de uma proteção direta e independente.

Diante disso, pode-se afirmar que a visão da defesa do Bem-estar animal, segundo a perspectiva dos “welfaristas” se encaixa nesse contexto, considerando que o homem, por ser superior, pode se utilizar de modelos não-humanos para alcançar benefícios no que tange à experimentação científica.

Em oposição ao que defende o antropocentrismo, existe o posado feito pelo biocentrismo. Como alude Baratela (2014, p. 81), “para esta visão, a natureza é titular de direitos,

postulando um valor intrínseco para a natureza e rejeitando uma diferença de tratamento entre seres humanos e não humanos”.

Assim, pode-se perceber que o foco do biocentrismo é, como alude Baratela (2014, p. 82), “o respeito a outras formas de vida, derivado muitas vezes da aceitação de uma Ética Ambiental”. Assim, tem-se o respeito à vida e a todos os aspectos a ela inerentes.

Isto posto, percebe-se que a superioridade dos seres humanos em relação aos seres não-humanos é uma questão relativa, visto que existem diversas abordagens em sentido contrário. Logo, o antropocentrismo é uma teoria atualmente mitigada, apesar de muitos ainda a defenderem.

A SUPOSTA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ENTRE A SAÚDE HUMANA E A EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL

Um dos argumentos utilizados pelos que defendem o uso de animais nos testes científicos é de que esta pode trazer benefícios aos humanos. Porém, questiona-se até que ponto a saúde humana depende da utilização dos testes de medicamentos e outros tipos de experimentos científicos realizados em modelos não-humanos.

No que tange à questão, alude Cruz (2014, p. 133) que

compreendido que as doenças e as causas de mortalidade têm suas raízes para além da carga genética, não faz sentido buscar saúde para humanos, alocando recursos em experimentos que utilizam animais, pois, mesmo que seja alto o grau de semelhança genética dos humanos com relação aos macacos e camundongos, por exemplo, não há segurança alguma sobre como um medicamento testado em animais reagirá em um corpo humano. É o que restou demonstrado no triste exemplo da Talidomida, medicamento desenvolvido para ser usado como sedativo e que, ingerido por mulheres grávidas, atravessou placentas e interferiu na formação dos fetos, provocando o nascimento de milhares de crianças com encurtamento de braços e pernas, problemas visuais e auditivos, dentre outros. O medicamento foi introduzido no mercado após ter sua substância amplamente testada em roedores que não apresentaram nenhum problema.

Ou seja, não se tem certeza de que o teste em animais trará benefícios e segurança aos seres humanos no que tange à utilização de medicamentos testados em modelos não-humanos.

Também nesse sentido abordam Levai e Daró (apud, CRUZ, 2014, p. 133), que dissertaram acerca das diferentes reações de seres humanos e não-humanos no que tange a diversas substâncias:

[...] a aspirina, que nos serve como analgésico, é capaz de matar gatos; a beladona, inofensiva para coelhos e cabras, torna-se fatal ao homem; a morfina, que nos acalma, causa excitação doentia em cães e gatos; a salsa mata o papagaio e as amêndoas são tóxicas para os cães, servindo ambas, porém, à alimentação humana.

Além disso, tem-se ainda o entendimento de Sônia T. Felipe (apud, CRUZ, 2014, p. 133) no que tange à questão de que, em muitos casos, não é possível com o mesmo medicamento “curar uma mesma doença em todos os indivíduos, pois cada um desenvolve de modo peculiar”. Por questões óbvias “a possibilidade de cura fica ainda mais remota, se o medicamento é testado em outra espécie diferente da qual quer se curar” (CRUZ, 2011, p. 133).

Com isso, não se pode dizer que a cura de muitas doenças esteja vinculada ao uso de animais em experimentos e testes científicos no âmbito da medicina. Como os benefícios defendidos pelos “welfaristas” não estão sendo alcançados, pode-se defender uma busca por métodos alternativos de experimentação, pois, dessa forma, as vidas dos modelos não-humanos podem ser poupadas, assim como o sofrimento e a dor desnecessários deixarão de ocorrer.

Isto posto, tratar-se-á a busca por novas alternativas no que tange à experimentação, de forma a evitar a utilização de animais nesse tipo de procedimento.

A BUSCA POR NOVAS ALTERNATIVAS

Diante das questões apresentadas anteriormente, nota-se que há uma demanda por novas alternativas, visto que os animais tem sido defendidos no que tange aos seus direitos, dignidade e integridade.

Nesse sentido, será apresentada a teoria dos 3 R’s e sua relação com o bem estar animal, como está sendo realizada a mobilização pela busca de métodos alternativos, assim como quais são estas técnicas que podem ser implementadas ao invés do estudo com modelos não-humanos.

A TEORIA DOS 3 R’S E O BEM ESTAR ANIMAL

No que consiste à teoria dos 3 R’s, vale ressaltar que esta foi uma proposição feita por William Russel e Rex Burch na obra *The Principles of Humane Experimental Technique*. Assim, far-se-á uma análise da teoria e sua relação com o bem estar animal, segundo a delimitação da teoria feita pelos autores.

A teoria dos 3 R’s, segundo Cruz (2014, p. 126), “estabelece que os animais utilizados nas pesquisas experimental devem receber tratamento *humanitário*”. Dessa forma, deve-se pensar numa forma de tratar de animal sem que este seja submetido a sofrimento.

Para tanto, os autores tratavam os 3 R’s como *replacement*, *reduction* e *refinement*, que foram, segundo Cruz (2014, p. 126), “traduzidos no Brasil como Substituição – substituir o animal por outra técnica; Redução – reduzir o número de animais utilizados; e Refinamento

– minimizar ou extinguir a dor e a angústia dos animais usados no experimento”. Percebe-se então que esta teoria primeiramente busca a substituição dos modelos não-humanos usados nesses experimentos. Caso não seja possível, há a defesa da redução da quantidade desses animais expostos aos testes, como também a aplicação de um tratamento mais ético, que busque reduzir a dor ao máximo.

Nota-se então a relação dessa teoria com a argumentação “welfarista” de defesa dos animais, visto que esta, segundo Cruz (2014, p. 126), “defende uma melhor forma de manejar esses seres quando em confinamento, de modo a aumentar seu bem estar e reduzir a sua angústia, antes e durante o uso, bem como no momento da morte”.

Dessa forma, percebe-se que a teoria se relaciona com as ideias abolicionistas somente com relação à substituição proposta por Russel e Burch, visto que os abolicionistas são totalmente contra o uso de modelos não-humanos em experimentos.

Nesse sentido, nota-se que a teoria em questão buscou uma proposta por novas alternativas, visto que trata primeiramente da substituição dos animais nos testes. Logo, pode-se dizer que a teoria fomentou o debate nesse sentido, podendo ser utilizada como argumento tanto dos “welfaristas”, que concordam integralmente com esta, como pelos abolicionistas, somente no que tange à substituição dos modelos não-humanos nos experimentos.

Posto isto, pode-se considerar que a teoria dos 3 R’s se relaciona com a discussão do bem estar animal, no sentido de ser utilizada como fundamento para a busca por métodos alternativos de experimentação.

A MOBILIZAÇÃO PELA BUSCA DE MÉTODOS ALTERNATIVOS

Percebe-se que a discussão sobre o bem estar animal está mobilizando a sociedade a buscar formas alternativas de experimentação. Nesse sentido, vale discutir como esta mobilização foi se fundamentando.

No que tange aos resultados encontrados pelas pesquisas, Seixas, Virgens, Melo e Stevert van Herk (2010, p. 82) aludem que

o uso de animais muitas vezes gera resultados confusos, visto que a forma de criação pode levar a uma situação de estresse, havendo desequilíbrios físicos ou psíquicos, fazendo com que muitos professores terminem por explicar teoricamente o que deveria ter acontecido na prática.

Dessa forma, nota-se que os experimentos acabam, por vezes, não alcançando seus objetivos, o que acabou fundamentando a busca por métodos alternativos. Nesse sentido,

busca-se então formas mais eficientes e que poupem os animais de um sofrimento desnecessário e que pode não atingir o objetivo proposto.

Também nessa perspectiva, os autores Seixas, Virgens, Melo e Steevert van Herk (2010, p. 82) defendem que “hoje, de forma bastante eficiente, os conhecimentos podem ser adquiridos não com o uso de animais, e sim com os métodos substitutivos”. Assim, Cardozo e Vicente (apud, SEIXAS; VIRGENS; MELO; STEEVERT VAN HERK, 2010, p. 83), dizem que “as propostas de utilização de métodos substitutivos têm gerado técnicas inteligentes e responsáveis, com benefícios para a sociedade”.

Nesse sentido, também vale destacar que Seixas, Virgens, Melo e Steevert van Herk (2010, p. 83) abordam que “o movimento de estudiosos simpatizantes à substituição de animais no ensino tem estimulado o uso de simulações computacionais”. Assim, mostra-se que a própria comunidade acadêmica, principalmente de países como EUA e Canadá (SEIXAS; VIRGENS; MELO; VAN HERK, 2010), além da própria sociedade, tem buscado essa substituição, visto que podem ser utilizados métodos eficazes no que tange à obtenção de resultados.

Vale ressaltar as vantagens que existem na utilização de métodos alternativos à utilização de modelos não-humanos nestes experimentos. Faz-se mister destacar as vantagens aludidas por Greif (apud, SEIXAS; VIRGENS; MELO; STEEVERT VAN HERK, 2010, p. 84) que cita como principais vantagens:

- (1) custos menores, se for considerado o custo global de manutenção de biotérios, manipulação e preparação de animais;
- (2) vida útil geralmente indeterminada e peças de reposição disponíveis;
- (3) aprendizado superior com *softwares* e modelos artificiais devido à liberdade para experimentar;
- (4) respeito ao ritmo de cada estudante e possibilidade de repetição quantas vezes for necessário, além de algumas permitirem o uso em casa;
- (5) aprendizado de acordo com a ética e a moral, sendo transmitidos, além dos conteúdos da matéria, conteúdos éticos.

Logo, nota-se que várias são as vantagens no que concerne ao uso de técnicas alternativas. Ainda segundo Greif (apud, SEIXAS; VIRGENS; MELO; STEEVERT VAN HERK, 2010, p. 84) “o uso de alternativas vem aumentando, o que comprova a sua viabilidade; alternativas podem ser combinadas conforme necessidade e conteúdo”.

Diante disso, pode-se dizer que o uso destes novos métodos são possíveis, já que sua utilização vem sendo explorada no âmbito acadêmico, principalmente. Assim, nota-se que as empresas podem também buscar a utilização destas técnicas, já que são viáveis.

Conclui-se então que as novas técnicas que substituem os animais em experimentos são possíveis, considerando as diversas vantagens e a ineficiência do uso destes modelos em

alguns testes. Também mostra-se relevante que os custos são menores no que concerne ao uso dessas técnicas, logo, é algo viável e que pode ser utilizado tanto por empresas quanto por instituições acadêmicas.

AS TÉCNICAS ALTERNATIVAS

Considerando que as técnicas alternativas possuem diversas vantagens, tratar-se-á sobre quais métodos de estudo e testes podem ser utilizados sem que haja a necessidade de experimentação com modelos não-humanos.

No que tange à aplicação e desenvolvimento destas, Oliveira e Chalfun (2009, p. 1246) citam quais são os métodos aplicados e desenvolvidos pelos cientistas, que são:

- 1) sistemas biológicos in vitro (cultura de células, tecidos e órgãos passíveis de utilização em genética, microbiologia, bioquímica, imunologia, farmacologia, radiação, fisiologia, toxicologia, produção de vacinas, pesquisa sobre o vírus do câncer);
- 2) Cromatografia e espectrometria de massa (técnica que permite a identificação de compostos químicos e sua possível atuação no organismo, de modo não-invasivo);
- 3) farmacologia e mecânica quânticas (avaliam o metabolismo das drogas no corpo);
- 4) estudos epidemiológicos (permitem desenvolver a medicina preventiva com base em dados comparativos e na própria observação do processo de doenças);
- 5) estudos clínicos (análise estatística da incidência de moléstias em populações diversas);
- 6) necropsias e biópsias (métodos que permitem mostrar a ação das doenças no organismo humano);
- 7) simulações computadorizadas (sistemas virtuais que podem ser usados no ensino das ciências biomédicas, substituindo o animal);
- 8) modelos matemáticos (traduzem analiticamente os processos que ocorrem nos organismos vivos);
- 9) culturas de bactérias e protozoários (alternativas para testes cancerígenos e preparo de antibióticos);
- 10) uso da placenta e do cordão umbilical (para treinamento de técnica cirúrgica e testes toxicológicos);
- 11) membrana corialantóide (teste CAME, que se utiliza de membrana dos ovos de galinha para avaliar a toxicidade de determinada substância);
- 12) pesquisas genéticas (estudos com DNA humano), etc.

Percebe-se pelo exposto que diversas são as possibilidades em que não há a necessidade de utilização dos animais nos experimentos. Vale ressaltar que em muitos casos aproveita-se o próprio material humano para a realização da experimentação, o que pode levar a melhores resultados.

Nesse sentido, vale ressaltar que a não utilização dos animais, como já aludido em tópico anterior, é defendido em alguns países pela comunidade acadêmica. Segundo Oliveira e Chalfun (2009, p. 1247), faz-se mister destacar que

diversas universidades limitam ou não utilizam animais vivos para ensino, realizando treinamento com cadáveres e, em animais vivos, castrações, tais como as escolas médicas britânicas Cambridge e Oxford, as estadunidenses Columbia, Harvard, Yale, Johns Hopkins, Stanford, Tufts, Washington, Illinois, Califórnia – Davis, Flórida, Cornell, Wisconsin, entre outras. Além disso, segundo informa a referida Professora, mais de 70% das Faculdades de Medicina dos EUA não utilizam animais vivos e na Alemanha, Canadá e Austrália este percentual é de praticamente 100%.

Já no âmbito do Brasil, pode-se dizer que a Faculdade de Medicina Veterinária da USP é um dos melhores exemplos do país, já que adota desde 2000 a total restrição ao emprego de animais (OLIVEIRA, CHALFUN, 2009, p. 1247). No que tange ao método por eles utilizado, Oliveira e Chalfun (2009, p. 1247) aludem que

o treinamento cirúrgico é realizado em duas fases: na primeira são utilizados cadáveres quimicamente preservados; na segunda, exclusivamente a castração de animais, em programa de parceria com ONGs para controle populacional de cães e gatos. Tal método foi aprovado e aceito com excelentes resultados pelos alunos, auxiliando em uma educação humanitária e sem conflitos éticos.

Logo, nota-se que é possível que as faculdades do Brasil possam seguir o modelo proposto pela USP, além de ser importante ressaltar que os próprios alunos aprovaram esse método, visto que não existem conflitos éticos a partir da utilização deste.

Já em outras faculdades brasileiras, vale destacar que estas também estão buscando outras formas de estudo a fim de que os animais não sejam utilizados. Oliveira e Chalfun (2009, p. 1247) abordam que

outros métodos alternativos utilizados nas faculdades são protótipos de baço, rim, fígado, sistemas computadorizados. A UNIFESP (Universidade Federal de São Paulo) usa rato de PVC nas salas de aulas de microcirurgia. Na UNB (Universidade de Brasília), o programa de farmacologia básica do sistema nervoso autônomo é realizado através de simulação computadorizada. A FMVZ (Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia) no departamento de patologia utiliza cultivo de células vivas no departamento de patologia.

Assim, pode-se afirmar que é possível que a comunidade acadêmica se utilize de métodos alternativos para que os animais não sejam expostos aos testes. Além disso, pode-se perceber que essa forma de estudo e experimentação também pode ser aproveitada pelas empresas, o que poderia contribuir para melhores resultados que não conflitassem com as normas éticas previstas aos experimentos com modelos não-humanos.

Pelo exposto, as técnicas alternativas podem ser consideradas como viáveis, visto a sua aplicação não só no Brasil, mas também em outros países. Além disso, nota-se que as empresas podem se utilizar dessas formas de estudo para realizar testes sem que haja o uso de animais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A bioética e a “experimentação animal” são dois temas que atualmente são discutidos e que possuem relação entre si. Nesse sentido, buscou-se analisar de que forma pode ser aplicada a bioética no que concerne aos testes e experimentos realizados em animais.

Nota-se pelo histórico que houve uma evolução de pensamento ao longo dos anos, no sentido de perceber se o sofrimento que os modelos não-humanos eram expostos e se haveriam ou não formas de não utilização destes nos testes. Além disso, pôde-se avaliar se o uso dos animais nos experimentos é realmente necessário para a saúde humana, concluindo-se que podem haver formas mais seguras e eficazes de obter resultados, visto que o organismo dos animais reagem de forma diferente a algumas substâncias quando comparado ao organismo humano.

Nesse sentido, a mobilização por métodos alternativos se mostra importante, visto que os animais não necessariamente precisam ser submetidos aos testes e experimentos que podem lhes causar sofrimento e dor. Por conta disso, muitas faculdades do Brasil e do mundo já não utilizam modelos não-humanos em seus estudos, tendo aplicado e desenvolvido novas formas de estudo, que podem inclusive ser aplicadas por diversas empresas que fazem uso dos animais em testes.

Isto posto, percebe-se que o uso de técnicas substitutivas ao uso de animais é possível e viável, considerando as diversas vantagens que estas proporcionam não só pelo custo, mas como também pela obtenção de melhores e, principalmente, por pouparem estes seres de dor e sofrimento, contribuindo assim para que eles tenham uma vida digna.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Marta. Ativistas resgatam cães de laboratório de testes em São Roque (SP). **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 out. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/10/1358477-ativistas-invadem-laboratorio-em-sao-roque.shtml>>. Acesso em: 1 abr. 2015.
- BARATELA, Daiane Fernandes. Ética ambiental e proteção dos Direitos dos Animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 9. n. 16. 2014. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/12119>>. Acesso em: 3 abr. 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa**. 45.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Lei de Crimes Ambientais. **Vade mecum Saraiva**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BROOM, D. M.; MOLENTO, C. F. M. Bem-estar animal: conceito e questões relacionadas. **Archives of Veterinary Science**. Disponível em: <<http://www.unb.br/posgraduacao/docs/fav/BE-MESTARANIMALCONCEITOQUESTOESRELACIONADAS.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2015.
- CÂMARA, Carlos Campos; SILVA, Taciana de Melo Fernandes. Ética na utilização de animais. **Revista Centauro**. Rio Grande do Norte, v. 2, n. 2, p. 28-34, 2011.
- CRUZ, Janildes Silva. Direito à saúde, experimentação animal e controversas ilusões. **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 9. n. 16. 2014. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/12119>>. Acesso em: 3 abr. 2015.
- CRUZ, Janildes Silva. **Direito e experimentação animal**: uma análise à luz da legislação ambiental. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais e Novos Direitos) – Universidade Federal da Bahia/UFBA, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16590/1/Dissertação%20Janildes%20Cruz%20-%20Outubro-2014.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2015.
- FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma do biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Revista do Hospital de Clínicas de Porto Alegre e Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 26, p. 86-91, 2006.
- JUNQUEIRA, Cilene Rennó. Bioética: conceito, fundamentação e princípios. **Módulo Bioética**. São Paulo: Universidade Federal de São Paulo, 2011.

MACHADO, Josielke Goretti Soares; PINHEIRO, Marília dos Santos; MARÇAL, Silvia Helena. **Análise bioética da legislação brasileira aplicável ao uso de animais não-humanos em experimentos científicos**. Disponível em: <<http://ceeb.uncisal.edu.br/wp-content/uploads/2009/11/analise-bioetica-da-legislacao-brasileira-no-uso-de-animais3.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2015.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; CHALFUN, M. Experimentação animal: por um tratamento ético e pelo Biodireito. In: XVIII Encontro Nacional CONPEDI, 2009, Maringá. **Anais do XVIII Encontro Nacional CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

PAIXÃO, Rita Leal. **Experimentação animal: razões e emoções para uma ética**. 2001. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública/Fiocruz, 2001. Disponível em: <<http://portalteses.icict.fiocruz.br/pdf/FIOCRUZ/2001/paixaorld/capa.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SEIXAS, Mone Martins; VIRGENS, João Henrique Araújo; MELO, Stella Maria Barrouin; VAN HERK, Alexander Gerard Steevert. Consciência na substituição do uso de animais no ensino: aspectos históricos, éticos e de legislação. **Revista Brasileira de Direito Animal**. v.5. n. 6. 2010. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/11073/7987>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

SINGER, Peter. **Ética prática**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TAVARES, Raul. O princípio da igualdade na relação do homem com os animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 6. n. 8. 2011. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/11061/7977>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20odos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

BIOÉTICA

PARTE II

TUTELA DA VIDA NO ORDENAMENTO JURIDICO: INÍCIO DA VIDA O DIREITO DE NASCER, OS DIREITOS HUMANOS E AS QUESTÕES BIOÉTICAS

PAULO GOMES DE LIMA JÚNIOR¹

\FERNANDO CASTAGNA FERREIRA²

RESUMO

O Presente estudo tem o objetivo de discutir o biodireito como ramo do ordenamento jurídico é responsável pelo mais brilhante debate sobre os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal. O direito à vida sempre foi uma matéria propulsora de grandes debates. Os conflitos entre a vida e a evolução da ciência geram discussões biológicas, filosóficas, religiosas e jurídicas que tanto atraem a opinião da sociedade. Os direitos dos nascituros geram debates de grandes propulsões, muitas vezes alternando entre emoções e conflito com a razão, posto que além de tratar de uma vida, trata-se da vida de um ser indefeso que ainda não veio ao mundo não tendo como se defender. Para uma análise completa sobre o nascituro é necessário, entender o que vem a ser o nascituro, quando inicia a vida do nascituro e quais são as suas proteções no ordenamento jurídico e quais são as questões bioéticas, neste sentido passamos pelos conceitos da vida, conceitos filosóficos de vida, aventurando-se por pela filosofia de São Tomás de Aquino ao conceito Jurídico de Vida. Também ressaltamos o desenvolvimento humano do início da fecundação até o nascimento, por fim consta neste artigo a teoria do início da vida, sendo abordada as teorias concepcionistas, natalista, a teoria da Personalidade Condicionada e a teoria Genética Desenvolvimentista, assim conjecturamos os preceitos éticos.

Palavras-Chave: Direito. Nascituro. Bioética.

INTRODUÇÃO

O estudo do conceito de Vida faz com que os pesquisadores de diversos ramos do conhecimento busquem atualizações dos avanços científicos e os adaptam ao contexto social. Diversas áreas possuem sua definição, conforme o objeto de seus estudos. Mais importante do que definir o conceito de Vida é encontrar um conceito adequado, que melhor se aplique as concepções jurídicas do Direito do nascituro.

A constituição brasileira garante como direitos fundamentais e base da Constituição a proteção a Vida e a Dignidade Humana. O grande problema é que a Constituição não definiu o conceito de vida e de dignidade. Não por acaso deixou de se fazer esta definição, e não ocorreu

¹ Mestre em direitos da personalidade pela UNICESUMAR. Advogado criminalista, professor dedicação exclusiva e membro do nde da UNIAGES. pgl_junior@hotmail.com.

² Especialista em urgência e emergência pela Faculdade Integrada de Jacarepaguá. Coordenador de Estágio Supervisionado e Práticas Educativas de Enfermagem da UNIAGES ferreiracastagna@yahoo.com.br.

tendo em vista as mudanças que ocorreram na sociedade e as grandes evoluções científicas Ricken, (2005), cabendo à legislação infraconstitucional e aos tratados internacionais definir tais concepções, posto que, tais bens jurídicos são universais Ruiz-Mirazo (2004, p. 323 – 346). Mas isso não significa dizer que a vida e a dignidade não possuam um valor intrínseco, e que este possa ser modificado a qualquer momento e conforme a vontade de cada um. Tanto a vida quanto a dignidade, e a personalidade, embora não possuam um conceito definitivo, devem ser vistos como um bem de extrema importância, de valores extra-individuais, que buscam o melhor para o indivíduo humano, através de diversas ciências garantem a ampla proteção de tais princípios.

A palavra vida vem do latim *Vita* e significa a evolução dos organismos do nascimento até a morte, Ferreira (2000, p.710). Importante observar no conceito etimológico a caracterização da vida como uma “evolução” dos organismos, isso significa que a vida não nasce pronta e sim que ela evolui com o passar do tempo. Dessa forma, é necessário definir quando se inicia a vida, matéria que será tratada específico posteriormente.

CONCEITO BIOLÓGICO

O conceito de Vida não possui uma definição satisfatória, e muitas vezes estes se preocupam muito mais em apresentar novas descobertas do que discutir o verdadeiro conceito de vida. Diversas são as teorias encontradas na biologia para definir vida, dentre elas; a Teoria Evolutiva de Darwin (2007), Teoria da Autopoiesi proposta por Humberto Maturana e Francisco Varela (1995) que parte do princípio de um sistema organizado autossuficiente. A Teoria Biossemiótica Sebeok (1999) que parte do pressuposto que a vida não pode ser vista e entendida apenas como organização das moléculas, mas também como um fenômeno capaz de interpretar os signos da natureza, a características distintas dos sistemas vivos, em relação aos sistemas não vivos. A busca pelo conceito de vida surgiu na ciência apenas a partir do século XVIII, existindo antes apenas a definição de ser vivo, não importando o estudo sobre a vida El-Hani, (1995, p. 311). A vida não pode ser vista para a biologia como um fenômeno único e sim como características que nos permitem classificar os seres como vivos ou minerais etc. Dessa forma a vida seria relativa a cada critério escolhido pelo pesquisador.

Várias foram às listas criadas como a de Crick, que classificava a vida através da reprodução, evolução e metabolismo; John Maynard Smith (1986), estabelecia dois critérios: Metabolismo (leva em consideração que as formas dos organismos vivos permaneçam constantes e os átomos e moléculas estão constantemente mudando), funções (cada parte do organismos possui uma função distinta). Farmer e Belin (1954) apresentam oito características comuns

aos seres vivos: processo, auto-reprodução, armazenamento de informações, metabolismo, interações funcionais com o ambiente, estabilidade sob perturbações e capacidade de evoluir. Ernst Mayr (2005, p. 57) também lista oito características que caracterizam os seres vivos e os diferenciam dos seres não vivos: organização complexa e adaptativa, singularidade química (observando as macro moléculas encontradas nos seres vivos), qualidade (seriam os sistemas de comunicação, diferenças entre cada indivíduo interações entre os ecossistemas), individualidade e variabilidade, presença de um programa genético, natureza histórica, seleção natural e indeterminação (levando em conta os avanços das ciências), Tavares (2000, p. 23).

Segundo o autor Maynard Smith (1998), a vida pode ser definida pela presença de propriedades necessárias para garantir a evolução pela seleção natural. Os seres vivos devem possuir propriedades de multiplicação, variação e hereditariedade, caso deixem de possuir mais de uma dessas características não será considerado como ser vivo.

O autor EL-HANI (1995, p. 319) no artigo citado “O que é a vida?”, diz ser difícil delimitar esse conjunto de propriedade, onde os seres vivos particulares podem não apresentar todas as propriedade citadas, deixando claro que a lista não corresponde a um conjunto de propriedades necessárias e suficientes, admitindo inclusive, que a fronteira entre processos vivos e não vivos não seja rigidamente demarcada.

A teoria evolutiva neodarwinista tem origem através da publicação do livro *A Origem das Espécies*, Darwin (2007), de Charles Robert Darwin publicada em 1859 explicando a evolução dos seres vivos através da seleção natural.

Emmeche (1998, p.3-17), através dos conceitos da biologia evolutiva neodarwinista, define a vida como sendo uma propriedade de populações de entidades que são capazes de auto-reprodução; herdadas características de seus predecessores por um processo de transferência de informação genética e, assim, de características hereditárias; apresentam variação em virtude de mutações aleatórias; têm as chances de deixar descendentes determinadas pelo sucesso de sua combinação de propriedades (herdadas como genótipo e manifestas como fenótipo) nas circunstâncias ambientais nas quais vivem (seleção natural).

A Teoria da Autopoiese proposta por Humberto Maturana e Francisco Varela (1995, p. 45-46) parte do princípio de um sistema organizado autossuficiente. Os sistemas vivos apresentam uma organização circular, na qual os seus componentes são produzidos e mantidos pelo próprio sistema apresentando assim um sistema circular fechado. Os sistemas são fechados em termos de organização, mas abertos em termos materiais, ou seja, trocam energias e matérias com o ambiente externo. Um ser vivo, segundo tal teoria seria um sistema do qual diversas classes de moléculas participam da síntese de diversas classes de moléculas.

A vida segundo essa teoria seria como uma máquina organizada, como uma rede de processo de produção, transformando e destruindo os componentes através de interações e transformações que regeneram e realizam a própria rede que a produziu, constituindo assim uma unidade (Maturana, 1997, p.135).

Capra (1999, p.216), defende em seu livro “Teia da Vida” a ideia de Maturana buscando através da teoria sistêmica, explicar os fenômenos naturais. Por mais que cada indivíduo seja único, suas ações interferem em todo sistema do qual ele faz parte.

A definição Biossemiótica da vida entende que a vida não pode ser vista e entendida apenas como organização das moléculas, mas também como um fenômeno capaz de interpretar os signos (significados, informações) da natureza, as características distintas dos sistemas vivos em relação aos sistemas não vivos. A teoria da semiótica vem dos ensinamentos de Charles Sanders Peirce (1958) que estuda a ciência dos signos.

Num trabalho mais recente, Emmeche (1998) e El-Hani (1995) reinterpretem essa definição, colocando a vida como uma propriedade de sistemas materiais auto-organizados capazes de utilizar a informação de maneira a realizar funções favoráveis à sua adaptação e sobrevivência.

O veículo do signo é o conjunto de moléculas na superfície da célula que permite seu reconhecimento como uma célula própria ou estranha ao organismo e o interpretante corresponde ao significado daqueles sinais moleculares para os sistemas de reconhecimento das células do sistema imunológico, estabelecendo uma ligação entre a presença daquele conjunto de moléculas na superfície celular e a natureza da célula (própria ou estranha ao organismo), Tavares (2000, p.33).

CONCEITO FILOSÓFICO DE VIDA

A definição de vida, segundo os filósofos na cosmologia antiga e medieval, estaria ligada à ideia de matéria e espírito. Para Platão a vida seria a junção do corpo e da alma. Para Aristóteles (2001, p.134), a vida seria o elemento irracional da alma. O primeiro filósofo a definir um conceito de vida foi Aristóteles em seu livro “Da Alma: De Anima”, segundo o autor os seres possuem matéria ou forma, dessa forma a matéria seria o potencial e a forma o corpo, o ser seria um corpo orgânico que potencialmente possui vida. Para Aristóteles a vida seria a forma que o ser nutre, cresce e perece por si mesmo. O interessante dessa teoria está no fato de o ser possuir potencial de vida, esta forma de pensar será utilizada e explicada na discussão sobre quando inicia a vida humana.

São Tomás de Aquino (1980) em sua obra “Suma Teológica”, através da dialética adapta os pensamentos aristotélicos a filosofia cristã, as questões de fé na sua obra são abordadas a luz da razão, assim ele afirma que a vida só é possível devido a uma força externa e considera a alma como imortal, dessa forma, separa a alma do corpo, algo impensável na teoria Aristotélica. Pelos conceitos da Filosofia religiosa esta força externa seria a alma, a alma seria a força vital sem a qual a vida não poderia ser explicada, existindo duas formas de forças vitais o fluido vital que poderia ser transferido de um corpo a outro e alma.

A busca para sintetizar substâncias orgânicas a partir de material mineral, concluir que não era possível produzir material orgânico de uma matéria mineral, falando que os seres vivos possuíam uma força vital que produzia estas substâncias orgânicas. Esta força poderia ser transmitida de um organismo para outro através da reprodução sendo inerente aos seres vivos. A filosofia religiosa define esta força vital como sendo a alma (Frezzatti 2003, p. 437-461).

O organicismo teoria formulada por Whitehead (2011), defendia que o corpo é um sistema interligado e se um órgão não funcionar conforme o necessário terá uma patologia, um doença. Por essa teoria os órgãos são responsáveis pelo funcionamento correto do corpo humano e cada órgão está interligado. Conforme essa teoria a vida procede da ação dos órgãos e não de uma força que a anima, é resultado das funções realizadas pelos órgãos. Esta teoria teve grande influência na sociologia. Através dela foi possível considerar a sociedade como um organismo e cada ação dos seres das sociedades estariam interligadas, defendia também que o mundo era um organismo vivo voltado para um fim, contribuindo para o surgimento da Teoria Sistemática (Kearney, 1970).

TEORIA DO INÍCIO DA VIDA

TEORIA CONCEPCIONISTA

Nascituro possui personalidade incondicionada, desde a concepção. Bastaria reconhecer o direito à vida para reconhecer o direito à personalidade. Para a teoria Conceptionista a vida tem origem desde a fecundação do óvulo pelo gameta masculino, Barreto (2005). Dessa forma, o embrião deve ser considerado um ser vivo e ter todos os seus direitos garantidos pelo Direito. Seria impossível considerar as pesquisas com células tronco embrionárias para os seguidores dessa teoria. Posto que, o embrião já é uma vida e essa vida não pode ser descartada e muito menos utilizada para fins terapêuticos.

A teoria Conceptionista entende que o embrião já é um indivíduo completo, que o óvulo após ser fecundado possui todas as características que o diferencia dos demais seres, pos-

suindo em seu DNA todas as características e dons que serão desenvolvidos através da sua formação. A ideia que o embrião só estaria completamente desenvolvido com o nascimento com vida não é aceita pelos defensores dessa teoria, posto que a criança mesmo após o seu nascimento está em constante desenvolvimento. (Muto, 2005, p. 54-64)

Para a teoria Concepcionista o embrião é um ser que se distingue do corpo da mãe e não pertence a esta, sendo ele um indivíduo distinto dessa forma, não pode os pais autorizar a sua destruição. O professor Wanderlei de Paula Barreto (2005), diz que a autonomia do embrião é tamanha que o leva bem cedo a produzir a placenta, que é o órgão que vai ter contato com o organismo materno, promovendo-lhe acesso de oxigênio e nutrientes, protegendo-o de agressões tóxicas e físicas. Deve ser observado que a placenta é um órgão do feto, as suas células e líquidos amnióticos são células fetais, não células maternas.

TEORIA NATALISTA

Embrião não é pessoa, não possui capacidade e muito menos personalidade. O nascituro é uma mera expectativa de vida. A teoria Natalista entende que a vida só tem início com o nascimento com vida, Barreto (2005). Esta é a teoria adotada no Direito Civil brasileiro que diz que a vida se inicia com o nascimento com vida, mas coloca a salvo os direitos dos nascituros. Brasil (2002). A expectativa de direitos que é garantida ao nascituro nada mais séria do que os direitos patrimoniais materiais relativos a doações e heranças, o nascituro pela teoria Natalista não possui capacidade, não tem personalidade nem legitimação plena. (Santos 2010, p. 119-153).

Segundo o Ministro Carlos Ayres na votação da Adin das Células tronco embrionárias nega a condição de vida a fecundação, dizendo que o embrião é mero material Biológico, pois o mesmo não pode manifestar suas vontades. Dessa forma se utilizarmos esta teoria os incapazes não poderiam ter vida posto que não possa expressar suas vontades. O ministro ainda vai além e diz que o embrião nada mais é do que o germe que está para ser formado e faz a comparação com um processo judicial onde diz que o embrião seria a mesmo que a petição inicial e que a sentença dada pelo juiz nunca poderia ser resumida apenas na petição inicial. (Brasil, 2011).

Os seguidores dessa teoria entendem que a fecundação é apenas uma etapa da vida. Apenas a fecundação não garante a vida, posto que o embrião depende do útero materno para se desenvolver.

TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONADA

A personalidade é adquirida com a concepção, mas esta personalidade está condicionada ao nascimento com vida, se nascer morto extingue a personalidade. O ilustre professor Wanderlei de Paula Barreto explica que a condição pode ser de duas formas na teoria da personalidade condicionada: Condição suspensiva de nascer com vida e condição resolutiva de não nascer morto, a grande diferença dessas duas teorias estão na titularidade do direito, para os adeptos dessa teoria da condição resolutiva o nascituro já tem vida e personalidade desde a concepção, mas esta personalidade se extingue se o nascituro nascer morto, já no caso da condição suspensiva o nascituro não possui a titularidade e sim apenas expectativa de direito que só irá se consolidar se nascer com vida. Dessa forma, para os adeptos da teoria da personalidade condicionada o nascituro seria pessoa, mas uma pessoa em formação, pessoa condicional. (Barreto, 2005).

TEORIA GENÉTICA DESENVOLVIMENTISTA

A vida para tal teoria seria um processo cronológico progressivo, em contraposição da teoria concepcionista que defende que a vida se inicia em um momento único, ou seja, na fecundação

É importante observar a teoria da nidação onde muitos defendem que até a nidação o embrião nada mais é do que um conjunto de células é importante observar que após o décimo quarto dia está a formação da placenta e a ligação completa do embrião com a gestante. Uma das principais correntes que defendem só existir a vida após a nidação é o relatório Warnock de 1985. Outro posicionamento de biólogos diz que só é vida humana a partir do momento que o embrião possui aparência humana e órgãos definidos ou seja após quatorze dias.

Importante observar também a teoria da existência da vida após a formação do sistema nervoso, momento que o feto adquire condição de inteligibilidade (Barreto, 2005). Muitos entendem que só a partir desse momento é possível se falar em personalidade, tendo em vista o posicionamento a respeito da morte, onde a vida acaba com a morte encefálica dessa forma pelo entendimento dessa corrente a vida também só inicia com a formação do córtex cerebral.

DIREITOS DO NASCITURO

A personalidade começa com o nascimento com vida, mas o direito resguarda os direitos do nascituro. O grande problema é que como fez com a personalidade, com a dignidade

o direito também fez com o nascituro, deixando de conceituar nascituro e quais são os seus direitos que devem ser resguardados. O ilustre jurista Paulo Nader (2004, p.186), entende que não há dúvida quanto à necessidade de proteger o ser humano em formação. A dificuldade está na Teoria Geral do Direito Civil que ainda não conseguiu harmonizar a teoria dos direitos do nascituro com os princípios protegidos nesse âmbito. O nascituro para o Direito é o ser que ainda não nasceu com vida. Diferente definição tem a biologia, onde o conceito de nascituro estaria ligado à formação do embrião, antes de ser embrião nada mais séria do que um conjunto de células. Para o direito o nascituro deve ser protegido desde a fecundação do óvulo pelo gameta masculino, e conforme explicado no primeiro capítulo várias são as fases de desenvolvimento do nascituro.

O termo nascituro tem origem na palavra latina *nasciturus* que significa aquele que ainda não nasceu, mas está para nascer. O nascituro seria o ser que já foi concebido, mas ainda não nasceu, ou seja, já foi feita a fecundação e este ser como já foi explicado possui características que o distingue de outro ser e da gestante. Conforme as explicações do ilustre professor Willian Artur Pussi (2008, p. 47), o nascituro também pode ser entendido como o que há de vir ao mundo, ser este já concebido (*conceptus*) mas cujo nascimento ainda não se consumou, continuando *pars ventris, ou seja, nas entranhas maternas*, sendo aquele que deverá nascer, *nascere* de étimo latino.

Tais expressões como, *conceptus, liberi, nondum nati, qui nasci speratur*, estão refletidas nos códigos modernos. Podendo citar o *Code Napoléon* e o Código Civil Espanhol (art.29 “concebido”), no *Allgemeines Londrecht fur die Pressischen Staaten* e no Código civil do império da Austrália (ABGB, art.22: *ungebore Kinder*, “criança ainda não nascida” e no código civil brasileiro (art.2, nascituro).

Através da origem da palavra nascituro, indicando como ser já concebido, segundo o professor Willian (2008), é importante diferenciar o nascituro da prole eventual que, também é protegida pelo direito conforme artigo 1.718 em sua parte final, do Código Civil de 1916 e o inciso I do artigo 1.799 do Código Civil atual. (Brasil, 2012). É importante observar que o atual artigo deixou de falar em prole eventual, mas continuou garantindo direito de suceder aos filhos ainda não concebidos de pessoa indicada pelo testador desde que viva ao abrir a sucessão, dessa forma tais pessoas só terá direito a sucessão se for concebida quando a sucessão for aberta posto que pela teoria concepcionista a vida começa com a concepção. Dessa forma a concepção passa ser fator fundamental para adquirir direito referente ao nascituro. O problema está em definir o que seria o ser ainda não concebido, enquanto no direito comum o conceito de pessoa futura está ligado à pessoa não concebida, no momento em que se produz o fato ou ato jurídico, no

Direito Romano tal conceito estava ligado à pessoa, que mesmo tendo existência de fato, ainda não havia adquirido a capacidade jurídica. (Pussi, 2008, p.51). Segundo o Direito romano o ser humano que ainda não possui capacidade jurídica não possui personalidade, sendo dessa forma a personalidade ligada a condições de capacidade, deixando bem claro que o nascituro não é considerado pessoa e muito menos possui direitos da personalidade.

Para o direito moderno a prole eventual seria os filhos comuns no casamento dissolvido pela morte do cônjuge, poderia falar que nos dias atuais tal direito protegeria o filho planejado pelos cônjuges através do planejamento familiar e da paternidade responsável, mas que não gerou uma gravidez. Maior exemplo quando o pai deixa seu espermatozoide congelado e a viúva, tendo em vista a vontade de ambos ter um, filho fecunda seu óvulo concebendo um filho do falecido este terá direito a sucessão tendo em vista o planejamento familiar provado pelo fato de ter o homem congelado seu esperma. (Almeida, 2001, p.8).

O nascituro seria um ser que já foi concebido, que vive no ventre materno, ligado pelo cordão umbilical à sua genitora, mas que possui características que o distingue de ser apenas um conjunto de células pertencente à gestante. Este ser já concebido ainda não veio ao mundo por isso é chamado de nascituro. É importante observar que no conceito jurídico existe distinção entre o óvulo fecundado fora do útero materno e os casos de fecundação *in vitro*. Para a teoria do ordenamento jurídico só é considerado nascituro o ser humano concebido dentro do útero materno que está para nascer. Dessa forma os casos de fertilização *in vitro* só é considerado nascituro e adquire direitos no momento em que é implantado no útero materno (Meneghin, 2009).

O nascituro, desde a concepção, já é titular de direitos de personalidade, entre os quais o direito à vida, identidade pessoal e genética, integridade física e genética. Ele apenas não possui capacidade para exercer tais direitos. (Vasconcelos, 2007, p.81). Também é importante diferenciar o nascituro do natimorto, o natimorto segundo as explicações do já mencionado professor Pussi (2008, p. 51), vem do vocábulo *natus* (nascido) e *mortis* (morto), sendo que tal palavra é empregada para distinguir ou designar a criança que nasceu sem vida ou mesmo aquela que, nascendo com sinais de vida, não logrou a respirar e morreu. Deve ser observado que independente de ter nascido com vida ou não o nascituro já possui direito à personalidade segundo a teoria concepcionista a melhor forma de proteger o nascituro seria assegurar direitos desde a concepção independente de ser um natimorto posto que pelo simples fato de não sobreviver a gravidez não deixa ele de ter seus direitos garantidos.

É com a concepção que se inicia a vida humana, o nascimento é apenas mais uma etapa da vida. O ser humano mesmo após o nascimento continua em constante desenvolvimento,

sendo esse progressivo e ininterrupto. Não há grandes transformações entre o dia do nascimento e o dia seguinte ao nascimento no desenvolvimento da vida humana. Como as células da pele que está em constante desenvolvimento, com o crescimento do ser humano ele muda por completo e adquire novas células completamente diferente de quando teve o nascimento.

Dessa forma havendo vida e está vida em constante transformação, adquire características humanas. A personalidade humana é uma qualidade de ser pessoa e o nascituro como um ser humano vivo possui todas características e dignidade da pessoa humana devendo ser protegido. Não pode o direito negar a qualidade de pessoa humana viva ao nascituro, da mesma forma não pode o direito negar a personalidade jurídica desde a concepção. (Vascolcelos 2007, p. 72).

NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITO

O nascituro seria o que está por nascer, sendo este resultado de relações fisiológicas da geração do embrião, concebido através da fecundação do óvulo pelos gametas masculino; já é um ente concebido, que irá gerar expectativas dos direitos que este ser humano vai adquirir ao passar por várias etapas fisiológicas até consumir o seu nascimento, onde chegará a ser uma pessoa, adquirindo assim personalidade jurídica segundo a concepção atual de personalidade jurídica (Almeida, 200, p. 9).

Uma importante discussão deve ser feita referente à qualificação jurídica do nascituro, como explicado anteriormente no capítulo da personalidade, o nascituro deve ter sua personalidade reconhecida. Não é possível falar que a personalidade começa com o nascimento, posto que, várias são as leis que garantem os direitos ao nascituro.

Os direitos do nascituro devem ser representados pela gestante, mas esta representação não significa que o nascituro não é titular do direito. Significa apenas que ele não possui capacidade postulatória por isso é representado pela sua genitora, mas o nascituro é sujeito de direito, pois a ação movida pela gestante será em benefício dele como pessoa e não apenas como uma expectativa de vida. Nesse sentido é importante observar os ensinamentos de Silvio Salvo Venosa (2005, p. 153): “Entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito.”

Após a explicação de distinções entre personalidade, capacidade postulatória e sujeitos de direito é importante observar os ensinamentos do ilustre autor e entender que os direitos do nascituro tornam o mesmo não apenas uma expectativa de direito e sim um ser humano, uma vida dotada de personalidade e como tal, sujeito de direito no ordenamento jurídico. (Alberton 2001, p. 26). A grande discussão acerca de ser o nascituro um sujeito de direito se dá pelo fato de os sujeitos de direito serem sujeitos de direitos e deveres e fica o questiona-

mento sobre quais deveres poderiam ser exigidos do nascituro. A melhor forma de responder se dá pela análise dos direitos do nascituro.

Frente ao direito da vida e da integridade física do nascituro, qual seria o dever que poderia exigir do nascituro, o desenvolvimento físico, ou seja, pelo simples fato de estar se desenvolvendo já é motivo suficiente para ser assegurada sua integridade física, independente desse desenvolvimento ser completo ou incompleto como é o caso de malformações genéticas (Almeida, 2000, p. 158). Dessa forma mesmo o nascituro com má formação possui direito a ter respeitada sua vida e sua integridade física. O que pode acontecer é o direito em conflito com tais direitos, que permite retirar a vida e com isso afeta a integridade física do nascituro, como é o caso do aborto com a gravidez resultante de estupro, onde o bem em conflito é a dignidade da gestante, o bem em conflito é a vida e a saúde da gestante e por último os casos de anencefalia onde o bem em conflito é a saúde da gestante, a dignidade do nascituro e da gestante. Da mesma forma temos as proteções referentes a alimentos gravídicos onde a obrigação do nascituro é apenas continuar as etapas de seu desenvolvimento. Estando em desenvolvimento já é motivo para ter ele direito a alimentos que possam garantir a ele que nasça com vida. (Alberton, 2001, p. 111).

Frente ao direito da dignidade da pessoa humana o nascituro como qualquer ser humano pelo simples fato de ser humano já tem direito a dignidade. Dessa forma qual seria a condição, o dever do sujeito de direito da dignidade da pessoa humana? O simples fato de ser humano já garante o direito à dignidade. (Dias, 2006, p.440). Não é possível confundir capacidade postulatória com sujeito de direito da mesma forma que o nascituro deve ter garantido seu direito à personalidade. Este é sujeito de direito posto que, vários direitos são garantidos ao nascituro no Brasil e no direito comparado.

PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

Os direitos dos nascituros são postulados e positivados na Constituição federal, nas leis infraconstitucionais e nos tratados internacionais. Negar a personalidade e a dignidade de um ser protegido pela tutela jurisdicional seria tratar com desigualdade um ente da sociedade, Alberton (2005, p. 85). Outro entendimento, diz respeito aos direitos do nascituro protegido pelo Código Civil que trata apenas a respeito dos direitos patrimoniais (como o direito de receber herança, por exemplo), tendo em vista que o Código Civil deve tratar apenas das questões patrimoniais restando à Constituição Federal o dever de garantir a proteção da vida (que seria o direito de personalidade, direito este que não possui o embrião). Desse modo o direito do nascituro seria meramente legal e não constitucional.

Várias são as disposições no ordenamento jurídico que postulam pelo direito à vida, garantindo tal direito desde a concepção como pode ser visto no artigo 4º do Pacto de São Jose. O direito brasileiro por ter assinado o pacto deve adotar tais concepções no seu ordenamento jurídico, garantindo aos nascituros direitos relacionados à pessoa e ao ser humano, em geral não sendo possível fazer distinção de qualquer natureza conforme artigo 5º da Constituição Federal, Brasil (1988). A lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, dessa forma, alguns doutrinadores defendem que o direito à vida deve começar desde a concepção, sendo assegurado o direito à vida do nascituro. (Rizado, 2003, p. 136)

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO NASCITURO

O direito à vida como garantia constitucional garante a todos o direito de viver e continuar vivo conforme o artigo 5º da Constituição “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” garantindo a todos o direito inviolabilidade do direito à vida. Dessa forma pelo simples fato de ser humano, e dotado de vida, o nascituro deve ter seu direito o direito, a inviolabilidade da vida.

Segundo entendimento do professor Pussi (2005, p. 259) em sua obra *Personalidade Jurídica do Nascituro*:

[...] de forma expressa em seu art.5º, nossa Constituição, por proteger genericamente o direito à vida, sem nenhuma restrição ou benefício de ordem ou preferência, não acolhe em nosso Código Penal o instituto do Aborto .

Pussi, (2008) entende que a vida protegida pela Constituição Federal no artigo 5º diz a respeito à toda a vida, desde o momento da concepção, sendo o feto sujeito de direito, devendo sua vida ser inviolável tanto quanto a vida da gestante, devendo, ainda, amparar em outro princípio constitucional que diz respeito a todos serem iguais perante a lei. Dessa forma seria impossível falar em aborto, tendo que ser defendido o direito do nascituro, como sendo um direito fundamental e indisponível.

Havendo conflito entre os direitos fundamentais, da gestante e do direito à vida do nascituro, deve ser feita uma ponderação entre os direitos fundamentais. Segundo o autor Pussi (2008, p. 298) o direito do nascituro deve prevalecer perante o direito da gestante: “Assim, ponderando-se que em tese sempre está em jogo à vida e a saúde do nascituro, este direito deverá prevalecer face aos direitos da mulher grávida...”.

Qualquer atentado contra a vida do nascituro já seria um atentado contra a vida, e o aborto se enquadra nesse contexto e, por este motivo, encontra-se positivado no Título I que diz respeito aos crimes contra a pessoa e, de forma mais específica, no capítulo I do título que fala dos crimes contra a vida. Destarte Puzzi (2008, p. 305): “Vale dizer, portanto, que os direitos do nascituro, por estarem ligados diretamente à sua vida e aos interesses de sua saúde física e mental, preponderam sobre os demais, merecendo a mais ampla proteção legal”. Pelo posicionamento do ilustre professor é possível observar que o nascituro é um ser dotado de vida e, mais ainda, que este ser possui personalidade haja vista, o capítulo que encontra positivado o crime de aborto, quando o mesmo será discutido. Independente do entendimento frente ao crime do aborto já é possível entender frente a tal crime que o nascituro possui uma vida e que esta vida deve ser protegida no ordenamento jurídico.

PROTEÇÃO CIVIL DO NASCITURO

O código Civil brasileiro garante o direito ao nascituro em seu artigo 2º, ao conceituar direito da personalidade: “2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, por mais que tal definição deveria ser revista, o legislador foi feliz ao defender o direito do nascituro, mesmo que tal direito quando foi positivado visava assegurar apenas questões patrimoniais.

Professora Maria Helena Diniz:

Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável, com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida.

Várias são as teses referentes à personalidade do nascituro algumas por entender que, se admitisse o direito da personalidade este direito seria um direito sem sujeito, outra tese seria que o direito de personalidade nada mais é do que mero estado de vinculação e a teoria que admite uma retroação da personalidade ao momento da constituição do direito e a teoria que sustenta haver lugar entre a concepção e o nascimento a uma personalidade parcial, reduzida, fracionada.

O direito da personalidade não pode ser confundida com a capacidade postulatória, tendo em vista, todas as vidas humanas são dotadas de personalidade e dessa forma são sujeitos de direito, podendo sim ser diferenciado em capacidade postulatória, como os abso-

lutamente incapazes e os relativamente incapazes mas nunca retirar a personalidade destas pessoas. Assim sendo, não é possível dizer que o nascituro não possui personalidade sendo dessa forma, necessário mudar o entendimento de início da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito da personalidade do nascituro deve ser tratado como um direito da personalidade geral sem nenhum tipo de impedimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito do nascituro surgiu com o intuito de garantir o nascimento do ser humano. Para o ordenamento jurídico é importante observar que o nascituro possui direitos desde a sua concepção, diferente da biologia que só considera nascituro quando o ser humano está na fase de feto. O código civil, ao resguardar os direitos do nascituro, o fez com o intuito de proteger os direitos do ser que está para nascer, foi infeliz ao adotar a teoria natalista para o início da personalidade porque entrou em contradição ao garantir direitos patrimoniais e deixar de garantir os principais direitos do ordenamento jurídico que são os direitos à vida e à dignidade. A dignidade da pessoa humana do nascituro deve como princípio limitador do poder constituinte, garantir que está vida em desenvolvimento, nasça com o mínimo de dignidade protegido a toda a espécie humana. O nascituro por ter seus direitos protegidos no ordenamento jurídico e pela defesa da teoria concepcionista deve ser visto e protegido como um ser humano. Deve o nascituro ter sua vida e dignidade protegida pelo simples fato de pertencer à espécie humana, cabendo às normas que regulamentam a dignidade da pessoa humana impor limites a qualquer ofensa aos direitos do Nascituro e garantir condições de se desenvolver e concluir todo o ciclo reprodutivo até o seu nascimento saudável.

Não existe no ordenamento jurídico uma lei específica que garanta os direitos do nascituro, motivo este que defende a aprovação do Estatuto Jurídico do nascituro. O projeto de lei é de fundamental importância, tendo em vista que será garantido ao nascituro o direito à vida, ao desenvolvimento sadio, a convivência familiar e com a sociedade através de políticas públicas asseguradas ao nascituro, garantindo, assim, condições dignas para o seu nascimento. Não é possível retirar uma vida para beneficiar os avanços científicos com a desculpa de ser o embrião uma mera expectativa de direitos. O nascituro possui direitos positivados e tais direitos postulam a defesa de um ser em formação como todo ser humano, posto que a vida nada mais é do que a transformação do indivíduo tanto biologicamente (nascer, desenvolver, reproduzir e morrer), quanto socialmente.

O Supremo Tribunal Federal votou no dia 12 de Abril mais uma possibilidade de aborto permitido no ordenamento jurídico, o Aborto de feto anencefálicos, deve ser observado que o STF, ao permitir, o aborto de anencéfalos, nada mais fez do que unificar as decisões existentes nos diversos tribunais de Estados. Assim o Supremo agiu conforme a necessidade da sociedade. O aborto de feto anencefálico devendo ser acrescentado como mais uma forma de aborto permitido no Brasil devendo o legislador positivizar a norma no ordenamento jurídico. O aborto de fetos anencefálicos deve ainda passar pelo ministério da saúde para que este especifique todos os procedimentos necessários para precisar quando o feto é anencéfalo e só depois de todo procedimento autorizar o aborto.

O aborto no Brasil continua sendo crime e a principal proteção a vida do nascituro. Os alimentos Gravídicos também são fundamentais para a vida do nascituro, não sendo possível dizer que tais alimentos são para a gestante mas, para o desenvolvimento do nascituro. Por mais que se critique a falta de necessidade de provas para o caso de alimentos gravídicos, deve ser observado que o bem em questão que deve ser protegido novamente é a vida tanto é que não é possível reparação de danos materiais ao suposto pai se provado que este não é o verdadeiro pai do recém-nascido. Através daí lei dos alimentos gravídicos é possível observar que a vida do nascituro merece ser protegida independente do seu desenvolvimento, devendo ser maior que o os bens patrimoniais do suposto pai.

Várias são as proteções ao direito do nascituro, tais proteções estão positivadas no ordenamento jurídico. Assim cabe ao legislador rever o momento do início da personalidade e garantir uma vida digna a este ser que não tem voz.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O direito do nascituro a alimentos**. 1º ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. 2ª ed. Vol. L, Trad. de Alexandre Correia. Caxias do Sul: Livraria Sutina Editora, 1980.

ARISTÓTELES. **Da Alma (De Anima)**. Tradução. Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2001.

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Por um novo conceito de Personalidade Jurídica da Pessoa Natural**. Palestra proferida na cidade de Maringá-Paraná Disponível em: <<http://www.advocaciabarreto.com.br/index.php?pagina=assuntosacademicos>>.

BRASIL. Congresso Nacional. **Código Civil**. Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. DOU, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002. IN: *Vade Mecum*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 11.804, de 5 de Novembro de 2008. Institui a **Lei dos Alimentos Gravídicos**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940 Brasília: Senado Federal, 1940 4ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº5.869 de 11 de Janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Livia Céspedes. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil 1998**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **Estatuto do nascituro**. Projeto de lei 478/2007.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Européia para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais**. Disponível em <[HTTP://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf)>.

DARWIN, Charles Robert **A Origem das Espécies**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Parte Geral. In: **Novo Código Civil Comentado**. Coordenação Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O estado atual do biodireito** – atualizado conforme o novo Código Civil. 2 ed. São Paulo : Saraiva

EL-HANI, C.N e A.A.P.VIDEIRA **O que é a vida?:** para entender a Biologia do século XXI. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

EMMECHE, C. **Defining life as a semiotic phenomenon**. Cybernetics & Human Knowing, 1998.

ESPAÑA, Código Civil Espanhol. **TÍTULO II. Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil.** Capítulo primero. De las personas naturales.

HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Fabris, 1998.

HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. In: **Jus Navegandi**, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>> . Acesso em: 16 Nov. 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Leopoldo Halzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano.** Campinas: Editorial Psy 1995. Apud EL-HANI, C.N e A.A.P.VIDEIRA **O que é a vida?: para entender a Biologia do século XXI.** Relume Dumará, Rio de Janeiro p.45-46.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos.** Autopoiese, a Organização do Vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MAYR, Ernst. **Biologia, ciência única: reflexões sobre a autonomia de uma disciplina científica.** São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

MAYNARD Smith, J. **The problems of Biology.** Oxford: Oxford University Press. 1986.

_____. **Shaping life: genes, embryos and evolution.** London: Weidenfeld & Nicolson, 1998.

MEIRELLES, J. M. L. **Bioética e biodireito.** In: BARBOZA, H. H. V.; MARCON Marcia Regina. **A Contextualização de novas tecnologias em citologia (células-tronco) no ensino da biologia.** Guarapuava: Universidade Estadual do Centro Oeste (Unicentro), 2008.

MENEGHIN, Laís e SANCHEZ, Cláudio José Palma **Tutela Civil dos Direitos do Nascituro.** Revista Jurídica Cesumar.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito do Nascituro à Vida. Revista Brasileira de Direito de Família. Ano VII, n. 34, fev./mar. 2006, IOB Thomson.

MOTA, A. C. A, Soares M. B. P., Santos R. R.. **Uso de terapia regenerativa com células-tronco da medula óssea em doenças cardiovasculares: perspectiva do hematologista.** Rev Bras hematol hemoter 2005; 27(2).

MUTO, Eliza e NARLOCH, Leandro. Quando a vida começa? Super Interessante, São Paulo: Abril, Edição 219, p.56-64, nov. 2005.

PLATÃO. **A República**. Trad. M. H. R. Pereira. Lisboa: Fundação Calouste. Gulbenkian, 1993.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais da Bioética**. São Paulo: Loyola, 2005.

PIOVESAN Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5^a ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

REZENDE, Jorge de; MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa, BARCELLOS, José Maria. **Abortamento**. In: REZENDE, Jorge de ET AL. (Coord.) Obstetrícia.

RIZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**, 2^o Ed., São Paulo: Forense. 2003.

RUIZ-MIRAZO, Kepa; PERETÓ, Juli; MORENO, Alvaro. **A universal definition of life: autonomy and open-ended evolution**. Origins of Life and Evolution of the Biosphere.

SEBEOK, Thomas A.; Hoffmeyer, Jesper; e Emmeche, Claus, **Biosemiotica**. Berlin & New York: Mouton de Gruyter. Semiotica vol. 127 (no.1-4), 1999.

ASPECTOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS DA CONSOLIDAÇÃO DA TUTELA DO DIREITO À VIDA HUMANA

JANAÍNA RECKZIEGEL¹

BEATRIZ DIANA BAUERMANN CONINCK²

RESUMO

O objetivo geral deste artigo consiste em identificar os aspectos históricos e filosóficos que contribuíram para a afirmação do direito à vida como um direito humano universal e fundamental ao longo da história da humanidade, bem como os fundamentos utilizados para justificar a sua adoção como tal. Nesse sentido, analisou-se a proteção da vida humana segundo uma perspectiva de construção histórica e filosófica, a sua tutela na seara nacional e internacional e os entendimentos da Corte Internacional de Justiça, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Suprema Corte brasileira. Adotou-se o método dedutivo de abordagem, com técnica de pesquisa bibliográfica em referências nacionais e estrangeiras. Descobriu-se que o direito à vida é resultado de influências biológicas, religiosas, históricas, envolvendo questões éticas e morais, revelando-se como sendo universal, fundamental, porém, relativo.

Palavras-chaves: Direito à vida. Proteção. Historicidade.

INTRODUÇÃO

A vida humana atrai a parcimônia de quaisquer meios, técnicas e procedimentos que com ela estejam relacionados. A sua conservação zelosa é o cerne de atenção da Medicina e da Biologia e a garantia de sua proteção um objetivo jurídico. Consiste em um objeto de reflexão Filosófica e no pilar da história da humanidade. A forma como lidar com a vida humana requer o estudo do ser humano sob a perspectiva Antropológica bem como de suas relações como a sociedade.

O tratamento dedicado à vida humana requer a aplicação dos pressupostos bioéticos e biojurídicos, na medida em que conceitos e ponderações éticas e biológicas são essenciais para o desenvolvimento de normas, para a formação de opinião doutrinária e de posições

¹ Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá – RJ. Mestre em Direito Público. Professora Universitária e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Editora de Seção da Revista Espaço Jurídico *Journal of Law* da Editora UNOESC (Qualis B1) E-mail: janaina.reck@gmail.com. Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7597547217990217>.

² Mestranda em Direito no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC, Chapecó Santa Catarina. Integrante do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Direitos Cíveis, onde desenvolve Dissertação sobre Direitos Fundamentais e Bioética sob a orientação da Professora Dra. Janaína Reckziegel. E-mail: beatrizdiana@ibest.com.br. Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9733645795899329>.

jurisprudenciais, que servirão como fundamentos para a solução de conflitos éticos e morais de acentuada complexidade.

Nesse sentido reside a pertinência temática de se analisar a evolução histórica do direito à vida com a finalidade de responder ao objetivo geral deste escrito que é o de entender como ocorreu a proteção do direito à vida e como essa tutela restou consolidada como um direito universal fundamental e sob quais fundamentos isso aconteceu.

A fim de orientar uma resposta, a pesquisa será conduzida buscando-se conhecer as justificativas e os desígnios que influíram na seleção do direito à vida pela tradição ocidental de modo a consagrá-lo como direito universal e fundamental.

Para a efetivação da pesquisa, adotar-se-á o método de abordagem dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental em fontes nacionais e estrangeiras combinando circunstâncias históricas e elementos éticos, sociais, jurídicos e filosóficos, almejando a melhor compreensão do tema.

No primeiro item, sinteticamente, será abordada a dimensão histórica e filosófica da proteção do direito à vida na tradição ocidental. Em seguida, a fim de entender como conquistou o seu status atual, partir-se-á de suas acepções primitivas religiosas, passando-se pela filosofia greco-romana e pelos períodos medievo e moderno até atingir a sua interpretação contemporânea.

O segundo tópico discursará sobre a tutela nacional e internacional do direito à vida perante a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas de pretensão universalizante, a Declaração Americana de Direitos Humanos, de escopo continental, e, para finalizar, realizar-se-á o estudo desse direito dentro ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando-se o sistema constitucional brasileiro e os acordos firmados por este país com outros Estados em tratados e convenções internacionais.

No terceiro item, serão avaliados, relativamente à proteção do direito à vida e aos seus pressupostos, os entendimentos da Corte Internacional de Justiça, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Suprema brasileira.

Esta pesquisa procurará obter elementos informativos que possam servir de referência a futuras discussões sobre a concepção e a tutela do direito à vida humana.

DIMENSÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA DA PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA NO MUNDO OCIDENTAL

Muito embora existam registros históricos de religiões primitivas orientais que já valorizavam a vida humana e o ambiente responsabilizando o ser humano pela preservação das demais espécies, como a mais antiga doutrina hinduísta (BAEZ, 2012, p. 17), a inerência de

titularidade de direitos aos seres humanos de acordo com os budistas (HAMILTON, 2000, p. 47), a preservação da integridade física e moral do indivíduo pelos confucionistas (CREEL, 1949, p. 150-151) e a indispensabilidade da vida para os islâmicos (LAUREN, 2003, p. 8-9), o enfoque deste escrito remonta, no que toca ao aspecto religioso, às raízes do pensamento ocidental de direitos humanos, fundamentada na tradição judaico-cristã.

Para os judeus e cristãos, Deus detém o poder de criação de toda a humanidade e mantém relação direta com todos os seres humanos estruturando uma irmandade compromissada com a construção de um mundo mais justo (DEVINE *et al.*, 1999, p. 13). O Judaísmo defende a vida acentuando a inerência de certos direitos à pessoa humana (BAEZ, 2012, p. 17) e os Cristãos professam a salvaguarda da vida e a compaixão entre os seres humanos (BRIGGS, 1913, p. 11 e 28).

No campo da filosofia ocidental, a concepção de vida dos gregos irradiou através do estoicismo (que acreditava ser o suicídio uma saída frente a situações insuportáveis de vida) (CONTI, 2004, p. 149) atingindo os romanos, que a difundiram a outros povos em suas conquistas (DEVINE *et al.*, 1999, p. 7-8), a ponto de desembocar na acepção hodierna do termo que advém do idioma grego. A interpretação atual de “vida”, ou *vita*, em latim, congrega, em uma só palavra, os dois sentidos diferentes e apartados defendidos pelos gregos, a *bíos* e a *zoé* que representam, nesta ordem, a vida particular humana com as suas especificidades cognitivas, políticas e morais que lhe dão autonomia, e a vida biológica e orgânica comum a todos os seres vivos (SCHRAMM, 2009, p. 380).

No período medieval, Tomás de Aquino aprimorou a teoria analítica aristotélica e cunhou o eudemonismo, baseado na felicidade de todos os seres humanos (OLIVEIRA, 2008, p. 4.996 e 5.003). De caráter empirista racionalista, sua teoria distinguiu-se da moderna concepção idealista kantiana de direito natural em que a razão prática dispensa experiências empíricas e sensíveis e as leis morais desenvolvem-se *a priori* e apenas pela consciência humana. Aquele dizia que as leis morais são construídas a partir da interação da natureza humana com as coisas permitindo a mutabilidade circunstancial do direito natural e a variabilidade das escolhas morais. O direito positivo seria indispensável para fazer valer o estabelecido na lei natural (OLIVEIRA, 2008, p. 4.997-4.998).

Com o Estado de Direito moderno, a dimensão jusnaturalista racional e o contratualismo convergiram para o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. Para o primeiro, pelo simples fato de ser “humano” legitima a espécie humana para a titularidade de alguns direitos naturais os quais devem ser consagrados pela legalidade e reconhecidos e respeitados pelo Estado. Essas normas, segundo os contratualistas, precisam ser consensualmente estabelecidas segundo a vontade popular e nunca impostas por governantes (PÉREZ LUÑO,

2002, p. 23). Amparada nesse ideal é que se deu, posteriormente, a universalização dos direitos humanos (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 34).

A preservação da vida sobre a Terra motivou muitos filósofos jusnaturalistas contratualistas modernos. Hobbes entendia que a única forma de se proteger a vida era por meio de um contrato mútuo entre os homens, pois, em sua condição originária, eram individualistas a tal ponto que não conseguiam viver em paz (HOBBS, 1979, p. 78). Seguindo a mesma doutrina, Locke (2001, p. 84) cunhou sua teoria individualista liberal de que o homem não poderia arruinar ou eliminar a própria vida, nem a de outra pessoa, com a ressalva de garantir a própria conservação. Rousseau (1999, p. 43-45) preconizou pela defesa relativa da vida pelo contrato social prevendo a possibilidade do suicídio involuntário em caso de estado de necessidade ou de desconhecimento do perigo.

Kant (2009, p. 269) enfatizou a racionalidade do ser humano que, pela própria natureza, é um fim em si mesmo e não se subordina à vontade de outrem por fazer parte de um reino dos fins legislando universalmente e submetido também à mesma legislação. Isso lhe dá autonomia que consiste no fundamento da dignidade da natureza humana. Kant (2009, p. 218-219) contestou o suicídio em razão de ser a manutenção da vida um imperativo categórico e uma lei universal.

Os pressupostos jusnaturalistas e contratualistas foram utilizados pelos iluministas na busca pela promoção dos direitos individuais, paralelamente à laicização do direito natural (SARLET, 2012, p. 39).

Em que pesem os ideais de justiça e de liberdade escudados pelo movimento revolucionário francês, no século XVIII (GIDDENS, 2005, p. 18-19), o direito à vida não foi expressamente previsto na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estava contextualmente entusiasmada com o ideal de liberdade (OBERDORFF; ROBERT, 2004, p. 7-8). Ademais, a Declaração Francesa não intencionou universalizar seus direitos, muito embora seus princípios acabassem sendo, mais tarde, contemplados por outros povos. Em verdade, a concreta tentativa de universalização dos direitos humanos se deu através da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948, objetivando transmitir um paradigma ético ocidental de direitos humanos em face da desumanização da vida nos campos de concentração nazistas (PIOVESAN, 2006, p. 8). A partir de então, sob a égide da Organização das Nações Unidas, foram enfatizadas a proteção e a promoção dos direitos humanos por intermédio de inúmeros documentos pactuados pelos seus Estados-membros.

Hodiernamente, na civilização ocidental, são propriedades dos direitos humanos: a sua universalidade, isto é, pertencem a todos os seres humanos (BARRETO; WASEM, 2011, p.

145); a fundamentalidade, porque são essenciais (ALEXY, 2013, p. 70-72); a abstratividade, em decorrência da possibilidade de serem conflitados com outros direitos fundamentais; a moralidade, já que podem ser arguidos em face de seres racionais (ALEXY, 2013, p. 73); eles ainda prevalecem sobre normas positivadas (ALEXY, 2013, p. 70-72); possuem valoração ética, com o escopo de proteger a dignidade humana (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 37); e são históricos, tendo em vista o reconhecimento progressivo e gradual de novos direitos ao longo da história da humanidade (BOBBIO, 2004, p. 9). O resultado disso é a complexidade desses direitos por conta da integração de tradições religiosas e laicas de vários povos (MORAES, 2005, p. 1). Os direitos políticos sedimentaram a liberdade e a autonomia dos indivíduos e a posição absentista do Estado, ao passo que os sociais exigiram uma prestação estatal positiva no sentido de proporcionar bem-estar e igualdade a todas as pessoas (BOBBIO, 2004, p. 20).

Em sendo o direito à vida um direito humano (BOBBIO, 2004, p. 35), é, por conseguinte, universal, fundamental, abstrato, moral, prioritário, ético e histórico, características que lhe imprimem necessidade de proteção e respeito. A sua complexidade é potencializada se, como visto alhures, forem ponderadas a herança religiosa e o avanço atual das técnicas da Medicina ensejando o estudo principiológico da Bioética e do Biodireito em razão da dicotomia existente entre o princípio da sacralidade da vida e o princípio da qualidade da vida, os quais serão vistos mais adiante.

Por ora, vale lembrar que o Brasil, na esteira do movimento externo, ainda que a passos lentos, engajou-se na luta pela vida incluindo no ordenamento jurídico pátrio, mais acentuadamente com a Constituição de 1988, regulamentação a esse respeito.

A TUTELA INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO NACIONAL DO DIREITO À VIDA HUMANA

É cediço que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), após a dramática coisificação do ser humano na Alemanha nazista, consistiu no primeiro documento visando à universalização dos direitos humanos, na qual o direito à vida consta em sua dimensão de inerência à condição humana (TRINDADE, 1991, p. 75). Arrimando-se nesse Documento, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 6º) acrescenta que ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida – apesar da ênfase atribuída à pena de morte, seguindo aquele contexto histórico em que não foram levadas em consideração as possibilidades de aborto e de eutanásia, por exemplo, deixando para os países-membros encontrar soluções discricionárias para essas questões (COMPARATO, 2010, p. 306-309).

Acompanhando os organismos das Nações Unidas e com base na Declaração Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, a Con-

venção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), em seu artigo 4º corrobora o ideal ocidental de inerência do direito à vida aos seres humanos, salvaguardando a vida já desde a concepção (COMPARATO, 2010, p. 381 e 386).

No Brasil, o primeiro registro constitucional vedando a indisponibilidade da vida veio com a carta de Carta de 1946, apoiada na Carta das Nações Unidas de 1945 (BONAVIDES, 2000, p. 173), já fundamentada na filosofia kantiana de que o ser humano é um fim em si mesmo devendo o Estado proporcionar meios ao indivíduo para exercer os seus direitos (art. 141) (BALEEIRO; SOBRINHO, 2012, p. 66 e 81). Atualmente, sob os auspícios da Constituição de 1988, o direito à vida é colocado como direito fundamental e cristalizado como cláusula pétreia (artigos 5º e 60, III, CF) (BRASIL, 2012). O Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002), por sua vez, contrário ao atual entendimento concepcionista do Pacto de São José da Costa Rica, protege a vida do nascituro se nascer com vida, relegando a ele apenas a expectativa de direitos (art. 2º) (TARTUCE, 2014, p. 119-122).

É digno de nota, entretanto, que nem a Constituição Federal de 1988 tampouco a Norma Civilista de 2002 ousaram definir o conceito de “vida”, nenhum deles também fala do início ou fim da vida, o que gera incerteza e polêmica sempre que esse assunto vem à tona. O próprio Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940), já desatualizado, preocupa-se apenas com a condição física da pessoa quando trata dos crimes contra a pessoa (artigos 121 a 128) (BRASIL, 2015).

Em acréscimo, o país já se comprometeu em promover e respeitar os direitos humanos oficializando inúmeros tratados internacionais e, no que toca ao direito à vida, firmou pactos tanto em nível global como regional.

Assim sendo, com a finalidade de amparar e fomentar os direitos fundamentais, o país já assumiu compromisso mediante a convenção de um número considerável de tratados internacionais. E, no que respeita o direito à vida, ratificou a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, em 1951 (PIOVESAN, 2011, p. 282 e 444); a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1990 (PIOVESAN, 2011, p. 269 e 445); o Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 1992; o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos para a Abolição de Pena de Morte, com a reserva no artigo 2º que trata da pena de morte em tempo de guerra (PIOVESAN, 2011, p. 219-220 e 443) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em que o Brasil é signatário desde 2008 (PIOVESAN, 2011, p. 277 e 446). E, junto ao sistema regional americano, o Brasil firmou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada em 1985 (PIOVESAN, 2011, p. 445) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada em 1992 (PIOVESAN, 2011, p. 446).

Não obstante a existência desses Documentos, a doutrina entende que o direito à vida é hierarquicamente superior a qualquer previsão normativa por ter se afirmado como norma imperativa de caráter consuetudinário e principiológico já reconhecida, repetidamente, pelo Direito Internacional e pela comunidade internacional, embora possua natureza relativa em razão de se coibir somente a eliminação forçada da vida (LEITE, 1991, p. 185-186).

No entanto, a grande celeuma em torno do direito à vida, nos dias atuais, é a dicotômica relação entre o princípio da sacralidade da vida e o princípio da qualidade da vida. Para o primeiro, quer seja pelo fim inerente à natureza humana quer seja pelo desejo divino, a vida é indisponível. Neste, busca-se elevar ou melhorar o bem-estar, mitigar o sofrimento que pode ser evitado, contanto que os indivíduos que sofrem a intervenção o permitam e que não prejudique os demais. Essa controvérsia reúne pontos sensíveis da Bioética (ética da vida) encontrada, por exemplo, na eutanásia e no aborto (SCHRAMM, 2009, p. 377-378).

A falta de um conceito sobre a “vida” leva a infundáveis debates ético-filosóficos sobre o seu início e fim, em que a “sacralidade da vida” possui um modelo diferente do visto na “qualidade da vida”, na medida em que aquele persegue o “vitalismo” como valor moral absoluto e este se apresenta como um resultado do secularizado avanço científico (biomedicina) mais se aproximando ao paradigma de direitos humanos atuais, sobretudo no que respeita à autonomia e à liberdade de decidir sobre o início e o fim da vida pessoal (SCHRAMM, 2009, p. 381). A solução seria lidar com parcimônia sem a prevalência do primeiro sobre o segundo princípio, pois isso poderia não ser aceito pelas sociedades plurais seculares (SCHRAMM, 2009, p. 387).

Nesse sentido, as questões existenciais levam os cidadãos religiosos ou não, a colidirem suas convicções incutidas de ideologias com o pluralismo ideológico. A razão pluralizada das pessoas atende à secularização visto que impõe um distanciamento das ideologias e das grandes tradições, mas, autonomamente e por osmose, mantém-se aberta à religião e à ciência, mantendo-se disposto a aprender (HABERMAS, 2010, p. 140).

A liberdade de escolha foi incentivada acompanhando a autonomia privada do indivíduo, viabilizando suas preferências, par e passo com o incentivo da ciência e da técnica (HABERMAS, 2010, p. 35). Sob a perspectiva da sociologia, a promessa da Medicina de uma vida mais saudável e longa será sempre aclamada pela sociedade, em que pese a tecnificação da natureza humana hoje (HABERMAS, 2010, p. 35). Isso denota a “moralização da natureza humana”, pois a técnica e a ciência elevaram a liberdade humana em troca de seu afastamento do convívio social tornando o indivíduo desiludido com a natureza que o rodeia e seduzido pela sua natureza interna (HABERMAS, 2010, p. 35-36).

Impende dizer, neste ponto, que não é objetivo deste escrito resolver esse conflito, mas mostrar a complexidade que envolve o direito à vida. Por ora, importa sim que o primado da tutela da vida continua sendo objetivo primeiro do Direito interno e Internacional, exigindo a atuação efetiva de tribunais de direitos humanos. No sistema das Nações Unidas, a Corte Internacional de Justiça representa o principal órgão judicial em nível global sob a qual o Brasil se subordina seguida, em âmbito continental, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Internamente, o Supremo Tribunal Federal desempenha o papel de guardião constitucional.

O DIREITO À VIDA PARA A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Sabendo-se que cortes nacionais e internacionais atuam no sentido de promover e proteger os direitos humanos e sendo o direito à vida um direito humano, resta, agora, avaliar a interpretação que esses Tribunais dedicam à vida humana, bem como descobrir como eles a protegem e sob quais fundamentos.

A Corte Internacional de Justiça, localizada em Haia, na Holanda, é o principal órgão judicial das Nações Unidas (REZEK, 2008, p. 356-362). Ela prima pela proteção do direito à vida, previsto no artigo 6º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, e assevera a prevalência deste Documento sobre os demais tratados de direitos humanos valendo, inclusive, para regulamentar os direitos humanos do direito humanitário em tempos de guerra (CHETAIL, 2003, p. 241).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos faz parte do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e empenha-se em fomentar e proteger os direitos humanos. Para esse Tribunal, o direito à vida requer proteção legal desde o momento da concepção vedando-se a sua arbitrária eliminação (KRSTICEVIC; AFFONSO, 2011, p. 347-386).

Os questionamentos sobre a vida humana, seu começo ou fim e a partir de quando deveria obter guarida refletem a complexidade do progresso social, em que novos fenômenos bioéticos, difíceis de serem resolvidos, aparecem demandando um alto grau de aperfeiçoamento jurídico que o Poder Legislativo não consegue dar conta, precisando de uma atuação jurisdicional mais ativa do Poder Judiciário (RECKZIEGEL; FREITAS, 2014, p. 694 e 716). Além disso, exige uma complementação interdisciplinar para a elaboração de um conjunto de diretrizes e limites ético-jurídicos que regulem procedimentos biomédicos de acordo com a Bioética (GODIM, 2009, p. 55)³ e o Biodireito (MÖLLER, 2009, p. 23-53).

³ O primeiro uso da expressão “bioética” ocorreu com Fritz Jahr por meio do periódico alemão Kosmos, em 1927 (GODIM, 2009, p. 55).

Na ordem interna, ao Supremo Tribunal Federal cumpre o papel de exercer ativamente a jurisdição constitucional com poder de aclamar princípios e consolidar jurisprudências, sendo, por isso, relevante para a elaboração deste artigo analisar, neste item, os fundamentos adotados pela Corte relativamente ao direito à vida. Frise-se, pois, que as jurisprudências aqui utilizadas serviram somente como referências no sentido de responder o objetivo principal desde artigo.

Para o Ministro Marco Aurélio, não há hierarquia entre o direito à vida e os demais direitos fundamentais como a saúde física e mental, a autodeterminação e a liberdade e todos são reconhecidos como direitos individuais. Segundo o Ministro, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII, permite a ocorrência da pena de morte em situação de guerra declarada, isso de acordo também com o artigo 84, inciso XIX, da Magna Carta. Soma-se a isso a regulamentação permissiva do aborto ético ou humanitário de feto sadio fruto de estupro (artigos 124, 126 e 128). Amparando-se na lei, ele afirma que, diante de colisão entre o direito de uma mulher violentada e o direito à vida do feto, mesmo que em condições plenas de saúde, o direito da mulher deve vir sobreposto (STF, 2012, p. 32-56).

Ao se referir à carência de definição conceitual do termo “vida”, bem como à indeterminação do seu começo e fim pela Constituição Federal, o Ministro Cezar Peluso defende a tese de que a utilização de uma única acepção semântica da “vida” não seria satisfatória para regular todas as áreas do saber e que a adoção unilateral e prevalente seja pelo lado da Medicina ou pelo lado do Direito pode resultar no domínio de uma sobre esfera sobre a outra. O seu entendimento é de que as demais disciplinas sirvam de apoio ao Direito de forma que este consiga estabelecer limites e conceitos a partir dos pressupostos jurídicos. Para resolver os problemas atuais é preciso considerar que a vida é regulada pelo Direito e, por conseguinte, pelas normas do Direito Civil e Direito Penal (STF, 2012, p. 105-106).

No entanto, segundo o Ministro, a Norma Penal imprime a ideia de que a “vida” é mantida enquanto existirem os sinais vitais do indivíduo, não esclarecendo que sinais seriam esses. No campo do Direito civil, o artigo 2º resume-se em defender a vida a partir do nascimento com vida. Essa postura do ordenamento jurídico pátrio requer o socorro do Biodireito cuja função consiste em fornecer o substrato ético e biológico dentro do campo de atuação do Direito. Um dos exemplos atuais nesse sentido é a Lei de Transplantes de Órgãos nº 9.434/97, embasada em parecer do Conselho Federal de Medicina sobre os parâmetros clínicos de diagnóstico de morte. Nela, a previsão é de que o ser humano permanece vivo enquanto estiverem conservadas a atividade cerebral e suas atividades psíquicas de modo que possua as mínimas condições de conviver socialmente. Isso mostra a atuação conjunta do Código Civil, Código Penal e do Biodireito (STF, 2012, p. 108-124).

Essa também é a opinião do Ministro Ayres de Brito, salientado, ademais, que a vida humana tem seu começo somente quando as terminações nervosas no feto lhe possam garantir uma futura vida autônoma, embora o Direito infraconstitucional já proteja o embrião ou feto em cada estágio gestacional. Isso ocorre porque o embrião só consegue se desenvolver se introduzido no útero humano (STF, 2010, p. 134-207).

A Ministra Cármen Lúcia apresenta uma visão bem relativista do direito à vida. Ela apregoa que o indivíduo possui liberdade para dispor de sua vida e ressalta a superioridade e a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana quando da realização de procedimentos médicos que busquem mitigar o sofrimento de pacientes que se encontrem prestes a morrer (STF, 2010, p. 342 e 352-353).

Depreende-se dos posicionamentos dos membros da Suprema Corte que há uma tendência no sentido da relativização do direito à vida em virtude da valorização de outros direitos fundamentais também já consagrados no ordenamento jurídico nacional. Outro aspecto relevante é a importância que é dada ao Biodireito e à Bioética em razão de sua especialização no estudo Direito focado na vida (bio) e na ética. Aliás, enquanto a Bioética, ou melhor, a ética da vida, empenha-se em estudar a conduta moral do homem relativamente à vida, o Biodireito concentra-se em explorar a normatização frente às ciências da vida (CONTI, 2004, p. 3 e 10). Nesse passo, ambas se complementam buscando um meio termo, com moderação, voltando-se sempre para a dignidade humana, a equidade e a sensatez das decisões frente a questões como o suicídio assistido, engenharia genética e outros fatos envolvendo a vida humana (CONTI, 2004, p. 13).

De todo modo, em que pese não haver definição constitucional, civil e penal do que seria a vida, ela é entendida, pela jurisprudência pátria, como sendo uma condição humana enquanto existir atividade cerebral indicando a presença de atividades psíquicas no indivíduo de modo a viabilizar-lhe a mínima possibilidade de vida social. Nesse sentido, a vida humana se efetiva concretamente a partir da presença de terminações nervosas no feto que lhe potencializam vida autônoma.

Em arremate, o direito à vida é um produto historicamente construído, reconhecido e interpretado em concordância com vivências humanas em cada fase da história da humanidade. É um direito modelado tanto pela influência dos conteúdos normativos da religião como por aspectos da vida secular. Além disso, é um direito consagrado universalmente e pertencente a todos os seres humanos; fundamental sendo contemplado nos ordenamentos internos dos países por conta de sua essencialidade e necessidade; abstrato (não concreto) característica que lhe permite entrar em confronto com outros direitos também fundamentais,

como a liberdade e a autonomia; e relativo (não absoluto) na medida em que o direito à vida pode ser dispensado conforme o previsto no ordenamento interno da possibilidade de pena de morte em caso de guerra, do aborto em caso de estupro e de anencefalia.

O ponto mais controverso na contemporaneidade, pelo visto, gira em torno de dois princípios notadamente opostos que norteiam as complexas realidades da vida humana: o princípio da sacralidade da vida e o princípio da qualidade da vida. Muito embora essa discussão não tenha sido o objeto deste trabalho, reputou-se relevante apresentá-los até mesmo porque eles são produtos de um longo período de evolução histórico-filosófica do direito à vida, sobretudo do progresso tecnocientífico da Medicina, voltada para a busca de garantir tanto a vida em si como a sua qualidade. A controvérsia existente entre esses princípios demonstra o nível de complexidade e abstratividade que a temática da vida assumiu necessitando de uma reflexão multidisciplinar para que possa ser aplicada ao caso concreto que hoje, aliás, se encontra ansioso por resolução. Isso implica considerar os aspectos biológicos, psicológicos, morais e éticos sobre o tema. Também não pode ser olvidado que toda a temática da vida, tal como se apresenta nos dias atuais, é um resultado de pressupostos teológicos, filosóficos e jurídicos que, paulatinamente, na história da humanidade, foram se interagindo e se complementando de acordo com as transformações sociais e econômicas que ascendiam para um mundo cada vez mais globalizado em razão das facilidades tecnológicas.

Em vista disso, a bioética médica se sobressai com o seu principialismo de perspectiva nitidamente filosófica vinculado à moral. A Bioética surgiu, pela primeira vez, com o teólogo de origem alemã Fritz Jahr (1927) e, tornando-se pública mais tarde com Van R. Potter, oncologista norte-americano. Jahr discutiu, em seu artigo “Bio-Ethik” o legado filosófico e religioso na civilização ocidental e oriental, enfatizando o respeito pelo ser humano apoiando-se em Rousseau, Kant, dentre outros (DALL’AGNOL, 2012, p. 96). E, com o Relatório de Belmont (1978) do qual resultou a obra *Principles of Biomedical Ethics* cujo teor regulamentou a ética na Medicina sob os princípios do respeito pela autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, sendo eles uma colaboração filosófica para a Bioética adotados no ordenamento infraconstitucional brasileiro pela Resolução 196 e Instrução Normativa 9 da CTNbio regulamentando as pesquisas com seres humanos (DALL’AGNOL, 2012, p. 99). Ademais, guardam relação com a filosofia os problemas brasileiros que envolvem questões sobre o “Testamento Vital” e suas implicações sobre o tema da eutanásia e a necessária motivação dos serviços de cuidado paliativo (DALL’AGNOL, 2012, p. 113).

Note-se que inúmeros são os questionamentos ainda sem solução especialmente no Brasil que exigem um debate franco sobre o rumo que precisa ser tomado na condução de

várias realidades que envolvem a vida humana. A análise da evolução histórica vem contribuir consideravelmente no sentido de compreender os passos tomados em prol da vida trazendo à tona a importância da religião e da filosofia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o direito à vida conquistou ao longo dos tempos seu lugar dentre os humanos a graduação de direito universal e fundamental por ter sido contemplado em vários diplomas na seara de direitos humanos. Entretanto, restam, nos dias atuais, inúmeras questões reais da vida de extrema complexidade à espera de solução que o direito não consegue satisfazer. Em vista disso, com o objetivo de contribuir para a temática, partiu-se do princípio de que é necessário se fazer uma retrospectiva histórico-filosófica perseguindo ideias e posicionamentos que possam colaborar para esse fim. Portanto, o presente escrito visou detalhar a evolução histórica da consolidação do direito à vida e os fundamentos adotados até então.

Descobriu que a religião desempenhou um papel fundamental sobre como a vida é interpretada e valorizada. Reconhece-se a importância das religiões orientais, mas entendeu-se, neste momento, partir das raízes ocidentais (judaico-cristã) seguindo sua linha cronológica até desembocar na formação brasileira de entendimento relativo à vida, neste caso, a humana.

Um dos marcos deste estudo ocorreu com a notável abordagem da razão humana capaz de processar o entendimento da preservação da vida. Partiu-se do entendimento de que a vida era tratada como um direito natural pela doutrina aristotélica e tomista, mas acabou estruturando o fundamento para o jusnaturalismo racional e do contratualismo modernos com Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, de sorte que, anteriormente ao Iluminismo, a habilidade humana de pensamento livre e de raciocínio greco-romano influenciou o movimento iluminista em sua busca por liberdade frente aos tiranos.

A dimensão universalizante dos direitos humanos, no mundo ocidental, ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como forma de reação aos horrores praticados com a vida humana dentro dos campos de concentração nazista. Com o processo de fundamentação dos direitos em nível interno dos países-membros da ONU, o direito à vida restou consagrado nada obstante sem uma abordagem absoluta coibindo a sua arbitrária eliminação através do emprego da força.

No Brasil, os direitos fundamentais estiveram presentes em todas as Cartas constitucionais e o direito à vida teve registro expresso com a Carta de 1946. O seu destaque, porém, ocorreu com a Carta Magna de 1988 a qual disciplinou as dimensões de direitos para além dos civis e políticos.

O legislador constituinte de 1988, tampouco o civilista e o penalista ousaram definir a expressão “vida” e deixaram ser resposta questões como o seu início ou fim. A Corte Suprema brasileira, diante da omissão legislativa, vê-se, não raras vezes, impulsionada a julgar situações complexas que envolvem a problemática da preservação da vida humana. Amparando-se na Lei de Transplantes de Órgãos, pareceu apoiar a ideia de que existe vida enquanto houver terminações nervosas que possibilitem autonomia e convívio social à pessoa.

De qualquer forma, o entendimento da própria Corte é que esses assuntos devem ser refletidos dentro da Bioética e do Biodireito. Nesse ponto, aliás, descobriu-se que o embate sobre a preservação da vida reascende outro problema subjacente, o relativo à controvérsia existente entre o princípio da sacralidade da vida e o princípio da qualidade da vida, demonstrando o nível de complexidade que norteia o tema atraindo considerações filosóficas, teológicas de modo interdisciplinar envolvendo a moral, a ética e demais esferas do saber.

Em que pese toda essa discussão, não se pode negar, contudo que o direito à vida conquistou seu espaço sendo reconhecido como um direito humano universal, fundamental, abstrato, mas relativo pela própria impossibilidade de atribuir a ele uma condição absoluta frente aos novos direitos também fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. In: ALEXY, Robert (org.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Ed. da Unoesc, 2013.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão cultural dos direitos humanos fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. **A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficaciais**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (org.). **A realização e proteção internacional dos direitos humanos fundamentais: desafios do século XXI**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras v. 5: 1946**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BARRETO, Vicente de Paulo; WASEM, Franciele. Entre duas escrituras: multiculturalismo e direitos humanos. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (org.). **A realização e prote-**

ção internacional dos direitos humanos fundamentais: desafios do século XXI. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, set./dez. 2000.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Código 3 em 1:** Penal, Processo Penal e Constituição Federal: obra coletiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Cespedes e Juliana Nicoletti. 11. ed. São Paulo Saraiva, 2015.

BRIGGS, Charles Augustus. **Fundamental christian faith:** the origin, history and interpretation of the apostles' and nicene creeds. New York: Charles Scribner's Sons, 1913.

CHETAIL, Vincent. The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law. In: International Review of the Red Cross: humanitarian debate: law, policy, action. **Geneva International Committee of the Red Cross**, v. 85, n. 850, p. 235-269, jun. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito:** a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CREEL, Herrlee Glessner. **Confucius:** the man and the myth. New York: John Day Company, 1949.

DALL'AGNOL, Darlei. Filosofia e Bioética no debate público brasileiro. In: **Ideias**, Campinas (SP), n. 4, nova série, 1º semestre, 2012.

DEVINE, Carol *et al.* A history of human rights theory. In: _____. **Human rights:** the essential reference. Phoenix: The Oryx Press, 1999.

GIDDENS, Anthony. **Capitalismo e moderna teoria social.** 6. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2005.

GODIM, José Roberto. Bioética e complexidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução Karina Jannini. Revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2010.

HAMILTON, Sue. **Early buddhism: a new approach: the in of the beholder**. New York: Routledge, 2000.

HOBBS, Leviatã. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009.

KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. A dívida histórica e o Caso Guerrilha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à verdade e à justiça no Brasil. In: **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin America Centre, 2011.

LAUREN, Paul Gordon. **The evolution of international human rights: visions seen**. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2003.

LEITE, Pedro Pinto. O direito internacional e o direito dos povos. In: **Revista de Informação Legislativa**, a. 28, n. 109, p. 185-186. Brasília/DF: Senado Federal; Secretaria de Edições Técnicas, jan./mar. 1991.

LOCKE, John. **O segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 3. ed. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis/RJ: Vozes, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Esperança e responsabilidade: os rumos da bioética e do biodireito diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OBERDORFF, Henri; ROBERT, Jacques. La dignité de la personne humaine, le corps humain et les sciences de la vie. La déontologie médicale et l'éthique. In: _____. **Libertés fondamentales et droits de l'homme**: textes français et internationaux. 6. ed. Paris: Montchrestien, 2004.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; LESSA, Bárbara Alencar Ferreira. A teoria do direito natural de São Tomás de Aquino: uma reflexão a partir das críticas de Hans Kelsen ao jusnaturalismo. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do COMPEDI**, Brasília, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direito constitucional módulo V: direitos humanos e o direito constitucional internacional. Currículo permanente. **Caderno de Direito Constitucional**, EMAGIS, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Augusto Cançado Trindade. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RECKZIEGEL, Janaína; FREITAS, Riva Sobrado de. Limites e abusos de interpretação do Supremo Tribunal Federal no caso ADPF 54 (aborto de anencéfalo): análise crítica a partir de Habermas e Streck. In: **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 693-720, set./dez. 2014.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito “vida” em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. **Revista Bioética**, v. 17, n. 3, p. 377-389. Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2009.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Lei de Biossegurança. Impugnação em Bloco do art. 5º da Lei nº 11.105/2005. Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatores Ministros Ayres Britto e Cármen Lucia. Brasília/DF. 29 de maio de 2008. DJe 27 de maio de 2010. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp_sob_o_numero_56662>.
Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal.** Feto Anencéfalo. Interrupção da Gravidez. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNS. Relatores Ministros Marco Aurélio e Cesar Peluso. Brasília/DF. 12 de abril de 2012. DJe 30 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_1941415>. Acesso em: 26 mar. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 1:** lei de introdução e parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

ENTRE O ABORTO E O DIREITO À VIDA: OS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM JOGO

SIRVAL MARTINS DOS SANTOS JÚNIOR¹

CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ²

RESUMO

O presente estudo discute acerca da colisão de direitos que envolve o direito da mulher poder dispor do próprio corpo e o direito à vida do nascituro. A incessante prática do aborto na atualidade é considerada um dos grandes problemas enfrentados pela saúde pública brasileira. Contudo, a autonomia da mulher frente à disposição do próprio corpo colide com o direito fundamental e personalíssimo do direito à vida do nascituro. É necessário esclarecer que a sociedade, desde o século XX, dispõe de sistema de saúde, público ou privado, que disponibiliza diversas modalidades de métodos contraceptivos como uma alternativa viável à prática abortiva, devido sua função de prevenir a gravidez indesejada. Assim, o objetivo principal deste artigo é retratar um panorama holístico sobre o tema aborto e a discussão atual em torno do mesmo, à luz da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como o Pacto de São José da Costa Rica, dos direitos personalíssimos positivados no Código Civil de 2002, do Código Penal. Para tanto, pauta-se por um estudo teórico, alicerçado por um estudo bibliográfico, além disso, traz um caso prático que envolve a impossibilidade de uso de métodos contraceptivos. Diante do exposto, verifica-se que a mulher pode dispor de seu próprio corpo, desde que não cause lesão ao nascituro e, em virtude disso, deve recorrer as inúmeras possibilidades oferecidas pelo sistema de saúde.

Palavras-chave: Aborto. Nascituro. Direitos da personalidade.

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que existe um embate entre o aborto e o direito à vida. A Constituição Federal Brasileira garante que todos são iguais perante a lei, no entanto ainda perduram questionamentos se tal igualdade é irrestrita para todos os seres humanos. Mas o que de fato demarcaria se um indivíduo é considerado ou não um ser humano?

Com o objetivo da prevenção da gravidez indesejada, de modo a extinguir a possibilidade do ato abortivo, há atualmente uma diversidade de métodos contraceptivos. Entretanto, mesmo com a disponibilidade destes métodos, o aborto ainda é uma prática corriqueira no Brasil e no mundo. O Estado, por sua vez, garante o direito à vida do nascituro no Código Penal, no capítulo dos crimes contra a vida, que estabelece que a prática aborto seja um crime.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória, e-mail: sirvaljunior@hotmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UFG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

O indivíduo em formação, denominado nascituro, deve ser considerado um ser humano sujeito de direito. E o principal direito que lhe deve ser assegurado é o da vida, não sendo possível nenhum terceiro decidir por ele se deve viver ou não, nem mesmo a mãe.

Para compreender esse assunto, é necessário entender o que é o aborto, os métodos existentes para evitar gravidez não planejada e o modo que a Constituição Federal, os Tratados Internacionais, o Código Civil e o Penal disciplinam a matéria da vida.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Constituição Brasileira assegura o princípio da dignidade da pessoa humana como uma cláusula geral de tutela da personalidade. Com o objetivo de versar especificamente sobre as condições mínimas e necessárias para a sobrevivência da pessoa, o novo Código Civil de 2002 estabelece um rol de direitos inovadores denominados “direitos da personalidade”, que se estende do art. 11 ao 21.

Entende-se por Direitos da personalidade, segundo Bittar,

[...] direitos reconhecidos à pessoa humana tomada de si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.³

Os direitos personalíssimos são uma conquista do mundo moderno, pois a pessoa humana possui direitos, obrigações e o poder de exercer o seu direito de personalidade de forma positiva. Assim, deste modo, atribui-se aos seus direitos de personalidade o fim que melhor se adequar à realização de sua dignidade.⁴

Sendo o fundamento da teoria dos direitos da personalidade o princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III, CRFB 1988), basta o fato de o ser um humano para ter dignidade, independentemente de suas ações e declarações.

A dignidade da pessoa humana não depende do Estado nem de outros qualificativos jurídicos, não nasce de um contrato nem de declaração de vontade, não está ligada aos papéis ou atividades que a pessoa desempenha, não tem relação com a capacidade.⁵

³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 01.

⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Proibição de disposição e de limitação voluntária dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002: Crítica. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). Introdução crítica ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.17.

⁵ Ibidem, p. 19.

Presume-se que os direitos da personalidade são meios de atingir qualidades e modos dignos de se viver. Deste modo, as transgressões normativas decorrente das infrações do direito da personalidade por parte do Estado ou por outrem são atos inconstitucionais, haja vista a relação destes direitos com a dignidade.

É importante lembrar que diversas características são adotadas pela doutrina para com os direitos da personalidade. Adotando as principais características que estão previstas no art. 11 do Código Civil de 2002, esses direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis⁶, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Sob este viés, Caio Mário explicita:

Irrenunciáveis, porque estão vinculadas à pessoa de seu titular. Intimamente vinculados à pessoa, não pode, de regra, esta abdicar deles, ainda que para subsistir; intransmissíveis, porque o indivíduo goza de seus atributos, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito ou oneroso.⁷

A intransmissibilidade e a irrenunciabilidade dão o caráter único dos direitos personalíssimos, pois cada indivíduo é visto como um titular deste. Além disso, essas principais características fundamentam todas as demais evidenciadas por outros doutrinadores, como a vitaliciedade, a imprescritibilidade e a indisponibilidade.

As principais condições do direito da personalidade, segundo Charles Taylor, é a alteridade, dignidade e autonomia de vontade⁸. Essas três condições estabelecem distintas classificações como: direitos à vida, ao nome, à honra, à integridade física e psíquica, entre outros.

Em linhas gerais, os direitos da personalidade envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, a incolumidade física, à proteção da intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo e tudo mais que seja digno de proteção, amparo e defesa na ordem constitucional, penal, administrativa, processual e civil.⁹

Ademais, baseado no pressuposto da existência das diversas classificações existentes, ater-nos-emos a essas classificações ao nascituro que, desde a sua concepção, está à mercê das arbitrariedades e das decisões de seus genitores para sua sobrevivência. Contudo, o poder Estatal e a sociedade de modo em geral têm por dever assegurar severamente os seus direitos.

⁶ BRASIL. **Código Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro, 2009, p. 206.

⁸ TAYLOR, Charles. **Sources of the Self**: the making of the modern identity. Cambridge: Harvard University Press, 1989, p. 11.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro, 2009, p. 206.

ABORTO

A prática do aborto consiste na interrupção da gravidez, de modo a ceifar a vida de um bebê. De um lado, há casos em que a morte do nascituro acontece quando o mesmo é expulso do corpo espontaneamente, o que denominamos aborto espontâneo. De outro, existem mortes propositalmente ocasionada ainda dentro do útero materno, caracterizando o aborto provocado. Magalhães Noronha define o aborto como “a morte do ovo, embrião ou feto”.¹⁰

Embora haja muitas divergências, não há uma idade precisa para se definir quando é ou não aborto. Se o objetivo principal seja de matar o produto da concepção prematuramente, a prática pode ocorrer desde a fecundação até o nascimento. A legislação penal, no entanto, tipifica o aborto provocado como um crime e em outros casos, prevê a ausência de pena de acordo com o motivo.

Há outra divisão das formas de aborto, na óptica jurídico-penal e médico legal:

Aborto natural, quando provém de causas patológicas, operando-se espontaneamente; aborto acidental, quando resulta de causas externas, como traumas; aborto criminoso, quando ocorre a interrupção da gravidez de forma provocada, a ação visa provocar a morte do embrião ou feto; aborto permitido, também conhecido como legal, no qual ocorre a interrupção da gravidez por indicação terapêutica, ou sentimental, e também por outros motivos que torna lícito essa interrupção.¹¹

A partir do pressuposto dessas classificações, torna-se necessário compreender a diferença entre aborto e parto prematuro. No caso do nascimento antes do tempo considerado normal, o feto é viável, pois, mesmo não tendo seu desenvolvimento completo, o mesmo conseguiria sobreviver fora do útero por meio de cuidados especiais.

PÍLULA DO DIA SEGUINTE, DIU E OUTROS MÉTODOS

Hoje, no Brasil, existe uma grande e diversificada escala de métodos contraceptivos disponíveis no mercado. Além disso, o governo incentiva cada vez mais o uso destes e os distribuem gratuitamente para a sociedade nos postos de saúde.

É sabido que os métodos contraceptivos têm como principal função de prevenir uma gravidez indesejada. Existem os métodos de barreira que, além da gravidez, previnem doenças sexualmente transmissíveis. Esses, porém, não precisam de indicação médica.

¹⁰ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 54.

¹¹ CARDIN E ROSA. Do relativismo ético e jurídico do aborto quando da realização da redução embrionária. *Revista Jurídica Cesumar – mestrado*. Maringá, v.12, n.2, p.562, jul./dez. 2012.

O DIU (Dispositivo Intrauterino) é um contraceptivo colocado preferencialmente em mulheres que já tiveram filhos, pois pelo fato de já ter carregado um bebê, o útero é maior, o que facilita sua inserção. Após uma consulta em que o ginecologista conhece o histórico da paciente, o dispositivo é colocado dentro da vagina. A partir daí, o DIU atua de modo a impedir a passagem do espermatozoide e a alterar as condições do endométrio (parede do útero em que o embrião fecundado se instala).¹² As vantagens são: a longa duração, a mulher pode engravidar logo após a retirada do dispositivo e o pequeno percentual de falha.

A pílula do dia seguinte é um comprimido comprado em farmácia e como o próprio nome indica, deve ser tomado após o ato sexual (aproximadamente até em 72 horas). Esse contraceptivo dificulta a mobilidade dos espermatozoides e do óvulo nas trompas, consequentemente dificultando a fecundação. O seu uso constante não é indicado, pois ocorre a diminuição da sua eficácia.¹³

A pílula contraceptiva, na maioria das vezes, é composta por hormônios femininos como o estrogênio e a progesterona. Para que esse método seja eficaz, é necessário que a mulher faça uso diariamente do comprimido e de preferência no mesmo horário. No mercado, existem várias pílulas contraceptivas e, por isso, é fundamental ir ao ginecologista para que este estabeleça o mais indicado para cada paciente.

Esse método, portanto, inibe a ovulação e torna o muco cervical mais denso, dificultando a passagem dos espermatozoides.¹⁴ Além de prevenir a gravidez, a pílula regula o ciclo menstrual, diminui as cólicas menstruais e a probabilidade de câncer de endométrio, de ovário e de doenças mamárias. Apesar da sua eficácia, se ministrada corretamente, as pílulas anticoncepcionais trazem efeitos colaterais em suas usuárias como enjojo, náusea, vômitos, aumento do peso, cefaleia, cansaço, acne, embolia, enfarte, tromboflebite, varizes, entre outros.¹⁵

OS VIDENTES MALEFÍCIOS CAUSADOS PELAS PÍLULAS ANTICONCEPCIONAIS

A pílula anticoncepcional é o método contraceptivo mais utilizado pelas mulheres por todo mundo com o objetivo da prevenção da gravidez. Além do mais, este método traz benefícios para a saúde da mulher como o tratamento da tensão pré-menstrual, a regulação e a diminuição do fluxo menstrual e a redução do risco de câncer no ovário e no endométrio.

¹² PAZ, E. C. M.; DITTERICH, R. G. O conhecimento das mulheres sobre os métodos contraceptivos no planejamento familiar. **Revista Gestão & Saúde**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 6. 2009.

¹³ ROUMIÉ, Pedro. **Controle de natalidade a quem interessa?** São Paulo: Paulinas, 1986. P. 76.

¹⁴ PAZ, E. C. M.; DITTERICH, R. G. O conhecimento das mulheres sobre os métodos contraceptivos no planejamento familiar. **Revista Gestão & Saúde**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 6. 2009.

¹⁵ *Ibidem*.

Visando angariar os privilégios supracitados, grande parte da população feminina se auto-medica e administra esses remédios por conta própria, sem recomendações e avaliações médicas. Isso faz com que, ao invés de obter ganhos, só tragam consequências prejudiciais à sua saúde.

Em algumas bulas de medicamentos, trazem este alerta: “o uso de agentes inibidores da ovulação está associado a uma maior incidência de fenômenos tromboembólicos venosos e arteriais, principalmente trombose retiniana, tromboflebite, embolia pulmonar, infarto do miocárdio e acidente vascular cerebral [...], náuseas, vômitos, sangramento intermenstrual, dismenorria, tensão mamária, cefaleia, enxaqueca, nervosismo, depressão, alterações da libido”.

Este assunto vem ganhando cada vez mais destaques em reuniões, debates e meios de comunicação de massa. Com isso, no dia 30 de março de 2015, a revista *Época* divulgou, na 877^a edição, essa alarmante problema. Na capa, como notícia principal, está destacada a imagem e o relato da funcionária pública Daniele Medeiros Alvarenga, de 33 anos, vítima de patologias provenientes do uso de pílulas anticoncepcionais.¹⁶

Daniele é portadora da condição genética denominada trombofilia e mesmo procurando uma ginecologista para tratar de cistos ovarianos, a médica lhe receitou as pílulas. Após três meses de uso, a funcionária pública sofreu de embolia pulmonar, três paradas cardíacas, entrou em coma e morreu e amputou parte de seu corpo.

Depois de ver a notícia estampada na revista e procurada por algumas vítimas de doenças causadas pela pílula, a bancada feminina do PSDB, liderada pela Deputada Federal Mara Gabrilli (PSDB-SP), solicitou uma audiência pública para a discussão o assunto. A deputada e as vítimas reivindicam informações corretas sobre riscos dos medicamentos em consulta médica e também o exame das condições genéticas do paciente como pré-requisito para não aumentar o risco de desenvolvimento de doenças.

Ademais, o fato de uma mulher não poder utilizar a pílula anticoncepcional, não elimina a possibilidade da utilização de outros meios. Atualmente há uma pluralidade de métodos contraceptivos que são disponibilizados tanto pela saúde pública (no Sistema Único de Saúde – SUS) quanto pela saúde privada, como o DIU, preservativos, entre outros.

Além de poder optar pelos métodos contraceptivos masculinos, caso a mulher tenha problemas com o método da pílula anticoncepcional, deve-se buscar outro meio para a prevenção da gravidez. O fato da possibilidade do desenvolvimento de doenças graves deste, não valida que a mulher recorra a qualquer ação, como o aborto, para eliminar os riscos de se ter um filho indesejado.

¹⁶ SEGATTO, Cristiane. Quando a pílula anticoncepcional é a pior escolha. **Revista Época**, São Paulo, v. 877, n. 1, 30 mar. 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/03/quando-pilula-anticoncepcional-e-pior-escolha.html>>. Acesso em: 4 abr. 2015.

Torna-se evidente, portanto, que as mulheres procuram métodos contraceptivos para não engravidarem sem planejamento familiar e, conseqüentemente, não precisar recorrer ao aborto. Mas, como visto nos meios de comunicação de massa, alguns métodos contraceptivos trazem efeitos prejudiciais a sua saúde e a própria vida. É preciso que estas procurem cada vez mais as orientações médicas para o uso de tais medicamentos, mas também é preciso que o médico examine todo o histórico da paciente e realize os exames necessários para que seu objetivo seja alcançado sem comprometer sua saúde.

A UTILIZAÇÃO DO DIU E DA PÍLULA DO DIA SEGUINTE À LUZ DO CÓDIGO PENAL

DIU E A PÍLULA DO DIA SEGUINTE: CONTRACEPTIVOS?

Muito se discute sobre o uso do DIU e da pílula do dia seguinte. Como no Chile, o Brasil possui correntes que defendem a ideia de que esses dois métodos são abortivos e não contraceptivos.

Os anticoncepcionais agem de forma para evitar a fecundação do espermatozoide no óvulo. As pílulas anticoncepcionais de uso periódico também têm apenas a finalidade de evitar a concepção, não ferindo o direito à vida inerente a todo ser humano, pois antes da concepção não existe o nascituro de fato a ser tutelado.¹⁷

Entretanto, o DIU e a pílula do dia seguinte agem evitando que ocorra a nidação do óvulo já fecundado. Desta maneira, já interrompem o uso natural da gestação, causando a morte do nascituro.

DIFERENÇA ENTRE MÉTODOS CONTRACEPTIVOS E ABORTO

Como já foi dito, os métodos contraceptivos evitam que o óvulo seja fecundado pelo espermatozoide. Já o aborto é a morte do nascituro no ventre materno, que vai da etapa desde a fecundação até o momento anterior ao nascimento.

Sobre essa diferença, Helen Juliana Comitre Klebis defende que

O aborto implica em tirar a vida de um ser humano, do momento em que foi concebido até antes do nascimento: já os contraceptivos, impedem que haja a concepção de um novo ser humano, não afrontando, dessa forma, o direito à vida do nascituro, já que não existe um nascituro a ser protegido.¹⁸

¹⁷ KLEBIS, Helen Juliana Comitre. **DIU e pílula do dia seguinte: aborto permitido?** 5. ed. São Paulo. Revista Intertemas. Out. 2002.

¹⁸ *Ibidem*.

O uso de anticoncepcionais impede a formação de uma nova vida, apesar disso, não fere o direito à vida. Logo, não ocorrendo à fecundação, não haverá o nascituro, conseqüentemente não existirá um sujeito de direito.

CASO DE ABORTO NO CÓDIGO PENAL

O Código Penal Brasileiro classificou a ação de aborto no título dos crimes contra a pessoa, capítulo dos crimes contra a vida (regulamentado nos art. 14 ao art. 128).¹⁹ Entretanto, o Código omite o conceito de aborto. Sua intenção é defender a vida, não apenas a gravidez ou o embrião, mas sendo necessário um conceito mais apropriado e mais amplo.

Apesar de muito antigo, o aborto continua sendo um tema atual e de infinitas discussões. O capítulo dos crimes contra a vida, no Código Penal, classifica o aborto como crime, ficando claro que seu objetivo é defender a vida humana, mas precisamente a vida em formação.

Quanto à questão de considerar a utilização do DIU e da pílula do dia seguinte um crime abortivo, é necessário compreender se a fecundação é considerada como o início da vida. Caso a assertiva seja verdadeira, esses métodos são considerados abortivos, sendo provocado intencionalmente e não natural.

Entretanto, nesses casos, não há como haver punição, já que o crime de aborto só pode ser punido havendo prova inequívoca de gravidez. E, no período em que esses dois métodos agem, ainda não é possível ter a certeza legal da gravidez.

A AUTONOMIA DA MULHER FRENTE À DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO

De acordo com o art. 13 do Código Civil, “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrair os bons costumes”.²⁰ Diante disso, surge a questão se a mulher que tivesse uma gravidez indesejada poderia ou não optar pelo aborto, alegando a autonomia do próprio corpo.

O feto, mesmo não tendo sua personalidade admitida, possui direito à vida. Sendo assim, a gestante não poderá determinar se esse feto viverá ou não, já que esse direito à vida pertence a ele e não a gestante.

Portanto, o direito à liberdade da mulher de dispor do próprio corpo deve ser exercido de forma prévia à concepção, ou seja, pode ela determinar, de acordo com os seus princípios e valores, se deseja ou não

¹⁹ BRASIL. **Código penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

²⁰ BRASIL. **Código Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

engravidar. Não tomando as medidas necessárias para evitar a concepção, o direito à vida do nascituro deve ser preservado.²¹

É necessário que se tenha um planejamento familiar, para que uma gravidez indesejada não venha acontecer. O discurso da liberdade sexual e da autonomia da mulher sobre seu corpo não é um argumento considerável convincente atualmente, já que existem muitos métodos contraceptivos eficazes. E se ocorrer à gestação, é necessário que se respeite o direito à vida daquele que virá a nascer.

DIREITO À VIDA

CRITÉRIOS DETERMINANTES DA VIDA HUMANA

Todo ser humano tem o direito à vida. A ordem jurídica o ampara mesmo antes do seu nascimento, garantindo os interesses do nascituro (Código Civil, art. 4º) e reprimindo o aborto (Código Penal, art. 124 e próximos).

A lei garante proteção contra qualquer violação contra o corpo da pessoa humana e de acordo com o art. 5º da Constituição, é garantida aos brasileiros a inviolabilidade do direito à vida.

Nesse sentido, surge a questão de quando se inicia a vida humana. Apesar de o Código Civil definir que a vida se inicia no momento do nascimento, diversos doutrinadores que defendem que a vida inicia desde a concepção. Para tanto, há diversas correntes que tratam sobre o assunto, como a teoria concepcionista, natalista e da nidação.²²

A corrente concepcionista acredita na ideia de que a vida surge no momento que ocorre a concepção²³. Também é conhecida como teoria da fecundação, que defende que a vida inicia quando o óvulo é fecundado pelo espermatozoide.

Já os aderentes à teoria natalista defendem a ideia de que a personalidade jurídica só se inicia quando acontece o nascimento com vida, sendo que o nascituro não é considerado pessoa, mesmo possuindo tutela legal²⁴.

²¹ CARDIN E ROSA. Do relativismo ético e jurídico do aborto quando da realização da redução embrionária. **Revista Jurídica Cesumar** – mestrado, Maringá, v.12, n.2, p.560, jul./dez. 2012

²² PAZÓ, Cristina Grobério. BARBOSA, Thais Dumas Simonelli. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. **Panóptica**, Vitória, v. 8, p. 23-24, 2013. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/293/317>> Acesso em: 13 mar. 2015

²³ *Ibidem*.

²⁴ PAZÓ, Cristina Grobério. BARBOSA, Thais Dumas Simonelli. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. **Panóptica**, Vitória, v. 8, p. 23-24, 2013. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/293/317>> Acesso em: 13 mar. 2015

A teoria da nidação, por sua vez, propõe que só haverá vida com a fixação do embrião na parede uterina, sendo que apenas assim aconteceria o desenvolvimento do embrião. O Direito Penal, em regra, defende essa ideia.

DIREITO À VIDA E A PROTEÇÃO ESTATAL AO NASCITURO

Sem o direito à vida, nenhum outro direito assegurado ao homem faria sentido. Esse direito é entendido como um direito de nascer e permanecer vivo. De acordo com a Constituição Federal, no art. 5º,

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].²⁵

É necessário interpretar esse artigo de forma ampla, entendendo que aos que têm seus direitos inviolados são englobados tanto os já nascidos como os que ainda estão para nascer. É importante lembrar que o direito à vida já é destinado aos nascituros, sendo proibido o aborto e sendo conferido a eles o direito de nascer.

Segundo Rebello Pinto (*apud* KLEBIS, 2002):

O direito à vida é o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência, e há autores, de posição ideológica conservadora, que sustentam que a proteção do direito à vida é estabelecida pela Constituição desde a concepção, de forma absoluta, sem qualquer restrição.²⁶

A vida é a exigência necessária para toda atividade humana, por isso tem que ser protegida pelo Estado desde a concepção até a morte. O aborto nada mais é que uma sentença de morte a um inocente simplesmente por existir, independentemente de dolo ou culpa do nascituro que suportará essa pena. Portanto, o direito à vida é uma cláusula pétrea da Constituição.²⁷

O Estatuto da Criança e do Adolescente também garante aos nascituros o seu direito à vida. De acordo com o art. 7º do Estatuto, toda criança tem o direito de nascer. O Estatuto ainda cuida para que o nascituro tenha seu direito à vida e protege também o direito do acesso

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁶ KLEBIS, Helen Juliana Comitre. **DIU e pílula do dia seguinte**: aborto permitido? 5. ed. São Paulo. Revista Intertemas. Out. 2002.

²⁷ PAZÓ, Cristina Grobério. MORELATO, Vitor Faria. A personalidade civil do nascituro sob a regência da EC 45/2004. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 847, p. 25, maio 2006.

à saúde pela gestante. No art. 8º, “É assegurado à gestante, por meio do Sistema Único de saúde o atendimento pré e perinatal”.

A gestante tem seus direitos protegidos pelo fato de se entender que esta possui em seu ventre um ser humano que necessita de cuidados. O Estatuto protege a criança antes mesmo de seu nascimento. O nascituro, desde a concepção, dispõe de uma série de direitos e garantias para que seja possível assegurar o seu bom desenvolvimento.

A PERSONALIDADE CIVIL DO NASCITURO

A Emenda Constitucional 45/2004 definiu que os Tratados Internacionais decretados no Brasil têm a mesma importância das Emendas Constitucionais.

No caso, de um lado tem-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual trata em seu art. 4º que o direito à vida e à personalidade estaria protegido desde a concepção; mas em contrapartida, tem-se o novo Código Civil de 2002, o qual trata que a vida estaria protegida somente a partir do nascimento, e somente com o nascimento inicia-se a personalidade civil.²⁸

Em 1969, foi adotado a Convenção Americana de Direitos Humanos (conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) e, em 1992, entrou em vigor no país. Com isso, o pacto passou a fazer parte do Ordenamento Jurídico.

Entretanto, surge o conflito na questão de quem iria prevalecer quando há embate entre o pacto e as leis constitucionais. Segundo o Código Civil, o mais recente sobrepõe a mais antiga.

Se um tratado internacional detém força de Emenda, significa que a sua matéria deve agora, estar inserida no corpo da Constituição Federal, e, assim, ser instrumento de validade para todo ordenamento jurídico que dela deriva.²⁹

Ao se considerar isso, é certo dizer que o Código Civil passa a ser dirigido pelas normas internacionais promulgadas no país. Entretanto, não é tão claro assim. Existem duas correntes doutrinárias mais conhecidas, que tratam da relação entre norma internacional e norma interna.³⁰ A primeira é a Teoria Dualista, em que prega que o direito interno se diferencia integralmente do direito externo, não se modificando, nem afetando um com o outro. A segunda é conhecida como Teoria Monista, que tem o direito interno e o externo como um só.

²⁸ Ibidem.

²⁹ PAZÓ, Cristina Grobério. BARBOSA, Thais Dumas Simonelli. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. **Panóptica**, Vitória, v. 8, p. 23-24, 2013. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/293/317>> Acesso em: 13 mar. 2015

³⁰ Ibidem.

A teoria adotada pelo Brasil foi a dualista. O Brasil promulgou a Convenção em âmbito interno e esse tratado internacional adentrou no ordenamento jurídico brasileiro por decreto.

A questão principal dessa discussão é a de se o ser humano que ainda está dentro do útero materno é possuidor do direito da personalidade. Sobre o assunto, Cristina Grobério Pazó e Vitor Faria Morelato entendem que “a personalidade e o ser humano são elementos inseparáveis, até porque personalidade é instituto intimamente contido na figura humana tratada pelo nosso ordenamento”.³¹ Diante desse pensamento, fica claro que não conferir o direito de personalidade para os nascituros é uma incoerência, já que esses são seres humanos e possuem direitos.

É necessário reafirmar que no momento em que o Pacto de San José da Costa Rica é incorporado como emenda à Constituição Federal, é subentendida que a personalidade civil passa a existir no momento a partir da concepção. De acordo com o art. 4º desse Pacto, toda pessoa tem o direito à vida e este estará protegido pela lei desde o momento da concepção. Em contrapartida, para o Código Civil só é classificado como pessoa quando este nascer com vida.

Existem algumas exceções para este último caso, por exemplo, “art. 542 do CC, o qual permite a doação ao nascituro, mediante permissão do representante legal; ou ainda o parágrafo único do art. 1.609 do CC, o qual permite o reconhecimento da filiação do nascituro”.³²

A pessoa, ser humano, é o elemento fundamental de um Estado, sem ela, este aparelho regulador de condutas não existiria. Por isso pode-se dizer que o ser humano está na posição de destaque das intenções da Constituição. O que ocorre na prática é que a Constituição Federal não definiu exatamente quem é pessoa ou não, delegando esta competência para as leis ordinárias. Entretanto, o Código Civil não garante aos nascituros o direito de personalidade, diferentemente do Pacto de San José da Costa Rica.

Mesmo diante Desse embate entre o Código e o Pacto, é sabido que o nascituro é um ser humano e tem por dever do Estado, seus direitos fundamentais e da personalidade garantidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que todo ser humano brasileiro possui seu direito da personalidade garantido. O nascituro, que é um ser humano em formação, segundo o Código Civil, este possui direitos, não possui o direito da personalidade garantido. É importante lembrar que esses indefesos necessitam da ajuda do Estado para conseguirem sobreviverem.

³¹ Ibidem.

³² PAZÓ, Cristina Grobério; MORELATO, Vitor Faria. A personalidade civil do nascituro sob a regência da EC 45/2004. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 847, p. 25, maio 2006.

O Código Penal garante ao nascituro o direito à vida no momento em que proíbe o aborto, mas é comprovado que o crime de aborto não é de hoje e muitas mulheres diariamente fazem tal crime. Entretanto, é preciso entender que há como prevenir uma gravidez indesejada e o aborto não é um método contraceptivo.

O Pacto de San José da Costa Rica é um passo muito grande em que o Brasil dá, ao garantir aos nascituros direitos desde a concepção e direito da personalidade, sendo este um ser humano. É dever de todos entender que desde a concepção aquele ser já é uma vida, tem direitos e que precisam ser respeitados.

Elucidado no caso concreto, os métodos contraceptivos, por sua vez, são meios para evitar a gravidez não planejada. Porém, alguns causam malefícios à saúde da mulher, bem como as pílulas anticoncepcionais, conforme divulgado na Revista Época. Só que atualmente, há um extenso rol opções para a mulher se prevenir e não praticar o aborto, de modo que ceife a vida do nascituro e seus direitos que já lhe são endereçados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista Derecho del Estado**. Bogotá, n. 30, p. 93-124, jan.-jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So122-98932013000100005&lang=pt>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Proibição de disposição e de limitação voluntária dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002: Crítica. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. **Código civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARDIN E ROSA. Do relativismo ético e jurídico do aborto quando da realização da redução embrionária. **Revista Jurídica Cesumar** – mestrado. Maringá, v.12, n.2, jul./dez. 2012.

KLEBIS, Helen Juliana Comitre. **DIU e pílula do dia seguinte: aborto permitido?** 5. ed. São Paulo. Revista Intertemas. Out. 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PAZ, E. C. M.; DITTERICH, R. G. O conhecimento das mulheres sobre os métodos contraceptivos no planejamento familiar. **Revista Gestão & Saúde**, Curitiba, v. 1, n. 1, 2009.

PAZÓ, Cristina Grobério. BARBOSA, Thais Dumas Simonelli. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. **Panóptica**, Vitória, v. 8, 2013. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/293/317>> Acesso em: 13 mar. 2015.

PAZÓ, Cristina Grobério. MORELATO, Vitor Faria. A personalidade civil do nascituro sob a regência da EC 45/2004. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 847, maio 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, 2009.

ROUMIÉ, Pedro. **Controle de natalidade a quem interessa?** São Paulo: Paulinas, 1986.

SEGATTO, Cristiane. Quando a pílula anticoncepcional é a pior escolha. **Revista Época**, São Paulo, v. 877, n. 1, 30 mar. 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/03/quando-pilula-anticoncepcional-e-pior-escolha.html>>. Acesso em: 4 abr. 2015.

TAYLOR, Charles. **Sources of the Self: the making of the modern identity**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

O SUICÍDIO ASSISTIDO NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

CRISTIAN RICARDO FERREIRA JÚNIOR¹

MARGARETH VETIS ZAGANELLI²

“E quando se vai morrer, lembrar-se de que o dia morre, / E que o poente é belo e é bela a noite que fica. / Assim é e assim seja.”³

RESUMO

A expectativa de vida tem sido ampliada consideravelmente nas últimas décadas, mediante o emprego de sofisticados tratamentos médicos, acarretando reflexos positivos no âmbito da saúde. Ao mesmo tempo, o prolongamento da vida em determinadas situações também pode proporcionar uma morte lenta e dolorosa. Diante deste fato, surge em muitos pacientes o desejo de controlar como e quando morrer e, desta forma, assegurar o direito à dignidade na fase de terminalidade da vida. O conteúdo da decisão do paciente implica em consequências jurídicas e de ordem prática, que se tornam mais evidentes se o paciente pretende pôr fim ao sofrimento causado pela impossibilidade de cura de sua enfermidade, no estado atual da arte da medicina. O “direito de morrer com dignidade” tem sido objeto de estudo da Bioética Contemporânea. Nesta seara, a problemática da regulamentação do suicídio assistido abre espaço para discussões religiosas, políticas e médicas. Neste sentido, este estudo objetiva analisar o instituto do suicídio assistido e a sua aptidão para gerar efeitos no mundo jurídico, sob a ótica da legislação penal brasileira à luz dos princípios bioéticos da autonomia da vontade, do consentimento esclarecido do paciente e do Direito Comparado, nomeadamente da legislação, da jurisprudência e das inovações abarcadas nos sistemas legais da Holanda, da Bélgica, da Suíça, dos Estados Unidos e do Uruguai; procurando ressaltar os valores éticos e os direitos dos pacientes em fase de terminalidade da vida.

Palavras-chave: Suicídio Assistido. Bioética. Direito Comparado.

INTRODUÇÃO

A Bioética, cujos objetos são a vida e a ética, incluindo as reflexões como a qualidade de “ser pessoa”, de sua autonomia e de sua existência, caracteriza-se como sendo uma ciência que busca, em suas origens, aspectos fundamentais referentes à existência do ser humano, inclusive

¹ Bacharelado em Direito (UFES). Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES). Monitor de Teoria Geral do Direito Penal I (PID/UFES). crfjr94@gmail.com

² Mestre em Educação (UFES). Doutora em Direito (UFMG). Estágio Pós-doutoral em Bioética (Scuola di Giurisprudenza da Università degli Studi di Milano-Bicocca/UNIMIB). Estágio Pós-doutoral em Bioética (Scuola di Giurisprudenza da Alma Mater Studiorum Università di Bologna/UNIB). Membro Titular da Associação Mundial de Justiça Constitucional. Professora Titular do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. mvetis@terra.com.br.

³ PESSOA, Fernando. **O guardador de rebanhos**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em 20 mai 2015.

à validade da utilização de novas técnicas e de inovadoras posturas a serem tomadas em relação à vida e à morte, em atendimento ao dinamismo da sociedade, ao direito globalizado, sem perder de vista o cumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O objetivo deste trabalho é traçar um panorama da problemática do suicídio assistido sob a perspectiva do Direito Comparado. Pretende-se apontar as nuances da legislação pátria frente às inovações abarcadas nos sistemas alienígenas estudados.

Primeiramente, abordaremos o conceito de “morte medicalizada” e seus desdobramentos com base em textos de autores da Bioética Contemporânea.

Em seguida, traremos ao presente ensaio a temática da dignidade da pessoa humana; tema sensível entre autonomia da vontade, consentimento informado e morte digna. E, por derradeiro, no tópico seguinte entraremos especificamente no tema da autonomia da vontade do paciente.

Após, abordarmos questões prévias e fundamentais para a compreensão da Bioética, iremos tratar do instituto do suicídio assistido nos âmbitos da concepção etimológica, da legislação pátria e do Direito Comparado.

Juntamente com esta análise do conceito de suicídio assistido, é importante apresentarmos a reformulação que muitos autores trazem de dois importantes conceitos centrais nas relações médicas: o de matar e o de deixar morrer. Veremos como esta reformulação é feita justamente para evitar um caráter moralmente absolutista destas duas ações, sendo que as considerações acerca de serem corretas ou erradas, dependerão, como veremos, das circunstâncias em que elas ocorrem e das justificativas oferecidas em cada caso, o que significará que em muitas situações o ato de matar, muito combatido na prática médica, pode moralmente ser sustentado e considerado correto, enquanto que deixar morrer, uma prática muito mais comum, pode em muitas circunstâncias ser moralmente errado e injustificado.

Pretende-se, com esta exposição, demonstrar como em alguns casos o suicídio medicamente assistido pode ser moralmente sustentado e praticado de tal modo que os profissionais de saúde não sejam prejudicados, o que significa, portanto, que uma reforma nas considerações em ética biomédica se faz necessária em virtude de um melhor cuidado com o paciente, o que pode significar em determinados casos uma assistência à sua morte.

A MORTE MEDICALIZADA

Nos primórdios da civilização, o processo de morte por causa da idade era um fenômeno natural e inerente a todos. Não havia a necessidade de intervenção médica e o foco cultural e religioso estava em encontrar-lhe um significado, dando-lhe um lugar abrangente na experiência humana e fazendo a passagem da vida para a morte tão confortável quanto o possível.

A morte repentina, que antes era muito comum, passou a ser combatida com a descoberta das causas de doenças mais comuns, principalmente relacionadas a infecções, viroses e outras contagiosas. As descobertas podem ser relacionadas às melhorias de condições de moradia, de trabalho, alimentação, suprimento de água e saneamento básico e dos métodos de cuidados médicos, mormente após a Revolução Industrial do século XVIII.

Ao envelhecermos, adquirimos, quase todos, uma doença crônica degenerativa, como câncer, doença cardiovascular, diabetes ou outras existentes no momento atual. E, mesmo jovens, estamos sujeitos a entrar em estado degenerativo – após um acidente automobilístico, por exemplo. Os hospitais, então, passaram a ser os locais viáveis para prorrogação da vida e estudos dos métodos de sobrevivência. O processo de morrer tornou-se medicalizado, sendo prática comum o uso compulsivo da tecnologia para manter a vida dos pacientes que se encontram na terminalidade da vida.

Surge, pois, um conflito sobre o significado e o lugar da morte humana. Diante de doenças crônicas incuráveis e de evolução progressiva, os pacientes e sua família têm medo que a tecnologia médica, implacável em sua obsessão por cura, estenda a doença em um morrer prolongado, perpetuando a dor intratável e despoje o paciente de sua dignidade. Na medida em que todos os pacientes, assim como nós mesmos iremos morrer mais cedo ou mais tarde, a garantia de conforto e dignidade de todos no momento da morte deveria ser natural da própria existência humana. Porém, muitos profissionais de saúde receberam treinamento inadequado para conduzir o processo de morrer.

Os cuidados no fim da vida, conhecidos como cuidados paliativos, englobam um conjunto de teorias e práticas que têm por objeto central o processo de morrer e compreendem os cuidados que promovem qualidade de vida aos pacientes e seus familiares diante da doença que ameaça a continuidade da vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento. Requerem, então, a identificação precoce, avaliação e tratamento impecável da dor e outros problemas de natureza física e espiritual.

Tais cuidados paliativos podem ser aplicados em um estágio precoce da doença, paralelamente a outras terapias enfocadas em prolongar a vida, como quimioterapia, radioterapia e também pode abranger a realização de exames necessários para diagnosticar e melhor tratar as complicações clínicas dolorosas.

Todavia, devemos tratar a morte como processo natural, sem tentar precipitar ou atrasar o seu momento. E este pensamento não deve ser restrito a especialistas, mas, sim, deve ser um dos pilares principais na construção de uma sociedade moderna, que deve estar preparada para confortar sempre e curar quando possível, respeitando a dignidade da pessoa humana desde sua concepção até a sua morte. Cabe a nós, profissionais em todos os níveis de aten-

ção, oferecer ao paciente com doença avançada, uma morte livre de sofrimento para si e sua família e de total acordo com seus desejos, garantindo que sua autonomia seja respeitada e que seu consentimento livre e informado seja aceito.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE

A dignidade da pessoa humana é um conceito extremamente abrangente⁴, existindo, assim, uma enorme dificuldade em se formular uma conceituação jurídica a respeito. A definição e limitação do termo são amplas, considerando que englobamos diversas concepções e significados a seu respeito. Seu sentido foi sendo criado e compreendido historicamente como valor.

Nesse sentido, pode-se afirmar que nunca houve uma época na qual o homem esteve separado de sua dignidade, mesmo que ainda não a reconhecesse como um atributo ou como uma qualidade inata da pessoa.

A dignidade é um conceito humano desenvolvido e estudado pelo próprio Homem, que existe desde o princípio da humanidade e que vem sido protegido pelos sistemas legais desde as primeiras constituições.

Plácido e Silva leciona que

[...] dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.⁵

Buscando o reconhecimento por parte de seus semelhantes, o ser humano procura na base moral o rumo a ser seguido, de modo que suas atitudes estejam em sintonia com a comunidade na qual está inserido.

Tendo o pensamento clássico como pilar da discussão, a dignidade resulta da vinculação da imagem do Homem com a figura de um Deus. O ser humano, dotado de razão e consciência relaciona-se com a divindade, que também é uma pessoa. Nessa relação é que temos, para o pensamento clássico, o surgimento da dignidade. Ou seja, dessa premissa teológica, na qual há uma identidade e semelhança entre o homem e a imagem do Criador, derivam sua eminente dignidade e grandeza, bem como seu lugar na História e na sociedade.

⁴ ANDRADE, Vander Ferreira. **A dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Cautela, 2007, p. 67

⁵ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II. São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

Diante disso, a dignidade da pessoa humana não é, no âmbito do Direito, só o ser humano; é o centro de imputação jurídica, valor supremo da ordem jurídica.⁶

O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito é resultado da evolução do pensamento humano ao longo dos séculos.

O postulado da dignidade da pessoa humana sempre existiu acoplado à existência humana e se hoje, ainda, algumas culturas não o reconhecem como tal, isso não impede que, fora do conhecimento de cada cultura, esse conceito já não estivesse presente na consciência humana.

A Magna Carta promulgada em 1988 traz, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e, também, do Estado Democrático de Direito.

O avanço que o Direito Constitucional apresenta atualmente é resultado, em parte, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar normas asseguradoras dessas pretensões.

Caminham juntos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, ileso às maiorias ocasionais formadas no calor de momentos adversos ao respeito devido ao homem.⁷

Foi a partir da Constituição Cidadã que os direitos fundamentais tiveram um avanço significativo e estes passaram a ser tratados como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana no Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se reporta a ideia democrática, como um dos fundamentos do Estado Democrático, torna-se o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. O ser humano não pode ser tratado como simples objeto, seja na concepção da vida, seja no seu termo final.

Ao tratar da dignidade da pessoa humana, assinalam Barroso e Martel:

Um indivíduo não tem poder sobre o início da própria vida. Sua concepção e seu nascimento são frutos da vontade alheia. É o nascimento com vida que marca o início da condição humana efetiva, com a aquisição de personalidade jurídica e da aptidão para ter direitos e obrigações. O direito à vida constitui o primeiro direito de qualquer pessoa, sendo tutelado em atos internacionais, na Constituição e no direito infraconstitucional. **Ao lado do direito fundamental à vida, o Direito contemporâneo – também em atos internacionais**

⁶ SILVA, Jose Afonso da. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia” In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212 (abril/junho, 1998), p.89.

⁷ MENDES, Gilmar et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: 2008, p. 231.

e domésticos – tutela, igualmente, a dignidade da pessoa humana. O direito de todos e de cada um a uma vida digna é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório. Um indivíduo tem poder sobre o fim da própria vida. A inevitabilidade da morte, que é inerente à condição humana, não interfere com a capacidade de alguém pretender antecipá-la. A legitimidade ou não dessa escolha envolve um universo de questões religiosas, morais e jurídicas. **Existe um direito à morte, no tempo certo, a juízo do indivíduo? A ideia de dignidade humana, que acompanha a pessoa ao longo de toda sua vida, também pode ser determinante da hora da sua morte? Assim como há direito a uma vida digna, existiria direito a uma morte digna? [...]** (Grifo nosso) ⁸.

O “*direito de morrer com dignidade*” tem sido objeto de estudo da Bioética Contemporânea⁹. Afirma-se que ninguém possui o direito de impor a obrigação de viver a uma pessoa que não mais deseja por causa de um extremo sofrimento. O progresso da ciência médica nos permite atualmente assistir os estágios finais de múltiplas enfermidades e, quando não pode impedir o seu desfecho, a medicina tem sido convocada para retomar a função de alívio do sofrimento e de medicalização da morte. Como fase terminal e indissociável da própria vida, como resultado do envelhecimento e da deterioração orgânica e funcional, a morte tem sido modificada por recursos proporcionados pelo progresso científico e tecnológico que, muitas das vezes, alteram a forma e o tempo de morrer, atingindo a denominada crueldade terapêutica, que por certo contribui para a desumanização da prestação de cuidados de saúde.

A discussão jurídica acerca do tratamento do paciente terminal tem sido objeto de abordagem do ponto de vista da responsabilidade civil e penal do profissional da medicina. Todavia, se um paciente deve ou não receber um tratamento médico, resvala no conteúdo da decisão do paciente, proprietário da sua vida e da sua morte, o único que tem o direito de decidir quando e como quer colocar fim a um doloroso ou mesmo degradante processo terapêutico. Se a dignidade é uma qualidade inerente à vida, com mais razão deve ser na proximidade da morte, que será a última experiência e também a lembrança que o enfermo deixará aos seus entes queridos.

In fine, pode-se construir e demonstrar que o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, evidenciado na sua forma mais ampla e completa, serve como substrato para as discussões bioéticas. Bem como, há de se relatar, que a dignidade humana vista como princípio ético-jurídico tem contribuído sobremaneira para o tratamento jurídico dos problemas bioéticos.¹⁰

⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida.** Disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 23 maio 2015.

⁹ Ver FARALLI, Carla; ZULLO Silvia. *Questioni di fine vita: Riflessioni bioetiche al femminile.* Bologna: Bononia University Press, Collana Biblioteca. 2008.

¹⁰ PITHAN, Lívya Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação”.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 57.

A AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE

A autonomia da vontade do paciente sempre foi tida como valor inerente à expressão acerca da disposição de seu próprio corpo e vida. Porém, esse direito não era garantido plenamente no que se refere à submissão a tratamentos médicos, ficando restrito no campo social.

Somente nos meados do Século XX, com o Código de Nuremberg, foi normatizada a necessidade do consentimento voluntário das pessoas que necessitem de submeter-se a um experimento. Ainda no mesmo século, em 1964, a Associação Médica Mundial, com a Declaração de Helsinque, trouxe um conjunto de diretrizes para o desenvolvimento de estudos clínicos, enfatizando a necessidade da observância de princípios éticos na prática de pesquisa.

Vários episódios graves protagonizados por especialistas da Medicina levaram o Congresso dos Estados Unidos a constituir a Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e Comportamental, cujos trabalhos resultaram no Relatório Belmont, que, em sua apresentação, realçava, dentre os princípios geralmente aceitos na tradição cultural, três como particularmente relevantes para garantir a eticidade das pesquisas envolvendo seres humanos: o respeito pelas pessoas, a beneficência e a justiça. Cada um desses princípios incorpora não apenas argumentos éticos, mas também a indicação de instrumentos para sua aplicação em situações concretas.

A concepção de autonomia individual e de liberdade – o consentimento informado –, no Brasil, formaliza-se como consentimento livre e esclarecido, envolvendo, por conseguinte, o respeito às decisões autônomas e independentes das pessoas, bem como todo o processo que inclui o estabelecimento de um vínculo na relação médico-paciente.

Tal consentimento, embora de uso corrente na área biomédica, seja quando da participação da pessoa na realização de uma pesquisa, seja quando da autorização, do paciente ou de seu representante legal, para realização de determinado procedimento diagnóstico ou terapêutico, deve ser utilizado em qualquer área do conhecimento científico e constitui-se a maior expressão de respeito ao princípio da autonomia e, conseqüentemente, da dignidade do ser humano.

Portanto, a obtenção do consentimento é resultado de um processo, sendo a assinatura do termo a etapa final, traduzindo, portanto, o momento conclusivo da formalização de pré-condições que autorizem a participação de um ente moral na tomada da melhor decisão em seu próprio benefício.

O termo de consentimento deve ser formulado segundo os ditames da Resolução nº 196/961, do Conselho Nacional de Saúde, que substituiu e aprimorou a Resolução nº 01/88. Registre-se que não há uniformidade entre os autores sobre a expressão inglesa *informed*

consent, terminologia que deu origem às seguintes variações na língua portuguesa: consentimento informado, consentimento pós-informação, consentimento esclarecido e, finalmente, consentimento livre e esclarecido.

É do entendimento da maioria dos autores que as palavras “livre” e “esclarecido” pressupõem algo além do simplesmente informado. De acordo com CLOTET et al, dentre as diversas conceituações consignadas na literatura, a de SAUNDERS, BAUM e HOUGHTON é a que manifesta de melhor forma o fundamento do consentimento, por considerá-lo como

[...] uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando a aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza dos mesmos, das suas consequências e dos seus riscos.¹¹

A liberdade para consentir na utilização do próprio corpo, na profética visão de JOHN STUART MILL, propõe que sobre si mesmo, seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano.¹² Não obstante a ideia de que o consentimento já estivesse presente de forma muito tênue em textos do século XIX, somente com o advento do Código de Nuremberg é que passou a ser utilizado sistematicamente.

No célebre livro *Bioethics: dilemmas in modern medicine*, ANN WEISS descreve o caso *Shloendorff* no qual, em 1914, o juiz Benjamin Cardozo, manifestou, em sentença desfavorável ao médico que realizara uma cirurgia com extensão superior à autorizada por sua paciente, que todos os seres humanos adultos e sãos têm o direito de decidir sobre o que deve ser feito com seu próprio corpo; deste modo, o cirurgião que executa a operação sem o consentimento do paciente, comete uma violência, por cujas consequências ele deve ser penal e civilmente responsável.¹³

O julgador enfatizou que pacientes adultos e capazes têm o direito de determinar o que deve ser feito com o seu próprio corpo, inclusive o direito de decidir não ser tratado. Caso o tratamento seja efetuado contrariamente à vontade do assistido, essa atitude deve ser considerada uma agressão física. Tratar-se-ia, portanto, de um ato comissivo, sem a devida autorização prévia, devendo caracterizar-se como um ato ilícito, do ponto de vista ético e legal.

Mesmo tendo como paradigma a decisão judicial supramencionada, considerada um avanço no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, a efetiva participação dos pacientes na tomada de decisão ainda demorou bastante tempo para ser assimilada como prática habitual.

¹¹ SAUNDERS, C. M.; BAUM, M.; HOUGHTON, J. **Consent research and the doctor-patient relationship**. In: GILLON, R. (Ed.). *Principles of health care ethics*. London: John Wiley & Sons, 1994. pp. 457-470, apud CLOTET, J.; GOLDIM, J. R.; FRANCISCONI, C. F. *Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 13

¹² MILL, John Stuart. **On liberty**. Boston: Collier, 1909. p. 5.

¹³ WEISS, Ann. **Bioethics: dilemmas in modern medicine**. New Jersey: Enslow Publisher, 1985.

Os pacientes tiveram que buscar seus direitos nos tribunais, os quais se pronunciavam favoravelmente. Por outro lado, a mudança na conduta paternalista da prática biomédica e um convite à participação ativa de pacientes na tomada de decisão têm se verificado lentamente, apesar da existência de farta jurisprudência já firmada há algum tempo.

Somente em 1957, um juiz, ao analisar um caso específico, grafou a expressão *informed consent*, em súmula de sentença oriunda da Corte de Apelação da Califórnia.¹⁴

Certamente, o magistrado jamais imaginou que a terminologia por ele usada pudesse se tornar uma das mais importantes expressões na determinação da autonomia para a Bioética. Naquela ocasião, o magistrado decidiu em favor de um paciente que, vítima de um acidente de uma punção na região dorsal, tornou-se paraplégico. O teor da sentença constituiu-se em mais uma oportunidade para chamar a atenção, tanto de médicos como de pacientes, sobre a necessidade do diálogo e da partilha de responsabilidades nas decisões.¹⁵

Ainda segundo CLOTET *et al*, vale ressaltar que a negativa do paciente em dar o consentimento não deve proporcionar qualquer repercussão em termos assistenciais ou sociais. Para os autores, “*a validade moral e legal do consentimento depende da capacidade do indivíduo*”.

Portanto, a autonomia da vontade do paciente deve considerar que ele seja plenamente capaz de expressar sua decisão. Há, deste modo, casos em que não será possível obter o esclarecimento do paciente. Segundo as autoras LOCH e LOCH, são eles:

- a. la incapacidad, tanto de los niños y adolescentes como aquella causada, en adultos, por disminución sensorial o de la conciencia, y el patologías neurológicas o psiquiátricas severas;
- b. las situaciones de urgencia, cuando es necesario actuar con rapidez y no es posible obtenerlo;
- c. el deber legal de declaración de las enfermedades de notificación obligatoria;
- d. un riesgo grave para la salud de una tercera persona, cuya identidad es conocida, que obliga al médico a informarlo aun cuando el paciente no autorice;
- e. cuando el paciente se rehúsa a ser informarlo y/o a participar de las decisiones.¹⁶

Concluimos, assim, que a autonomia da vontade do paciente deve estar pautada em um consentimento livre, esclarecido, renovável e revogável na relação médico-paciente. Cabe ao ordenamento jurídico e, também às relações sociais, aceitar a vontade daquele que expressara – dentro de sua capacidade – a autonomia de não deixar-se ter a vida prolongada de forma indigna e artificial.

¹⁴ GOLDIM, J. R. **Consentimento informado: primeiro uso em sentença judicial**. In: Bioética e Ética na Ciência. Porto Alegre, 01 setembro 2008.

¹⁵ CLOTET, J.; GOLDIM, J. R.; FRANCISCONI, C. F. *op. cit.* p. 57.

¹⁶ LOCH, Jussara de Azambuja; LOCH, Fernanda de Azambuja. **Marco ético y jurídico del consentimiento informado**. In: Revista Jurídica de Buenos Aires Bioética y Derechos Humanos (Coord. Salvador D. Bergel), n. 2006, jan 2006. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. pp. 141 a 155.

E, dentro das várias formas de morte digna, merece destaque o suicídio assistido, que passaremos a analisar nos tópicos seguintes.

SUICÍDIO ASSISTIDO: QUESTÕES TERMINOLÓGICAS E PROBLEMÁTICA

O suicídio assistido é o ato de tirar a própria vida com auxílio ou assistência de um terceiro. O que causa a morte é o ato do suicida e não o ato deste terceiro. O ato deste tem caráter colaborativo, como a prestação de uma informação ou mesmo colocando à disposição da pessoa os meios e as condições necessárias para a concretização da morte. Não se trata de induzir ao suicídio, onde há interferência na vontade. No suicídio assistido o ato desenvolvido é apenas de assistência e auxílio.¹⁷

O suicídio assistido é, muitas vezes, confundido com a eutanásia e, de fato, existem pontos semelhantes entre as duas situações, uma vez que o suicídio assistido também se verifica diante de um paciente que, acometido de uma doença incurável, em estado terminal ou não, busca pôr termo ao seu sofrimento, provocando a própria morte.

No entanto, apesar da similitude de ambas as situações, as práticas não se equivalem, pois, enquanto na eutanásia um terceiro age e desta ação advém, diretamente, a morte; no suicídio assistido, a morte não decorre diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma atitude do próprio paciente, sob a assistência de um terceiro, assistência esta que pode compreender uma orientação, um auxílio ou apenas uma observação do médico.

SUICÍDIO ASSISTIDO SOB A ÓTICA DO DIREITO BRASILEIRO

Na legislação brasileira, considera-se a vida um bem jurídico inviolável. Por esta razão, aquele que prestar assistência ao suicídio será responsabilizado pelo crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, previsto artigo 122 do Código Penal.

Embora a orientação e o auxílio sejam, tecnicamente, prestados por médico, não há qualquer determinação legal neste sentido. Da mesma forma que na eutanásia, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que por vontade livre e consciente assista ao procedimento que resulte na morte do paciente suicida. A vontade livre e consciente configura a conduta dolosa contra a vida e remete a competência do julgamento ao Tribunal do Júri.¹⁸

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos. op. cit.

¹⁸ Art. 5º, inciso XXXVIII, *alínea d*, da Constituição Federal de 1988: e reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O Código de Ética Médica, em seu artigo 41, parágrafo único, diz que

nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, **levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente**, ou na sua impossibilidade, a de seu representante legal¹⁹ (grifamos).

Com a interpretação do dispositivo supra, podemos considerar que a diretiva antecipada do paciente é fator fundamental na decisão do profissional da saúde e que ele, respaldado pela legislação médica, pode não submeter o paciente a tratamentos degradantes, desnecessários e indignos.

A Resolução 1995/2012 traz ao ordenamento jurídico a previsão das diretivas antecipadas de vontade, determinando que nas “*decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade*”²⁰.

Embora o Código Penal de 1940 tipifique a conduta daquele que “presta auxílio” em seu artigo 122, o Código Médico, mais recente, já coaduna com a possibilidade do paciente ter uma morte digna e assistida por um profissional, que não será responsabilizado por atender a vontade do ser humano na fase final de sua vida, ao manifestar, de forma inequívoca, seu desejo em não prolongar terapias consideradas dolorosas e fúteis.

O SUICÍDIO ASSISTIDO NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

Com o avanço das relações sociais, tecnológicas e de informações, já não temos mais fronteiras entre as nações e, conseqüentemente, entre os sistemas jurídicos. Considerando uma integração globalizada no avanço da medicina, *mister* se faz o estudo do suicídio assistido no Direito Comparado.

Buscaremos, neste tópico, traçar um panorama sobre a questão legal e social dos países que mais se destacam quando o tema é “morte digna”.

¹⁹ Resolução do Conselho Federal de Medicina 1931/2009 (Publicada no DOU 24 set 2009, Seção I, p. 90) (Retificação publicada no DOU 13 out 2009, Seção I, p. 173). Código de Ética Médica.

²⁰ ARAÚJO, Marilene. **Aspectos filosóficos e jurídicos sobre a morte, a eutanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 23, v. 90, pp. 215 – 244. São Paulo: Editora RT, jan – mar 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos, alguns estados permitem o suicídio assistido. Temos, por exemplo, Oregon e Washington.

Em 1994, após um referendo, o Estado de Oregon permitiu a prática do suicídio assistido nos casos de enfermos incuráveis, sendo que se faz necessária a declaração de dois médicos de que o paciente tem, no máximo, seis meses de vida.

Para ter direito ao suicídio assistido, os pacientes devem ser maiores de idade e expressar sua vontade de maneira escrita e reiteradamente.

Desde 1997, médicos deste estado podem prescrever drogas letais a pacientes comprovadamente lúcidos e com prognóstico máximo de seis meses de vida. Segundo registros citados pela rede britânica *BBC*, 1.173 pessoas já solicitaram esses medicamentos por meio do “*Death with Dignity Act*” (Ato pela Morte com Dignidade), mas apenas 752 pacientes os usaram para morrer.

O pioneirismo do Oregon no assunto talvez possa ser explicado, em parte, pela ação do médico Jack Kevorkian, apelidado pela imprensa de “*Doutor Morte*”. Morto em 2011, aos 83 anos, ele ajudou pelo menos 130 doentes terminais a morrer em diversos locais dos Estados Unidos, em um período de quase dez anos. Mas sua primeira paciente, uma professora de pré-escola, vivia e morreu justamente no Oregon. Janet Adkins sofria de Alzheimer e encerrou sua vida em 04 de junho de 1990, com a ajuda de Kevorkian, que chegou a ser detido logo após a morte. O viúvo e os filhos da professora, porém, o isentaram de qualquer culpa, confirmando que ele havia cumprido o desejo de Janet.²¹

Mas, apesar disto o médico foi condenado, judicialmente, pela morte da paciente, por homicídio em segundo grau, sob o fundamento de que foi o principal agente, embora tenha sido comprovado que se tratava de uma pré-suicida segura da decisão tomada, uma vez que deixara uma nota confessando que, conscientemente, não suportaria os efeitos do agravamento de sua moléstia, nem queria que seus familiares presenciassem a agonia a que ficaria sujeita. Aquela máquina teve seu uso suspenso e foi confiscada pela autoridade policial.²²

²¹ O Dr. Kevorkian era um patologista de Michigan que inventou, para ajudar seus pacientes irreversíveis a porem fim a seus atrozes sofrimentos, a máquina do suicídio, consistente num aparelho de eletrocardiograma, munido de mecanismo que, ao ser acionado pelo próprio paciente, injeta na veia uma substância salina neutra, contendo um anestesio Thipental, que acarreta inconsciência, e depois uma dose letal de cloreto de potássio, que paralisa o coração. Colocou o aparelho à disposição dos 130 pacientes, dentre eles Janet Atkins e Thomas Youk, que, ao usarem-no, cometeram suicídio.

²² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 320-321.

Kevorkian considerou incoerente a decisão que o condenou, proibindo que adulto consciente ponha fim em sua vida com a assistência médica, uma vez que o aborto é legal, apesar de terminar com a vida sem a anuência da vítima.²³

Após o Oregon, Washington e Vermont também aprovaram leis que permitem o suicídio assistido a pacientes comprovadamente em estado terminal; em Montana e no Novo México decisões judiciais permitiram o procedimento, embora não existam leis específicas. Fora desses estados, qualquer um que ajudar um doente a morrer pode ser processado e condenado por homicídio, independente da manifestação da vontade do próprio paciente. A eutanásia, quando a morte do paciente terminal ocorre pela ação de outra pessoa, continua proibida em todo o país.

Essa diferença legislativa entre as localidades estadunidenses tem feito com que pacientes migrem de estados a procura de uma morte mais digna e menos dolorosa. O exemplo mais notório é o da jovem Brittany Maynard²⁴.

Quando Maynard recebeu o diagnóstico de que seu glioblastoma, um agressivo tumor cerebral, não tinha cura e que ela teria apenas mais seis meses de vida, uma de suas primeiras decisões foi trocar sua casa em San Francisco por uma no Oregon. A mudança aconteceu porque este estado permite o suicídio assistido, enquanto aquele o proíbe.

FRANÇA

Na França, desde 2005, está regulamentado o direito de deixar morrer e os cuidados paliativos. A República proíbe o prolongamento artificial da vida, incluindo o paciente que é incapaz de expressar sua vontade.

A França permite o encurtamento da vida em razão de cuidados paliativos, visando o conforto do paciente, desde que o paciente seja avisado. A decisão sobre os procedimentos é sempre colegiada, após a consulta dos parentes e a expressão voluntária do paciente.

REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI

O Código Penal Uruguaio, de 1934, qualifica a conduta do suicídio assistido como crime, em seu artigo 315, que dita:

²³ FERRAZ, Sergio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. pp. 70-71.

²⁴ Brittany Maynard tinha 29 anos e foi diagnosticada com um tumor cerebral irreversível. A jovem expressou - em uma carta - que não desejaria se submeter aos agressivos tratamentos médicos e que gostaria de ter uma "morte com dignidade". Escreveu Maynard: "I won't live to see the death-with-dignity movement reach critical mass, but I call on you to carry it forward.". The Brittany Maynard Fund. Disponível em: <<http://www.thebrittanyfund.org/take-action/>>. Acesso em 25 mai 2015

El que determinare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si ocurriere la muerte, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría.

Este máximo puede ser sobrepujado hasta el límite de doce años, cuando el delito se cometiere respecto de un menor de dieciocho años, o de un sujeto de inteligencia o de voluntad deprimidas por enfermedad mental o por el abuso del alcohol o el uso de estupefacientes.²⁵

SUÍÇA

Na Suíça, o suicídio assistido pode ser realizado até mesmo sem a participação de um médico e a pessoa que deseja morrer não necessita estar em fase terminal. A base legal é o Código Penal de 1918, que afirma que o suicídio não é crime. O único impedimento é quando o motivo for egoísta, por parte de quem auxilia.

No país, existem três grandes entidades que promovem o serviço de suicídio assistido, são elas: Dignitas, AMD e Exit. Esta última só aceita cidadãos que possuem cidadania suíça. Todavia, a Dignitas aceita estrangeiros de qualquer parte do globo. É o chamado “turismo suicida”.²⁶

Desde o ano de 1998, quando foi fundada a organização, até o ano passado, 1.041 pessoas morreram com a ajuda da Dignitas, que tem entre seus membros sete brasileiros. O procedimento dura 30 minutos e o processo final custa cerca de 4.000 francos suíços, mas o valor pode cair dependendo da condição financeira do paciente.

HOLANDA

Na Holanda, o suicídio assistido é permitido desde 2002. Para realizar o procedimento, o paciente deve residir neste país, estar na fase terminal da vida e declarar sua vontade – previamente ou não – de forma voluntária, refletida e reiterada.

Os adolescentes com idade entre 12 e 16 anos também podem recorrer ao suicídio assistido, mas necessitam de autorização de seus pais ou responsáveis. Além dos adolescentes, os recém-nascidos com doenças incuráveis também podem ser submetidos à morte assistida.

Existem, no país, clínicas particulares que realizam o procedimento, atendendo – inclusive – à domicílio. Desde a regulamentação do suicídio assistido e da eutanásia, nos artigos 293 e 294 do Código Penal, o país registra a média de 2.500 casos anuais.²⁷

²⁵ URUGUAI. Código Penal (1934). Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal>>. Acesso em 15 mai 2015

²⁶ SANCHES, Andreia. Duplicaram os estrangeiros que foram à Suíça para morrer; três eram portugueses. Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/duplicaram-os-estrangeiros-que-foram-a-suica-para-morrer-tres-eram-portugueses-1667317>>. Acesso em 15 mai 2015

²⁷ FORTES, Paulo Antônio. O suicídio assistido e o paciente terminal. Rev. **Assoc. Med. Bras.**, São Paulo, v.

BÉLGICA

No ano passado, a Câmara dos Deputados aprovou uma nova lei permitindo o suicídio assistido para pacientes terminais menores de idade. A Bélgica tornou-se, com esse importantíssimo avanço, o primeiro país onde não há limites de idade para a aplicação desta diretiva.

Crianças que sofram de doença incurável terão direito à morte digna, se a solicitarem e estiverem em condições de avaliar o próprio estado. Porém, o desejo da criança terá de ser verificado por diversos especialistas, incluindo um psicólogo ou psiquiatra. Como são incapazes, os pais deverão autorizar o procedimento. Além disso, a medida só pode ser aplicada se todas as formas de terapia da dor já tiverem sido esgotadas.

Em 2002, a Bélgica e a Holanda foram as primeiras nações a legalizar a eutanásia ativa. Luxemburgo seguiu seu exemplo em 2009. Em 2012, 1.432 pessoas fizeram uso na Bélgica do direito de determinar a própria morte – um número recorde, que equivale a 2% de todos os óbitos registrados.

Insta ressaltar que as pesquisas de opinião do país belga²⁸ mostram que a maioria dos cidadãos é a favor da legislação novel. Certas instâncias da sociedade, principalmente igrejas e associações de pacientes, criticaram a extensão da possibilidade de autodeterminação a menores de idade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A medicina salva vidas. Aos milhares, aos milhões. É fato notório! E graças aos seus avanços vivemos mais. No entanto, supor que em virtude desta proposição, vencemos a batalha que travamos desde o nascimento, isto é, confiar que nos tornamos incólumes às enfermidades e que suplantamos a morte, é, em última análise, uma esperança vã. Isto porque apesar de todo o progresso conquistado no campo da medicina, doenças incuráveis e pacientes em estado terminal, não são variáveis, pelo contrário, são constantes na ciência médica.

O recrudescimento do envelhecimento da população e os avanços na Medicina que visam o prolongamento da vida por eficientes tratamentos médico-hospitalares, têm conduzido um maior contingente de pessoas à senectude, tornando-se mais frequentes as moléstias degenerativas e crônicas. Por conseguinte, vivencia-se um processo de morrer mais

47, n. 3, p. 176, set 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 mai 2015.

²⁸ **Bélgica aprova eutanásia ativa para menores de idade.** In: Jornal DW (eletrônico). Disponível em: <<http://dw.de/p/1B8Gj>>. Acesso em: 22 mai 2015

“prolongado” e sujeito ao sofrimento, por parte do paciente denominado “terminal”. Esse panorama faz surgir importantes indagações na área de saúde pública de muitos países, como aquelas relativas aos tratamentos médicos que devem ser empregados aos enfermos diante da proximidade da morte.

Mas, até que ponto submeter-se a um tratamento médico é uma decisão que cabe ao próprio paciente? O paciente tem o direito de escolher a maneira como pretende morrer – ou como não pretende morrer –, diminuindo o seu sofrimento? Em que medida a sua vontade de não ser submetido a tratamentos fúteis deve ser considerada? Existe uma forma legalmente admitida para a manifestação dessa autonomia? Ao lado do direito de viver não haveria o de morrer com dignidade? Ao ressaltarmos estas indagações, ingressamos em um crucial debate sobre a bioética do fim da vida e a problemática de se estabelecer critérios para a solução jurídica das questões aqui levantadas.

O paciente em estado terminal constitui uma questão de saúde coletiva, pautada na qualidade e dignidade da vida e na humanização da morte. O conflito, entre beneficiar o paciente em estado de terminalidade com tratamentos paliativos e a absolutização do valor da vida humana no seu sentido biológico, acarreta um dilema que é solucionado muitas das vezes com a decisão em favor do prolongamento artificial da vida.

Adentramos em uma nova era do Direito. Acostumados a discorrer sobre a vida, sobre sua inviolabilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade, habituados a buscar meios que permitam garantir a efetividade de sua tutela, capazes de assegurar não só vida, mas vida com dignidade, teremos agora que enfrentar o reverso desta moeda e, forçosamente, nos perguntar se haveria, ao lado do direito fundamental à inviolabilidade da vida, um direito à morte.

Diagnosticada uma enfermidade incurável, poderíamos solicitar o auxílio de terceiro, e deliberadamente escolher o suicídio assistido como forma de tornar a opção pela morte eficaz e, até mesmo, indolor? Considerando não só o aspecto incurável da enfermidade, mas o estágio de desenvolvimento da doença, ou seja, diante de um doente em fase terminal, para quem a medicina nada mais tenha a oferecer em termos de terapias, medicamentos e procedimentos, de quem a morte, irremediavelmente se avizinha, poderíamos defender um direito de escolha, no sentido deste paciente não se submeter mais a tratamentos dolorosos e invasivos e de optar por aguardar, com amparo médico e o cuidados paliativos que permitam diminuir a dor, o desconforto e o sofrimento, a morte natural? Seria esta a morte digna?

Certamente estamos muito longe de responder às questões levantadas, de forma pacífica, pois as nuances que envolvem o milagre da vida, e o mistério da morte, constituem as

tramas do tecido do qual todos nós somos feitos e exatamente a consciência desta finitude que dá sentido à nossa existência.

Na obra *Solombra*²⁹, de Cecília Meireles, o sentimento de morte perpassa todo o texto e está intrinsecamente ligada à temporalidade, uma vez que o fato de nascer já induz naturalmente o vivente à morte, como uma certeza que, embora sem data certa para acontecer, sempre é uma possibilidade. Como luz e sombra, essas duas instâncias – nascimento e morte – existem como se fossem negação uma da outra, mas são indissociáveis. Morte e vida aparecem associadas em várias passagens da obra. Como nos versos “*ir dando a vida até morrer*” e “*pois bem sei que falar é o mesmo que morrer*”.

Em *Solombra*, o eu lírico questiona a existência. O tempo que passa rapidamente levando à morte e sobre a qual ainda não obteve uma resposta convincente, leva-o a refletir constantemente: a morte está ligada intrinsecamente ao tempo. Em um dos poemas lemos: “*Qual será o meu destino verdadeiro? De onde vem nossa morte? E que sentido tem o desejo de sustar a vida? [...] Casualidade humana obscura e incerta*”.

Mas, qual o sentido de vivermos se é justamente o caminho para a morte? Seria esse o grande sentido da existência humana? Morrer? Como poderíamos ter certeza sobre a verdade do destino? Diante de tantas perguntas sobre o sentido da existência e, por isso mesmo, filosóficas, o poeta admite a sua impotência para compreender os mistérios. Tudo ficará como sempre foi: obscuro e incerto. O acaso nos traz, o acaso nos leva.

Ao abordamos a problemática do suicídio assistido, sem dúvida alguma, muitos os aspectos necessariamente deverão ser considerados, tanto se escolhermos regulamentá-lo, quanto se decidirmos rechaçá-lo. Dentre estes aspectos destacamos além do jurídico, o filosófico, o ético, o médico, o cultural, o econômico, entre outros. Não obstante a complexidade, acreditamos que teremos dado o primeiro passo em direção às respostas quando, orientados pelos princípios da Bioética, e fundados no Biodireito, nos dispomos a dialogar, a debater isto é, quando sinalizamos que estamos abertos a refletir sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vander Ferreira. **A dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Cautela, 2007.

ANDRUET, Armando S. **Exégesis del llamado testamento vital**. In: “Bioética, derecho y sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia”. Alveroni, Córdoba, 2004.

²⁹ MEIRELES, Cecília. **Solombra**. Rio de Janeiro: Livros de Portugal, 1963.

ARAÚJO, Marilene. **Aspectos filosóficos e jurídicos sobre a morte, a eutanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido.** *In:* Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 23, v. 90. São Paulo: Editora RT, jan – mar 2015.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida.** Disponível em: <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 23 maio 2015.

Bélgica aprova eutanásia ativa para menores de idade. *In:* *Jornal DW (eletrônico)*. Disponível em: <<http://dw.de/p/1B8Gj>>. Acesso em: 22 maio 2015.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mai 2015.

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina 1931/2009 (Publicada no DOU 24 set 2009, Seção I, p. 90) (Retificação publicada no DOU 13 out 2009, Seção I, p. 173). Código de Ética Médica.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

FARALLI, Carla; ZULLO Silvia. *Questioni di fine vita: Riflessioni bioetiche al femminile.* Bologna: Bononia University Press, Collana Biblioteca. 2008.

FERRAZ, Sergio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

FORTES, Paulo Antônio. O suicídio assistido e o paciente terminal. **Rev. Assoc. Med. Bras.**, São Paulo, v. 47, n. 3, p. 176, set 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 mai 2015.

GOLDIM, J. R. **Consentimento informado: primeiro uso em sentença judicial.** *In:* Bioética e Ética na Ciência. Porto Alegre, 01 setembro 2008.

LEVY, Laura Affonso da Costa. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento jurídico para Bioética.** *In:* *Âmbito Jurídico*. Rio Grande do Sul, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10057>. Acesso em 23 maio 2015.

LOCH, Jussara de Azambuja; LOCH, Fernanda de Azambuja. **Marco ético y jurídico del consentimiento informado.** *In:* Revista Jurídica de Buenos Aires Bioética y Derechos Humanos (Coord. Salvador D. Bergel), n. 2006, jan 2006. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

MEIRELES, Cecília. **Solombra**. Rio de Janeiro: Livros de Portugal, 1963.

MENDES, Gilmar et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: 2008.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Boston: Collier, 1909.

PESSOA, Fernando. **O guardador de rebanhos**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em 20 mai 2015.

PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação”**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

The Brittany Maynard Fund. Disponível em: <<http://www.thebrittanyfund.org/take-action/>>. Acesso em 25 mai 2015

SANCHES, Andreia. Duplicaram os estrangeiros que foram à Suíça para morrer; três eram portugueses. Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/duplicaram-os-estrangeiros-que-foram-a-suica-para-morrer-tres-eram-portugueses-1667317>>. Acesso em: 15 mai 2015

SAUNDERS, C. M.; BAUM, M.; HOUGHTON, J. **Consent research and the doctor-patient relationship**. In: GILLON, R. (Ed.). *Principles of health care ethics*. London: John Wiley & Sons, 1994. pp. 457-470, *apud* CLOTET, J.; GOLDIM, J. R.; FRANCISCONI, C. F. **Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

SILVA, Jose Afonso da. **“A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”** In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212 (abril/junho, 1998).

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II. São Paulo: Forense, 1967.

URUGUAI. Código Penal (1934). Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/l2t12.htm>>. Acesso em 15 mai 2015

WEISS, Ann. **Bioethics: dilemmas in modern medicine**. New Jersey: Enslow Publisher, 1985.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DA ORTOTANÁSIA PELA RESOLUÇÃO Nº 1.805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

LYA DE OLIVEIRA MOURA¹

RESUMO

Este trabalho analisa a Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que trata da regulamentação da prática da ortotanásia, à luz da Constituição brasileira vigente. O problema da pesquisa é abordar uma discussão doutrinária existente com relação à constitucionalidade do tema. Para melhor formulação do parecer, é feita uma delimitação conceitual da eutanásia e de suas variações, dando ênfase ao conceito de ortotanásia. Não obstante, será feita reflexão sobre o direito à vida, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Cabe salientar que os objetivos do estudo são: analisar a dignidade do paciente portador de doença incurável, que se encontra em estado terminal, no momento da sua morte; discutir o direito à liberdade e à autonomia, que pacientes portadores de doenças incuráveis possuem ao optar ou não por determinado tratamento. Ademais, para um melhor posicionamento a respeito do tema, foi necessário analisar todas as espécies normativas que compõe o processo legislativo brasileiro, com a finalidade de entender os efeitos que são produzidos por uma resolução; além de ponderar sobre a Resolução 1.805/2006 CFM, em todos os seus aspectos, demonstrando a discussão surgida dentro da comunidade jurídica e médica, para ao fim, apresentar um posicionamento com relação a sua (in)constitucionalidade. Outrossim, o presente trabalho pretende demonstrar, a solução mais adequada para que a conduta oriunda da prática da ortotanásia venha a produzir efeitos no mundo jurídico.

Palavras-chave: Eutanásia. Ortotanásia. Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Paciente terminal.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal garante o direito à vida, como sendo um direito inviolável e indisponível. Não obstante, esta Carta Magna traz como fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Hodiernamente, há uma preocupação marcante na sociedade, com relação à prática da eutanásia e suas variações, que atinge diretamente os dispositivos constitucionais.

O presente trabalho, no intuito de perquirir acerca da constitucionalidade ou não da ortotanásia, procedimento médico previsto da Resolução nº 1.805, do Conselho Federal de Medicina – CFM, fará uma delimitação conceitual da eutanásia e de algumas de suas variações, abordando principalmente o conceito de ortotanásia e a sua diferença da eutanásia passiva.

¹ Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza (FGF), advogada atuante nas áreas civil e previdenciário, e-mail profissional lyamoura@hotmail.com. GT II – Bioética e Saúde.

Imperioso salientar como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pode ser aplicado no direito à vida, desta feita, cumpre a presente pesquisa verificar se a vida garantida constitucionalmente garantida é uma vida *lato sensu* ou uma vida digna.

Outro ponto importante a ser abordado no trabalho em tela é a questão dos limites impostos pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana aos avanços científico e tecnológico da medicina, no que respeito à possibilidade de prolongamento da vida de pacientes portadores de doenças incuráveis que se encontram em estado terminal, dando origem à chamada “obstinação terapêutica”.

O CFM, com a finalidade de evitar a “obstinação terapêutica”, ao submeter o paciente terminal a tratamentos extraordinários, sob a justificativa de prolongar a vida, criou a Resolução 1.805/2006.

Aludida resolução trouxe polêmica tanto no campo jurídico quanto no campo da medicina moderna, suscitando discussões tais como: a ortotanásia em confronto com Direitos e Garantias Fundamentais consagradas constitucionalmente; a relativização do direito à vida em determinado caso concreto; e a possibilidade de resolução de caráter administrativo regulamentar que descriminaliza conduta médica.

Em que pesem as referidas contendidas, a intenção do presente trabalho é enfrentar o tema, principalmente sobre o mote da regulamentação da ortotanásia no Direito brasileiro, tendo em vista que diante da lacuna no nosso ordenamento, o fato gera grandes celeumas em torno da vida humana.

ORTOTANÁSIA

A “eutanásia” possui uma etimologia simples, “*eu*” em grego significa “bem” ou “bom”, e *thanatos* significa “morte”. Em sua origem, a palavra eutanásia tem o sentido de boa morte ou morte fácil (PESSINI, 2002, p.287).

A eutanásia consiste em pôr fim à vida de um ser humana que está em fase terminal, ocasionada por moléstia incurável. Em outras palavras, é a antecipação da morte de alguém por ser a situação em que o paciente se encontra, irreversível, objetivando poupar sofrimento (VELOSO FILHO, 2007).

Atualmente, diante da lacuna jurídica a respeito da eutanásia, esta prática é considerada, pela maioria da doutrina, como homicídio privilegiado, já que o autor deve agir movido por piedade, compaixão, em paciente vítima de forte sofrimento e portador de doença incurável.

Em contrapartida, uma minoria entende que se não houver o preenchimento desses pressupostos, seria caso de homicídio simples ou mesmo qualificado (BORGES, 2005).

É válido esclarecer, que não é correto falar em eutanásia quando se busca somente causar a morte, sem haver motivação humanística. Como afirmado anteriormente, só se configura a prática da eutanásia quando a morte provocada em enfermo, com doença incurável, em estado terminal e que passa por fortes sofrimentos, sendo a ação movida por compaixão ou piedade em relação ao mesmo.

A *mistanásia*, também denominada, erroneamente, de eutanásia social, vem do grego, morte infeliz, visto que *mis*, em grego, significa infeliz. Os ilustres doutrinadores Christian Barchifontaine e Leo Pessini se referiram a esta forma de eutanásia em sua obra “Bioética, alguns desafios: coleção bioética em perspectiva” como *mustanásia*, que seria a morte de rato no esgoto, uma vez que *mus*, em grego, significa rato (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2002).

É conhecida como a morte miserável, por ser precoce e injusta, muitas vezes causadas pela desigualdade social; na medida em que, num contexto geral, seria a morte infeliz ocasionada por sistemas e estruturas que se enquadram além do cenário médico hospitalar. A título de ilustração, a *mistanásia* seria a morte decorrente da fome, da falta de dinheiro, de torturas de regimes políticos (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2002).

É um atentado à dignidade, já que ocorre quando não existem condições básicas para a afirmação da vida, quiçá a dignidade de viver plenamente (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2005).

A *distanásia*, por sua vez, é a utilização de todos os recursos disponíveis para prolongar a vida. Em outras palavras, é o prolongamento artificial exagerado do processo de morte de um paciente.

Voltando-se para um contexto médico hospitalar, o oposto da eutanásia seria o prolongamento artificial da vida, além do procedimento médico comum. Conforme ensinam Barchifontaine e Pessini, é o “encarniçamento terapêutico”, visando adiar a morte biológica a todo custo, como se fosse um inimigo a ser vencido (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2002).

Com essa atitude, não se prolonga a vida propriamente dita, mas força um prolongamento do processo de morrer. “É a obstinação terapêutica que nega a finitude humana” (PESSINI, 2007).

Há uma prorrogação da agonia e do sofrimento do acamado, haja vista a modernização da medicina e das tecnologias biomédicas possibilitando um tratamento que protele o processo de morte do enfermo. Deve-se acrescentar ainda, que apesar de toda aflição sofrida, nem a equipe médica nem o paciente possuem reais expectativas de melhoria de vida.

Importante conceituar ainda a eutanásia passiva ou eutanásia por omissão, que muitos doutrinadores, erroneamente, confundem como sinônimo da ortotanásia. Esta técnica con-

siste na interrupção imediata e abrupta de tratamentos médicos úteis, antecipando assim a morte, mesmo que tais procedimentos sejam indicados e proporcionais para uma possível melhora significativa do doente (CABETTE, 2009).

Mister evidenciar, que na eutanásia passiva ainda existem meios de melhorar a condição física do enfermo, todavia o profissional da saúde, mesmo estando ciente de tal fato, deixa de ministrar o tratamento necessário, fato este que diverge da ortotanásia, como veremos adiante.

Vale ressaltar ainda, que o autor da conduta, no caso o profissional da saúde, estará matando por negligência, pois ele deveria agir para evitar a morte e não age, fato este que não ocorre na ortotanásia, tendo em vista que, nessa hipótese, a omissão do autor decorre do fato de sua ação seria inútil para prolongar a vida, trazendo mero sofrimento e angústia ao paciente (CABETTE, 2009).

Por fim, a ortotanásia é conceituada como a arte de bem morrer, de modo a priorizar a qualidade de vida que ainda resta. Assim, tal prática não se confunde em hipótese alguma com a mistanásia, e não se assemelha a eutanásia (abreviamento da vida) ou distanásia (prolongamento da agonia e do processo do morrer), haja vista que tem como compromisso a promoção do bem-estar do acamado crônico e terminal, garantindo a dignidade no viver e no morrer (PESSINI, 2004).

Inserido ao conceito de ortotanásia estão, além da opção do acometido de moléstia irreversível ou que haja ameaça real de morte, também todos aqueles que o cercam, principalmente familiares. Isso porque a morte não é uma doença a se curar, ela deve ser tratada como uma certeza da vida.

Em suma, é necessário que a sociedade ocidental entenda a diferença entre manter a vida quando este procedimento é o mais adequado e permitir que uma pessoa faleça quando chegou a hora em que a morte se evidencia (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2002).

Enfim, após análise sucinta das diferentes maneiras em que a morte pode ocorrer, chega-se a uma conclusão primária de que a ortotanásia é a solução mais adequada para uma morte digna e humanizada dos acamados que se encontram em situações de extremo sofrimento, pela absoluta ineficácia de qualquer intervenção médica.

É válido esclarecer ainda, que a ortotanásia não é vista como a causa de morte do paciente, mas sim como a sua morte natural, uma vez que o processo de morte já está instalado. Tem por finalidade evitar a distanásia, deixando a morte se desenvolver naturalmente, de forma humanizada, tendo em vista a manutenção da integridade humana.

O grande desafio da ortotanásia é resgatar a dignidade do ser humano na última fase de sua vida, especialmente quando for marcada por dor e sofrimento. Neste aspecto,

vislumbra-se que este método é a antítese de toda forma de tortura, morte violenta ou qualquer outra maneira que além da vida é retirada também a dignidade (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2002).

DIREITO À VIDA

O direito à vida é condicionador de todos os demais direitos e garantias fundamentais do home, tendo em vista ser o mais básico dos direitos, pois para haver outros direitos devem estar vivos. Por isso, é considerado o direito humano mais sagrado (TAVARES, 2012).

Tal direito possui uma visão dupla, uma relacionada ao direito de existir do ser humano, de continuar vivo até a interrupção da vida por suas causas naturais; e outra diretamente ligada à qualidade de vida, que assegura ao ser humano, viver de forma digna, com um nível mínimo existencial, ou seja, direito à alimentação adequada, à moradia, ao vestuário, à saúde, à educação, à cultura e ao lazer (TAVARES, 2012).

O direito à existência consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo, não interrompendo este processo vital por outro meio que não a morte espontânea inevitável. Sob este prisma, toda e qualquer forma de interpretação do processo vital é punida pela legislação penal (SILVA, 2012).

Insta salientar que o Art..2º, do Código Civil vigente, versa que a personalidade da pessoa natural se inicia com a vida extrauterina, contudo ao ordenamento jurídico ressalva os direitos do nascituro desde a concepção (TAVARES, 2012).

O direito à vida é um direito irrenunciável, intransmissível e indisponível; assim, nenhum ser humano tem o direito de dispor de sua própria vida ou da de outrem.

Por estas três características intrínsecas da garantia ora tratada é que a prática de algumas condutas não são toleradas no nosso ordenamento jurídico, dentre elas: a eutanásia, considerada como conduta ilícita, punida como crime de homicídio; a pena de morte, que é expressamente vedada pela Carta Magna, salvo em caso de guerra declarada; e auxílio, indução ou instigação ao suicídio, tipificados como crime pelo Código Penal.

Não obstante, observa-se que direito à vida assegura: a vida, a integridade física, a honra e a liberdade individual (PINHO, 2012).

Todavia, mister acrescentar que as condutas praticadas em estado de necessidade e em legítima defesa são tidas como excludentes de proteção à vida. O que se vislumbra é a legitimidade de cada indivíduo para defender-se de condutas que atentam contra a sua própria vida ou de outrem (TAVARES, 2012).

É possível observar ainda a não incidência do direito à vida nos casos em que há autorização de sua interrupção na gestação, como a possibilidade de realizar o aborto quando não há outra maneira de salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez é resultante de estupro, ambas as hipóteses previstas no Código Penal (TAVARES, 2012).

DIREITO À LIBERDADE

Direito à liberdade é a pessoa ter a faculdade de fazer ou não algo, sempre envolvendo uma escolha entre alternativas, de acordo com sua própria vontade (PINHO, 2012).

Salienta-se que nenhum direito é absoluto, quicá o direito de liberdade, que possui limitações impostas pelo princípio da legalidade. Tanto que o artigo 5º, da Constituição Federal, expõe expressamente que o indivíduo é livre para fazer tudo aquilo que não é proibido em lei (PINHO, 2012).

São várias as liberdades conferidas ao indivíduo. O presente artigo só irá abordar a liberdade sob o ponto de vista do livre-arbítrio, no que tange à faculdade do homem em escolher o seu destino, possuindo plena liberdade de agir de acordo com a sua consciência (PINHO, 2012).

A liberdade em destaque será a que o indivíduo, portador de doença incurável em fase terminal, tem de se utilizar, do seu livre-arbítrio, de acordo com o princípio da autonomia, para escolher se irá se submeter a tratamentos extraordinários com a finalidade de prolongar a vida.

Porém, como abordado no tópico anterior, o direito à vida é um direito indisponível, não podendo o indivíduo dispor de sua própria vida ou da de outrem. Nesse caso, o mencionado direito sofreria certas restrições, não podendo o ser humano se utilizar do seu livre-arbítrio para dispor de sua vida.

O direito à liberdade deve ser observado seguindo os preceitos determinados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que garante ao indivíduo uma vida digna desde o momento de seu nascimento até o momento de sua morte.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana possui raízes no pensamento clássico e no ideário cristão. Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podem ser encontradas referências de que “o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus” e que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento (SARLET, 2012).

No decorrer dos tempos, a noção de dignidade vem se completando com o preceito de Immanuel Kant, que afirma que a dignidade parte da autonomia ética do ser humano, sendo esta o fundamento da dignidade do homem. Baseada nesse conceito que a doutrina jurídica encontra bases para uma fundamentação do princípio da dignidade humana.

A Carta Política brasileira traz o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no artigo primeiro, consagrando como fundamento do Estado democrático de direito.

Partindo dessa premissa, o constituinte, ao elaborar o texto constitucional, consagrou a dignidade humana como princípio fundamental basilar da República Federativa do Brasil, de modo que se tornou uma norma a ser seguida por todos os direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2012).

Ao alocar a dignidade no patamar de um fundamento da Constituição, o constituinte demonstrou de maneira hialina que a finalidade da atuação estatal é a proteção ao ser humano e que todas as normas jurídicas devem ser condutoras da dignidade humana (SARLET, 2012).

A dignidade da pessoa humana é afigurada para proteção do homem, como noção moral e filosófica, independente de crença, raça, etnia ou sexo, sendo primordial conferir respeitabilidade dos homens.

É notória a necessidade de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, com os avanços tecnológicos, os indivíduos estão sujeitos não só a benefícios, mas também a danos irreparáveis, uma vez que aumenta o controle do processo de morte.

A partir do surgimento desses avanços, é conceituada a chamada obstinação terapêutica, que tem a intenção de estender os efeitos do tratamento de forma desmedida, sendo vista como uma prática médica excessiva e abusiva, decorrente dos progressos oferecidos pela tecnociência.

A obstinação terapêutica é o comportamento adotado pelo profissional da saúde que consiste em utilizar procedimentos terapêuticos, cujo efeito é mais nocivo ou inútil, diante da impossibilidade de cura e da ausência de expectativa para evitar inconvenientes previsíveis (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2005).

O que ocorre é que a obstinação terapêutica tem o seu foco na tecnologia e não no bem do doente, burlando a dignidade da pessoa. O ser humano deve estar sempre em primeiro plano, não o seu tratamento.

O que se reivindica nos tempos atuais é o apossamento da morte pelo próprio doente, tendo ele o direito de resguardar sua qualidade de vida mesmo na hora da morte, garantindo uma morte digna ao se recusar a procedimentos que apenas prolongam sua agonia.

Os surgimentos das novas formas de prolongar o tratamento dos doentes terminais, adiando a sua morte, ultrajam a dignidade da pessoa, causando mais dor e sofrimento a ela e aos seus familiares.

Nesta perspectiva que se encontra o Código de Ética Médica brasileiro, que traz o tratamento como um benefício ao doente, não devendo o mesmo gerar sofrimento, nem atentar contra a dignidade e integridade das pessoas.

HIERARQUIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Pelo Princípio da Supremacia da Constituição, a Carta Magna vigente é a lei suprema do Estado brasileiro, estando no topo da cadeia hierárquica legislativa. Neste aspecto, o restante das disposições legais que integram o ordenamento jurídico nacional só será válido se estiverem compatíveis com as normas constitucionais (SILVA, 2012).

O referido princípio se baseia na rigidez constitucional, pelo fato de haver maior dificuldade para a alteração ou modificação das normas jurídicas constitucionais, o que põe tais disposições no topo do sistema jurídico brasileiro, garantindo a eficácia e a validade às demais normas (SILVA, 2012).

Pelo princípio da supremacia, as normas que são hierarquicamente inferiores a Constituição, só se tornam válidas quando não há conflito com as normas constitucionais, e quando se utilizam do procedimento legislativo adequado.

As espécies normativas do processo legislativo estão previstas no artigo 59, da Constituição Federal, e são: as emendas à Constituição; as leis complementares; as leis ordinárias; as leis delegadas; as medidas provisórias; os decretos legislativos; e as resoluções.

A primeira das espécies normativas prevista no dispositivo aludido é a Emenda à Constituição, que visa acrescentar, suprimir ou modificar o texto constitucional (CARVALHO, 2010).

A emenda constitucional é submetida a um processo formal diferenciado para modificar uma constituição rígida, sendo necessárias formalidades estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador (SILVA, 2012).

Ademais, esta modalidade normativa tem por finalidade apenas a modificação de determinados pontos em que o legislador não conseguiu alcançar a eficácia desejada ao elaborar o texto constitucional.

A segunda espécie normativa prevista no processo legislativo são as leis complementares. Este tipo normativo é utilizado em casos taxativamente previstos na Carta Política e possui uma alteração mais flexível em relação às emendas constitucionais.

Em suma, a lei complementar foi criada, pois o legislador constituinte entendeu que determinadas matérias, não obstante tamanha importância, não deveriam ser regulamentadas no texto constitucional, sob pena de engessamento de futuras alterações. Contudo, o mesmo

legislador, decidiu não instituir o mesmo processo legislativo ordinário, para evitar constantes alterações sobre assuntos que merecem atenção especial. Para isso, criou dois elementos diferenciadores: matéria própria e *quórum* diferenciado (MORAES, 2012).

A terceira espécie normativa prevista são as leis ordinárias, que podem dispor sobre todas as matérias, cabendo ao legislador definir quais devem ser normatizadas. A constituição, porém, determina que as matérias reservadas às leis complementares e as privativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal são vedadas às leis ordinárias (CARVALHO, 2012).

O processo de elaboração de uma lei ordinária é o procedimento comum e possuem várias fases, quais sejam: introdutória (apresentação do projeto); constitutiva (apresentação do projeto de lei ao Congresso Nacional, com votação nas duas Casas, podendo rejeitar ou aprovar o projeto), e complementar (promulgação e publicação da lei) (TAVARES, 2012).

A quarta espécie normativa prevista é a lei delegada, que é entendida como a autorização concedida pelo Congresso Nacional ao Presidente da República, pela elaboração de leis delegadas (CARVALHO, 2012).

Tal ato normativo é elaborado e editado pelo Presidente da República, de acordo com os limites estabelecidos pelo Poder Legislativo. Este deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional e indicar, desde já, o assunto da lei que será objeto do projeto. Logo após, este pedido será encaminhado ao Congresso e submetido à votação por suas Casas. Depois de aprovada a criação da lei, o Presidente irá elaborar o texto, promulgá-lo e publicá-lo.

Salienta-se que a aprovação da solicitação da lei delegada pelo Congresso Nacional possui caráter provisório, não podendo ultrapassar a legislatura do Chefe de Estado em exercício (MORAES, 2012).

A quinta espécie são as medidas provisórias, em que o Presidente da República, em casos de extrema relevância e urgência, poderá adotar tais medidas, com força da lei, que são eficazes a partir de sua publicação. Essas medidas irão vigorar pelo prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período. Ressalta-se que é hipótese excepcional, devendo ser utilizada como última alternativa (FERREIRA FILHO, 2012).

As medidas provisórias são um ato normativo primário e geral, devido ao fato de que quem edita é sempre o Presidente, exercendo sua competência constitucional.

A sexta espécie normativa expressa é o decreto legislativo, que é uma norma destinada a veicular as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstas, basicamente, no artigo 49, do texto constitucional (MORAES, 2012).

A Carta Magna não exige que tais decretos sejam remetidos ao Presidente da República para promulgação ou veto, pois as matérias regulamentadas são de competência exclusiva do Congresso Nacional, não dependendo de sanção ou veto.

Por fim, a sétima espécie prevista no processo legislativo são as resoluções que assim como os decretos legislativos, regulamentam matérias que são próprias do Congresso Nacional.

Aquelas se diferenciam desses, pois seus efeitos são internos (*interna corporis*), já que regulam matérias exclusivas de cada Casa Legislativa, São deliberações tomadas fora do processo de elaboração da lei, para regulamentar assuntos administrativos ou meramente políticos (FERREIRA FILHO, 2012).

Existem as resoluções oriundas diretamente do Congresso Nacional e resoluções que são emanadas de órgãos administrativos ligados ao Governo, como é o caso da que é objeto de análise.

Importante acrescentar ainda, que as resoluções de órgãos administrativos são típicos atos administrativos, que possuem natureza derivada; assim, há pressuposto de existência de lei ou outro ato legislativo a que estejam subordinadas.

Dessa forma, não se confundem com as resoluções previstas no texto constitucional, que são atos autônomos e de natureza primária, não se configurando como atos administrativos propriamente ditos.

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 1.805/2006, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

A Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM), publicada no Diário Oficial da União em 29/11/2006, disciplina a ortotanásia, de modo que autoriza, administrativamente, a realização desta prática.

Tal instrumento normativo foi criado para facultar os médicos, mediante autorização da família, a interrupção de tratamentos em doentes terminais que não tenham mais a possibilidade de gozar de uma vida digna (MOREIRA, 2007).

A esfera jurídica aponta vários entendimentos doutrinários divergentes no que diz respeito à legalidade desta conduta e à constitucionalidade da Resolução 1.805/2006. Por isso, serão abordados ambos os posicionamentos, para, no fim, chegar a uma conclusão com relação à prática da ortotanásia.

Primeiramente, relevante observar que ao editar a Resolução, o CFM “conferiu aos profissionais médicos a autorização, sob os pontos de vista deontológico, de proferirem um julgamento, em conjunto com o doente ou seu representante legal”, quando estiverem diante de um caso de ortotanásia (CABETTE, 2009).

É perceptível a lacuna legislativa com relação às práticas das condutas de eutanásia e ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro, gerando uma insegurança jurídica em face

de tal omissão, e, por conseguinte, ocasiona divergências plausíveis quanto à aplicabilidade da resolução em comento (CABETTE, 2009).

A nítida intenção do CFM ao editar a acenada resolução é preservar a dignidade do paciente ao facultar ao médico o prolongamento da vida do enfermo a qualquer custo. Neste caso, é o paciente ou seu representante legal que irá decidir sobre a continuidade do tratamento; sendo facultada, inclusive, a opção de requisitar alta do hospital para que a pessoa possa escolher como deve passar seus últimos momentos (MOREIRA, 2007).

A prática da ortotanásia é a decorrência efetiva dos princípios da dignidade humana e do direito à liberdade, permitindo que cada ser humano tenha a possibilidade de escolher como irá passar seus momentos finais, já que sem a liberdade não existe a dignidade.

Nesse diapasão, é possível afirmar que as normas não podem ser interpretadas apenas em seu sentido literal. O direito do paciente ao seu livre-arbítrio, de escolher se irá ou não se submeter a determinado tratamento, está intimamente ligado ao princípio da autonomia, que garante a possibilidade de optar pela solução mais apropriada na ótica do doente terminal.

Ademais, é observando o princípio da dignidade da pessoa humana, que se percebe que os avanços tecnológicos à disposição dos médicos, não trazem somente benefícios à saúde das pessoas, como também podem acabar afetando a sua dignidade (SANTOS, 2001).

Um ponto de vista bastante discutido, defendendo a constitucionalidade da Resolução, se baseia no fato de que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites aos avanços científicos, sendo defeso à ciência ultrapassar os limites impostos por este fundamento constitucional, na medida em que devem ser repetidas as práticas que atentem contra a vida, mesmo que seja por uma justificativa de proporcionar uma melhor qualidade de vida ao enfermo (SANTOS, 2001).

O que se vislumbra com este estudo, é elucidar um típico caso de colisão entre direitos e garantias fundamentais, devendo ser analisado caso a caso, sempre dentro das metas estabelecidas pela Carta Magna, para, ao final, resolver qual irá prevalecer.

Para a maioria dos médicos não existe violação ética, quando o profissional da saúde suspende o tratamento que é considerado inútil e doloroso do doente em fase terminal, respeitando a sua vontade ou de sua família (SILVA JR., 2007).

Na visão do cardiologista Roberto Luiz D'Ávila (apud CABETTE, 2009, p. 35-36), um dos responsáveis pela criação do texto da Resolução, a ortotanásia:

“não é uma infração ética nem uma derrota”. Segundo ele, “os médicos são treinados para vencer a morte a qualquer custo”. No entanto, isso seria um erro a ser corrigido, devendo-se banir da prática médica a chamada “futilidade” ou “obstinação terapêutica”. Para D'Ávila é importante que os médicos se preocupem

menos com a morte e mais com o paciente, atentando para que ele tenha uma morte sem sofrimento e até com sedação se necessário, não se olvidando os imprescindíveis apoios “psíquico e espiritual”. Nesse contexto a morte não mais se configuraria ao médico como um inimigo a ser combatido a qualquer custo, mas como “algo natural”.

Segundo essa resolução, a prática da ortotanásia somente será permitida caso sejam mantidos os cuidados que serão necessários para aliviar o sofrimento do doente, dentre eles, o oferecimento de uma assistência integral, conforto físico, psíquico, social e espiritual, devendo o procedimento ser todo fundamentado e registrado em prontuário. O médico não estaria retirando a vida de um paciente que se encontra em estado de extremo sofrimento, mas sim minimizando os efeitos da doença, sem ter que se utilizar de meios extraordinários, que atentam contra a dignidade humana (SANTO, 2009).

A resolução tem provocado várias discussões no mundo jurídico, principalmente no que diz respeito ao direito à vida, uma vez que a Constituição Federal garante a inviolabilidade desse direito, por ser indisponível.

Desta feita, qualquer ato, seja ação ou omissão, que contribua para a morte de um paciente que se encontra em estado terminal, está violando o direito à vida, garantido como direito fundamental pela Carta Magna. A prática da ortotanásia não imputa somente a violação ao direito à vida, mas também a conduta do médico que a pratica, já que o mesmo tem o dever profissional de salvar vidas (SILVA JR., 2007).

Em outro diapasão, segundo os doutrinadores que defendem a constitucionalidade da Resolução, tal abordagem não é juridicamente correta, já que num Estado democrático de direito não existe nenhum direito que seja absoluto, nem mesmo o direito à vida. Ainda salientam que a justiça não se configura com a aplicação da literalidade dos dispositivos legais, mas com a análise pontual de cada caso concreto, e, se necessário, flexibilizar o texto legal.

A partir desta afirmação, é que vários membros das comunidades médica e jurídica, defendem a aplicação da Resolução 1.805/2006 do CFM para regulamentar a prática da ortotanásia.

Para chegar-se a um entendimento maduro constitucionalmente, cada caso de colisão entre direitos e garantias deve ser analisado separadamente, sendo efetivado um juízo de ponderação sobre o caso concreto, identificando qual direito deve prevalecer. Como mencionado, não há hierarquia entre disposições constitucionais, há apenas um valor preponderante sobre outro, a depender do caso concreto. (VELOSO FILHO, 2007).

Segundo José Carlos Veloso Filho, o direito à vida deve estar complementado pelo qualitativo, tendo em vista que não se pode ter uma visão reducionista do sistema constitucional, colocando a dignidade da pessoa humana em segundo plano (VELOSO FILHO, 2007).

Como já abordado, a conduta da ortotanásia visa garantir uma morte digna ao paciente portador de doença terminal. É considerada uma morte correta, por meio de abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional, ante a iminência de falecimento do paciente (CABETTE, 2009).

Diante de tal argumento, parte da doutrina considerada a ortotanásia um procedimento constitucionalmente lícito, uma vez que, com a análise do princípio do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, chega-se a conclusão de que a vida garantida pela Constituição Federal é uma vida digna, desde o momento de sua concepção até o momento da morte (SANTO, 2009).

Mister esclarecer que para que a prática da ortotanásia ocorra de forma lícita, a resolução objeto deste capítulo deve ser cumprida em todos os seus requisitos e determinações, sob pena de ofensa ao direito à vida.

Não obstante, segundo os parâmetros do Código de Ética Médica, a prática da ortotanásia está em consonância com o artigo 6º do referido diploma, ela tem por finalidade impedir que o ser humano passe por tratamentos fúteis que só trazem sofrimento e atentam contra a sua dignidade.

Sob o ponto de vista médico, a ortotanásia não pode ser vista como um crime, mas sim como um procedimento que respeita a dignidade no processo do morrer em doente terminal (SILVA JR., 2007).

Nesse diapasão, a resolução é vista como sendo constitucional, já que não fere a nenhum princípio constitucional, visto que o direito garantido é a uma vida digna (SILVA JR., 2007).

É imprescindível expor que a resolução em estudo foi atacada pelo Ministério Público Federal, em Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, cujo pedido era a concessão de liminar para suspender os efeitos do aludido instrumento normativo, sob a alegação de que o CFM não possuiria poder regulamentar para dispor sobre o direito à vida.

Tal liminar foi deferida pelo Juiz da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, em 23 de outubro de 2007, por entender que há conflito aparente entre a Resolução ora discutida e Código Penal Brasileiro, voltando à prática da ortotanásia a ser proibida administrativamente.

Neste aspecto, os profissionais da saúde foram obrigados a utilizar todos os meios de tratamento para o prolongamento da vida do paciente, ainda que tais médicos só piorassem o sofrimento do enfermo terminal (AGUIAR, 2008).

A liminar deferida foi bastante criticada pelos que defendem a constitucionalidade da ortotanásia, pois, mesmo que o direito à vida seja um direito indisponível, a pessoa tem o direito de aceitar a chegada da sua morte natural, não sendo obrigada a se submeter a tratamentos extraordinários (AGUIAR, 2008).

André Mendes Espírito Santo entende que a ortotanásia é conduta absolutamente constitucional, por estar de acordo com o direito à vida digna. Isso porque, limitar ou suspender tratamento de paciente terminal cuja terapêutica não será revertida em seu benefício é ato com amplo respaldo constitucional, eis que garante a dignidade do ser humano (SANTO, 2009).

Para que a dignidade humana seja preservada, o direito à vida, em determinadas situações, deve ser relativizado, observando-se a devida ponderação dos princípios constitucionais em cada caso concreto. O direito à vida não é absoluto, devendo ser ponderado com as demais garantias, com o fito de preservar a dignidade da pessoa humana (AGUIAR, 2008).

Os argumentos de que aludida Resolução é constitucional são nobres, porém, bastante questionados pelos que possuem opinião diversa.

Sob o aspecto da inconstitucionalidade, vislumbra-se, porém, que a Resolução não produz efeitos jurídicos, já que é uma decisão tomada por uma corporação, não sendo, na hierarquia das leis, superior às disposições do Código Penal Brasileiro, que foi devidamente discutido e aprovado pelo Congresso Nacional.

Em outras palavras, a Resolução só garante ao médico que ao praticar a ortotanásia haverá a isenção de qualquer procedimento administrativo de natureza ética, porém, não exime a responsabilidade criminal e civil.

Partindo deste preceito, é que o magistrado, citado anteriormente, proferiu liminar suspendendo os efeitos da Resolução 1.805/2006, não permitindo a realização do procedimento.

Este juízo afirmou que a glosa da ortotanásia não pode ser realizada por meio de resolução aprovada pelo CFM, mas mediante lei. E, na intenção de suprir a lacuna de lei específica, pode ser feita uma provocação ao STF para “judicializar” a questão, como foi feito no caso do crime de aborto no caso de anencéfalo (ADPF nº 54). Assim, este juízo sai do mérito da questão e passa a analisar o aparente conflito entre a resolução e o Código Penal, afirmando ainda que pelo simples fato de haver a mera aparência de conflito já é suficiente para suspender a Resolução 1.805/2006 em sede de antecipação de tutela.

Ocorre que, em razão da desistência da demanda intentada pelo Ministério Público Federal, o próprio magistrado que defira a liminar que impedia a prática da ortotanásia, a revogou e restabeleceu todos os efeitos da Resolução, sendo a ação julgada improcedente.

Como o CFM é uma autarquia federal, ou seja, um órgão da Administração Pública, as resoluções elaboradas por ele são típicos atos administrativos, que tem por finalidade regular matéria específica, conforme demonstrado anteriormente.

Desta maneira, a Resolução 1.805/2006 CFM, é apenas um conjunto de regras destinado a regulamentar matéria específica da categoria médica. É obvio que esta legislação serve uma

orientação ética, mas sua eficácia é meramente quanto à responsabilidade ética do médico, não o eximindo de qualquer responsabilidade civil e criminal (CABETTE, 2009).

Diante do exposto, constata-se que normas meramente administrativas não possuem o condão de regulamentar a matéria abordada. O Direito Penal deve sempre ser interpretado restritivamente, não devendo as regras que tipificam condutas administrativas, versar sobre matérias que se conflitam diretamente com os direitos e garantias fundamentais, uma vez que possuem status infralegal (MOREIRA, 2007).

O Conselho Federal de Medicina apenas tem a atribuição legal de regulamentar normas éticas e administrativas, não podendo tratar de matérias que possuem grande relevância constitucional. Tais assuntos devem ser tratados única e exclusivamente pelo Poder Legislativo, devendo a prática da ortotanásia ser regulamentada por lei federal (JUNQUEIRA, 2006).

Cabette (2009) entende que, em relação ao aspecto jurídico penal da matéria, a Resolução em tela não finda a celeuma sobre a reprovabilidade criminal da ortotanásia. E continua seu posicionamento afirmando que é de trivial conhecimento que uma resolução de autarquia federal não pode alterar norma penal, muito menos criar tipos penais ou descriminalizar condutas, tendo em vista que a Carta Magna estabelece que tais atos são exclusivos de leis federais.

Existe hoje, a ocorrência de um impasse legislativo no que diz respeito à ortotanásia, o procedimento médico é condenável do ponto de vista jurídico, embora tenha uma gama de argumentos favoráveis para que ele ocorra.

No Brasil, o Código Penal não faz referência expressa à eutanásia e a nenhuma de suas variações, que dependendo da conduta do agente, pode ser considerado homicídio, auxílio ao suicídio ou pode, ainda, ser conduta atípica (SANTOS, 2001).

Extremamente relevante apontar que a doutrina majoritária defende o fato de que a prática da eutanásia configura o crime previsto no artigo 121, § 1º, do CPB (homicídio privilegiado por motivo de relevante valor moral), uma vez que o agente age por piedade e compaixão, visando a abreviar o sofrimento da vítima.

Contudo, a doutrina minoritária, defende que quando a eutanásia é praticada, dependendo da situação, ela pode configurar o crime de homicídio simples ou qualificado (art. 121, caput, § 2º, incisos I, II e III, do CPB) (VELOSO FILHO, 2007).

Várias foram às tentativas de se excluir tal punição do Código Penal, ocorre que tal fato não vingou, uma vez que o legislador preferiu observar o princípio da preservação da vida, garantindo a punição de tal conduta. Não obstante, o legislador ao prever o homicídio privilegiado, garante a redução da pena de 1/6 a 1/3.

A ortotanásia, segundo a doutrina majoritária, configura homicídio privilegiado por omissão (art.121, § 1º c/c art. 13, § 2º, alínea “a”, do CPB). Porém, muitos doutrinadores vêm

adotando a corrente de que, a ortotanásia é fato atípico, não configurando ilícito penal, uma vez que o consentimento do ofendido é causa suprallegal de exclusão da ilicitude (VELOSO FILHO, 2007).

Diante desta omissão legislativa com relação à prática da eutanásia e da ortotanásia, tramita no Congresso Nacional o anteprojeto do Código Penal, que altera os dispositivos da sua parte Especial, acrescentando ao artigo 121 os parágrafos 3º e 4º, referentes à eutanásia, ressaltando que o parágrafo quarto estabelece a ortotanásia como causa excludente de ilicitude, vejamos (FELBERG, 2007):

Parágrafo Terceiro:

“Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal devidamente diagnosticados. “Pena; reclusão de dois a cinco anos”.

Parágrafo quarto:

“Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão”.

Para que sejam configuradas tais condutas, é requisito essencial que exista uma relação entre o sujeito ativo e a vítima, ou entre o médico e o paciente.

A proposta possui o apoio da maioria da Comissão, mas tal conduta ainda possui várias críticas no ponto de vista médico, vez que, algumas correntes, ainda defendem o fato de que o médico tem a obrigação de se utilizar de todos os recursos disponíveis até o último segundo (SANTO, 2009).

O CFM, porém defende a aplicação da medida, se utilizando do argumento de que o enfermo, ou sua família, possui autonomia para decidir por uma morte que não seja sofrida. Destaca-se que a igreja católica também se demonstra a favor da proposta (FELBERG, 2007).

Para determinar quando a prática destas condutas poderá ser aplicada, devem ser observados os preceitos fundamentasi do Direito juntamente com a Ética, analisando caso a caso, fixando os limites necessários para a prática das mesmas.

Vislumbra-se, sob o ponto de vista jurídico, que a disposição normativa deverá seguir os progressos científicos estando sempre atenta às mudanças sociais ocasionadas pelos avanços tecnológicos. Já que as regulamentações éticas, já não são mais suficientes para regulamentar questões que atentam contra direitos e garantias fundamentais do homem. É necessária a

criação de normas que possibilitem uma pacificação quanto à aplicabilidade de tais direitos e garantias (SANTOS, 2001).

Frisa-se que para que os direitos fundamentais sejam efetivados, deve-se compreender que a Constituição é a norma fundamental, reconhecida como lei superior do Estado e que vincula todos os órgãos (SANTOS, 2001).

Desta feita, a ortotanásia ainda deve ser vista como uma conduta típica e passível de sanção penal, devendo a mesma ser revista, para que possa produzir efeitos desejados.

Por isso o anteprojeto do Código Penal, que visa a implementação das condutas da eutanásia e da ortotanásia no meio jurídico, é visto como uma solução para dirimir o impasse legislativo, com relação ao tema.

Neste diapasão, chega-se a conclusão de que a Resolução 1.805/2006 CFM deve ter seus efeitos suspensos, uma vez que a forma como foi prevista é errônea, devendo ser declarada a sua inconstitucionalidade.

Neste aspecto, mesmo que haja uma solução para a colisão de direitos, há necessidade de o ordenamento jurídico tipificar e regulamentar tais condutas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou a possibilidade de aplicação da ortotanásia ao paciente portador de doença incurável que se encontra em estado terminal, ante a previsão normativa da Resolução 1.805/2006, do CFM.

Ao longo da pesquisa foi delimitado o conceito de eutanásia e suas variações, dando ênfase principalmente ao conceito de ortotanásia.

Importante salientar que existe uma confusão doutrinária com relação aos conceitos de eutanásia passiva e ortotanásia, em que, para a maioria dos estudiosos, tais condutas podem ser tidas como sinônimas, inclusive no anteprojeto do Código Penal.

Tal entendimento não é o correto, uma vez que, na eutanásia passiva o autor deixa o enfermo morrer, ele mata por omissão, já que a pessoa poderia e deveria agir para evitar a morte e não age. Em contrapartida, na ortotanásia o autor não age e a morte ocorre naturalmente, como ocorreria mesmo se praticasse alguma ação, apenas não prolonga a vida de um enfermo em situação terminal, não havendo qualquer alteração na saúde deste (CABETTE, 2009).

Não obstante a uma profunda análise da Constituição Federal no que diz respeito ao direito à vida, conclui-se, após uma interpretação sistemática do referido diploma, que o bem jurídico protegido constitucionalmente é a vida digna, como fundamenta os que se posicionam pela constitucionalidade da Resolução e pela prática da ortotanásia.

Para a comunidade médica, ao praticar a conduta da ortotanásia, o médico não estaria violando nenhuma limitação ética, vez que deixará submeter o paciente a um tratamento fútil, evitando o mero prolongamento artificial de sua vida. Todavia, a adoção de referido procedimento não é conferida somente ao médico, mas também ao doente e aos seus representantes legais, que tomam a decisão de maneira conjunta.

Com a ortotanásia, o doente teria a sua dignidade respeitada em seu momento de morte. O que o CFM pretende com a criação da Resolução, não é dar apoio à prática da eutanásia, mas sim da ortotanásia. Sendo autorizada somente a antecipação de uma morte inevitável, sem nem mesmo causá-la por ação ou omissão (CABETTE, 2009).

Os argumentos utilizados para defender a constitucionalidade da presente Resolução são nobres, entretanto, não estão juridicamente corretos.

Infere-se da pesquisa que mesmo que a ortotanásia seja praticada para atender a dignidade de um paciente que se encontra em estado terminal, respeitando todos os fundamentos constitucionais exigidos, tal conduta, afeta diretamente o direito à vida, devendo ser devidamente regulamentada pelos órgãos competentes. (CABETTE, 2009).

Desse modo, aludida Resolução não possui efeitos no meio jurídico, devendo ser considerada inconstitucional, vez que visa descriminalizar uma conduta que atenta contra o direito à vida. Mesmo que seja entendimento majoritário que a vida garantida constitucionalmente seja a vida digna, a Resolução em comento, ainda assim, não possui o condão de legislar sobre matéria penal.

Ante o exposto, constata-se a necessidade premente da aprovação do anteprojeto que tramita no Congresso Nacional, para alterar a Parte Especial do Código Penal, acrescentando ao artigo 121, que tipifica homicídio, os parágrafos 3º e 4º, referentes à eutanásia e à ortotanásia, respectivamente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. A “intermitência da morte” por obra do judiciário. In: **CONSULEX**, 2008. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=300>>. Acesso em: 05 abr 2015.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de PESSINI, Leo. Bioética, alguns desafios: coleção bioética em perspectiva. São Paulo: Loyola, 2002.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de PESSINI, Leo. Problemas atuais de biomédica. 7 ed. ver, ampl. São Paulo: Loyola, 2005.

BRASIL. Código de Ética Médica brasileiro. In: Portal Médico. Disponível em: <<http://www.portal-medico.org.br/novoportal/index5.asp>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso: 26 abr 2015.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 26 abr 2015.

_____. Resolução 1.805/2006: Conselho Federal de Medicina. In: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos, Eutanásia e Ortotanásia: comentários à resolução 1.805/2006 CFM. Aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 18 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DISTRITO FEDERAL. 14^a Vara Federal do Distrito Federal. Deferimento de pedido de liminar feito em Ação Civil Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Roberto Luiz Luchi Demo, decisão 320/2007. Processo nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <<http://www.df.trf1.gov.br/inteiro teor/consulta.go.php>>. Acesso em: 05 abr 2015.

DISTRITO FEDERAL. 14^o Vara Federal do Distrito Federal. Sentença de Improcedência em Ação Civil Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Roberto Luiz Luchi Demo. Processo nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <<http://www.df.trf1.gov.br/inteiro teor/consulta.go.php>>. Acesso em: 05 abr 2015.

FELBERG, Lia. A Ortotanásia no projeto do Código Penal. Universidade Presbiteriana Mackenzie. In: MACKENZIE, 2007. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/lia_felberg_01.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 7 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUNQUEIRA, André Luiz. Prolongamento da vida de pacientes terminais. In: Jus Navigandi, 2006. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/consulexnet/default.asp?op=cnr&id=925>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. A ortotanásia e a resolução CFM 1.805/2006. In: DIREITONET. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3373/>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

PESSINI, Leo. Bioética: um grito por dignidade de viver, 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Paulinas, 2007.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da constituição de direitos fundamentais. Volume 17. Coleção sinopses jurídicas. 12 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTO, André Mendes Espírito. Ortotanásia e o direito à vida digna. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9 ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo. 35 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA JR., Edson Miguel da. Ortotanásia não é crime. In: DESTAQUEIN, 2007. Disponível em: <<http://destaquein.sacrahome.net/nodel/478>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELOSO FILHO, José Carlos. Derrubando mitos, eutanásia e seus aspectos jurídicos-penais, In: CONSULEX, 2007. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/consulexnet/default.asp?op=cnr&id=3880>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA EUTANÁSIA E DA ORTOTANÁSIA PENSADOS SOB A ÓTICA DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

THAIANE FERNANDES DE ARAUJO¹

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo abordar a bioética, campo do conhecimento que relaciona os avanços tecnológicos com a moral e a ética, e o biodireito, tema novo e de extrema relevância para a sociedade uma vez que discute normas capazes de delimitar a incidência da biotecnologia na vida humana, considerando os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, em face das questões sociais e jurídicas que envolvem a prática da eutanásia e da ortotanásia. A eutanásia é definida como a abreviação da vida de uma pessoa que passa por um longo período de dor e sofrimento e que não suporta mais continuar com sua vida nas condições de saúde em que se encontra. No Brasil, a eutanásia é proibida e sua prática é equiparada ao homicídio. O Anteprojeto do Código Penal (PLS nº 236/12) chegou a regulamentar o instituto, no entanto, ele foi retirado do projeto pois considerou-se que a prática da eutanásia não deve ser discutida em âmbito penal. Já a ortotanásia é definida por muitos estudiosos como a morte no tempo certo, de forma natural, que prima pelos cuidados paliativos em detrimento de tratamentos ineficazes, e por vezes degradantes, que apenas retardam a morte do paciente em estado terminal. Esta possui maior aceitação tanto entre os profissionais da saúde como na sociedade de modo geral, sendo, inclusive, permitida e regulada com tipificação própria no PLS nº 236/12. Por fim, apresenta-se uma análise geral de toda problemática que envolve a discussão sobre estes temas e sobre sua relação com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana. Conclui-se que a eutanásia e a ortotanásia são questões que precisam ser amplamente debatidas não só no campo médico ou jurídico, mas, principalmente, na sociedade de forma geral.

Palavras-chave: Biodireito. Bioética. Terminalidade.

INTRODUÇÃO

Os estudiosos da biomedicina, das ciências médicas e biológicas têm conseguido, com o avançado aparato tecnológico atual, apresentar novas medidas terapêuticas e novos fármacos para as doenças que atingem a espécie humana, viabilizando assim o tratamento adequado e até mesmo a cura para várias enfermidades. Tais avanços, no entanto, não atingem apenas a área da biologia e da medicina. Na medida em que influenciam diretamente a vida do homem, eles têm impacto no campo da ética, da moral e do direito. Dentro deste contexto, surge a discussão da bioética como campo do conhecimento que visa tratar a relação entre estes

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: thatta_araujo@hotmail.com

avanços tecnológicos e a moral e a ética², e do biodireito, área relativamente nova que objetiva disciplinar tais inovações no campo jurídico³. A relevância do biodireito se deve à percepção de que diversas são as inovações científicas, mas, nem sempre, a sociedade está preparada para lidar com as modificações oriundas da sua utilização e com as suas consequências.

Ao biodireito cabe estabelecer normas que delimitem a incidência da biotecnologia na vida humana, tendo em vista os direitos humanos e dignidade da pessoa humana.⁴ Ele se propõe a discutir temas controversos como a realização de pesquisas com seres humanos, a engenharia genética, a fertilização in vitro, o aborto e o início e o fim da vida, relacionando-os ao âmbito jurídico, seja para positivar tais questões no ordenamento jurídico vigente, seja para discuti-las em um plano internacional.⁵

Neste artigo, buscar-se-á discutir o embate entre o princípio da dignidade da pessoa e o direito à vida, por um lado, e o direito à morte e a noção de morte digna, por outro lado, a partir da bioética e do biodireito. Existe um direito a morrer com dignidade? Pode o homem dispor de sua vida, decidindo quando ela termina? Como o ordenamento jurídico, no âmbito constitucional e penal, se posiciona a respeito do direito de morrer?

Todas essas questões vêm à tona quando se trata da prática da eutanásia, que defende uma morte boa, serena, pacífica, tranquila, suave⁶, e da ortotanásia, conceituada como a morte no tempo certo, sem qualquer prolongamento artificial⁷. A discussão desses institutos, cujos conceitos muitas vezes se confundem, envolve diversos segmentos sociais que concordam ou discordam do assunto com base em questões médicas, jurídicas, éticas, religiosas ou morais.

Os inúmeros enfoques a partir dos quais a eutanásia e a ortotanásia podem ser pensadas indicam a necessidade de uma perspectiva interdisciplinar para sua melhor compreensão e justificam o imperativo de se debater a terminalidade da vida não só entre operadores do

² Antes de se adentrar ao estudo dos institutos da bioética e do biodireito, faz-se necessário distinguir dois conceitos que serão trabalhados no decorrer deste trabalho, quais sejam, a ética e a moral. Ética é um conceito amplo, que considera as condutas humanas como boas ou ruins, corretas ou incorretas, englobando a moral, os costumes, a religião e outros princípios inerentes às sociedades. A moral, no entanto, é um conceito mais restrito que diz respeito ao ato humano propriamente dito, à conduta do homem na coletividade na qual está inserido.

³ Heidy de Ávila afirma que o Biodireito encontra seu principal fundamento na bioética, tendo estes o mesmo objeto, qual seja, a ação humana.

⁴ O advogado Luciano de Freitas Santoro é o autor do livro *Morte digna: o direito do paciente terminal*, no qual defende uma morte digna e sustenta a constitucionalidade do instituto da ortotanásia. Segundo o autor, pode-se entender o biodireito como "(...) o ramo do direito que tem por preocupação regular as condutas dos homens ante os avanços científico-tecnológicos das ciências médicas, biomédicas e biológicas, preservando a dignidade da pessoa humana.". Veja no referido livro, publicado em 2010, em Curitiba, pela editora Juruá, pg. 10.

⁵ Letícia Ludwig Möller, em seu texto "Bioética e Direitos Humanos: delineando um biodireito mínimo universal", faz uma interessante reflexão acerca do biodireito e da possibilidade de se alcançar um direito mínimo universal, respeitando aqueles valores tidos como fundamentais em todas as culturas, as religiões e as sociedades do mundo moderno.

⁶ CABRERA, Heidy de Ávila. *Eutanásia: Direito de morrer dignamente*. Osasco: UNIFIEO, 2010, p. 32.

⁷ Idem, p. 46.

direito, como também entre os profissionais da saúde e na sociedade de forma geral que, não só recebe tantas interferências jurídicas, políticas, éticas, médicas ou religiosas, como também influencia significativamente em todos esses ramos citados.

No ordenamento jurídico pátrio, esses institutos não possuem regulamentação própria, sendo a eutanásia equiparada ao homicídio disciplinado no artigo 121, § 1º, do Código Penal. O anteprojeto do Código Penal (PLS nº 236/12), em trâmite no Senado Federal, trouxe a tipificação da ortotanásia no artigo 121, §§ 6º ao 8º, excluindo a sua ilicitude, e afastou qualquer discussão acerca da eutanásia do âmbito penal, por entender que esta será melhor debatida em sede de direito civil ou mesmo administrativo.

Pretende-se apresentar um embasamento teórico de forma clara, trabalhando os conceitos e as aplicações tanto da eutanásia como da ortotanásia, para que se possa discutir, com propriedade e conhecimento, a existência de um direito de morrer e qual seria seu respaldo jurídico.

Ressalta-se, por fim, que este artigo se direciona apenas a trabalhar a existência de um direito a morrer de forma digna para aqueles que se encontram em situações de terminalidade da vida, não mais existindo qualquer chance de cura ou melhora do seu estado de saúde.

DA BIOÉTICA AO BIODIREITO

O termo bioética foi apresentado pela primeira vez pelo alemão Paul Max Fritz Jahr, em 1927, em uma publicação da revista *Kosmos*, definindo o tema como: “[...]a emergência de obrigações éticas não apenas com o homem, mas a todos os seres vivos.”⁸ Na década de 30, Aldo Leopold, cientista americano, desenvolveu a “*land ethics*”, aumentando a discussão de Jahr ao incluir nas questões éticas os recursos naturais e o solo.⁹

Mas foi após a Segunda Guerra Mundial que a bioética ganhou mais espaço ao ter seu conceito ampliado, alcançando as inovações tecnológicas de uma forma mais humana e menos técnica, utilizando valores morais e sociais. Em 1971, o oncologista e biólogo americano Van Rensselaer Potter, publica o livro *Bioética: Ponte para o Futuro*, tornando-se o primeiro a conceituar propriamente a bioética.¹⁰ Ele propôs o termo “[...] como forma de enfatizar os dois componentes mais importantes para se atingir uma nova sabedoria, que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos.”¹¹ Potter considerou

⁸ GOLDIM, José Roberto. Definição de Bioética. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/bioet27.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

⁹ GOLDIM, José Roberto. Ética da Terra. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/landethi.htm>. Acesso em: 31 ago. 2014.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹¹ GOLDIM, José Roberto. Definição de Bioética. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/bioet71.htm>>. Acesso em: 22 mai. 2015.

a bioética em uma conjuntura mais geral, apreciando não apenas os aspectos do impacto da ciência no tratamento médico do homem, mas também esse impacto no meio ambiente, nas relações entre os próprios homens e entre eles e o meio ambiente no qual estão inseridos.

No ano de 1979, os estudiosos norte-americanos Tom L. Beauchamp e James F. Childress apresentaram uma teoria da bioética mais principiológica em seu livro intitulado *Principles of Biomedical Ethics*. Os autores fundamentaram seu livro nos princípios da beneficência, da não maleficência, da autonomia e da justiça. Eles foram influenciados pelo Relatório de Belmont, datado de 1978, o qual instituiu princípios éticos básicos que deveriam ser observados e respeitados nos experimentos realizados em seres humanos, a saber, os princípios da beneficência, da justiça e do respeito às pessoas¹².

O princípio da beneficência é um princípio teleológico que afirma a moralidade das condutas, considerando que todas as atitudes devem ser tomadas em benefício do próximo. A beneficência é um dever profissional que o médico tem de tratar o seu paciente da melhor forma possível, fazendo-lhe sempre o bem. Ávila considera que “a principal característica do princípio da beneficência é promover o bem-estar das pessoas, sendo de suma importância considerar seus desejos, necessidades, mas também os direitos dos outros.”¹³

Este princípio difere-se da não maleficência, princípio deontológico que obriga o médico a não causar danos e prejuízos ao seu paciente de forma intencional. A não maleficência, do latim *primum non nocere*, obriga os profissionais da saúde a executarem sua função respeitando a moral, de tal forma que lhes é vedado causar intencionalmente o mal ao seu paciente. O benefício que o paciente terá com um tratamento médico deve ser maior do que o risco e os efeitos colaterais que ele sofrerá. Caso contrário, o médico terá agido com maleficência, assumindo o risco e gerando, intencionalmente, danos ao seu paciente. Nesse sentido, nas palavras de Diniz, “o princípio da não maleficência é um desdobramento do da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional [...]”¹⁴

O princípio da autonomia ou respeito pela pessoa prima pela vontade da parte submetida a determinada conduta médica. Caso esta seja incapaz de expressar o seu desejo, caberá ao seu representante opinar em relação ao que lhe considera melhor. A vontade do doente ou da pessoa que se submeteu a algum experimento deve ser respeitada e protegida. O paciente deve ter conhecimento de todos os procedimentos a que será submetido, devendo expressamente concordar com todos eles.

¹² GOLDIM, José Roberto. Belmont Report. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/belmont.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014.

¹³ CABRERA, Heidy de Ávila. Eutanásia: Direito de morrer dignamente. Osasco: UNIFIEO, 2010, p. 89.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16.

O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de se autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. [...] Desse princípio decorrem a exigência do consentimento livre e informado e a maneira de como tomar decisões de substituição quando a pessoa for incompetente ou incapaz, ou seja, não tiver autonomia suficiente para realizar a ação de que se trate, por estar preso ou ter alguma deficiência mental.¹⁵

E, por fim, o princípio da justiça é princípio deontológico que afirma que é direito de qualquer pessoa receber tratamento médico digno e proporcional em relação aos benefícios e malefícios causados pelo tratamento, bem como ter acesso a bons aparelhos e novas tecnologias voltadas à prática médica.¹⁶

A discussão da bioética surge nas situações em que há conflitos de interesses, sejam morais, sociais, políticos ou quaisquer outros que envolvam valores distintos. Questões interessantes a serem discutidas no presente artigo são as relacionadas ao conceito de vida e quando ela termina. É justo utilizar todos os meios médicos para manter vivo um paciente em estado terminal? E como o direito e o Poder Público devem lidar com as questões de terminalidade da vida?

Indagações como essas conduzem o estudo da bioética ao biodireito, ramo de estudo que analisa a ética, a moral, o homem e suas condutas no âmbito jurídico. O Biodireito desloca a preocupação com as condutas médicas e relações humanas da moralidade para a juridicidade, considerando agora as leis e o ordenamento jurídico que envolvem a sociedade, buscando conceitos legais para os questionamentos levantados e, principalmente, à luz das normas vigentes, procura impor limites as influências científicas na vida do homem, primando pelos seus direitos fundamentais.

Incumbe analisar que todas as transformações sociais trazidas pela incidência das novas tecnologias exigem do sistema jurídico a criação de um direito mais específico que lide diretamente com essas mudanças e suas problemáticas. Vlamir Cardoso Pereira faz uma interessante análise dessa questão em seu texto *Nascer e morrer: novas fronteiras éticas e jurídicas*:

¹⁵ Idem, p. 15.

¹⁶ MARREIRO, Cecília Lôbo. O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia à luz do novo código brasileiro de ética médica. Tese. Universidade de Fortaleza – UNIFOR. 2012.

O Biodireito surge, quase que automaticamente, para enfrentar, no campo da norma jurídica, os riscos impostos à humanidade pela tecnociência. A difícil tarefa de estabelecer valores e definir sanções cabe ao Direito. No caso, a missão do Direito fica dificultada, uma vez que o rápido desenrolar dos acontecimentos vai exigindo do legislador constante capacidade de acompanhar o ritmo alucinante da evolução tecnocientífica. Sair do campo da Bioética e entrar no campo do Biodireito não é tarefa fácil. Afinal, não se pode reduzir o Direito a uma simples função instrumental. Ou seja, adaptar a lei não pode significar que ela deva evoluir apenas na medida em que a ciência avance. Isso seria colocar o Direito à reboque da ciência. Nesse caso teríamos o Direito subordinado ao avanço tecnológico. O Direito deve ser muito mais do que um conjunto de regras, de categorias, de técnicas: ele deve veicular valores.¹⁷

O biodireito também se fundamenta em princípios norteadores. No entanto, além daqueles conhecidos princípios da bioética, encontram-se aqui alguns princípios constitucionais. A Constituição Federal Brasileira elenca os princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como afirma o direito à vida e à saúde. Destarte, o biodireito vai utilizar todo o aparato normativo contido na constituição para analisar e determinar os limites da biotecnologia e as normas que serão aplicadas a cada caso concreto.

Relevante princípio para o presente artigo é o da dignidade da pessoa humana do qual se infere que todas as pessoas devem ser respeitadas e protegidas, sendo-lhes garantido um direito mínimo existencial que deve afastar qualquer conduta que de alguma forma atente contra a sua vida.

A bem da verdade, tanto o direito à vida quanto o princípio da dignidade têm uma relação intrínseca, porque nascem com o ser humano e caminham juntos ao longo de toda a sua jornada, já que o que se pretende garantir, através do reconhecimento desses direitos fundamentais, são condições existenciais mínimas para o seu pleno desenvolvimento, sem a submissão a qualquer conduta degradante ou desumana.¹⁸

Neste viés, tem-se que o princípio da dignidade humana, como todo princípio protetor, é também limitador da liberdade humana, visto que o seu fim principal é o bem-estar e o benefício humano. Este princípio, dentro do estudo do biodireito, possui ligação direta com os princípios bioéticos da beneficência, da não maleficência, da autonomia e da justiça.

Além da dignidade da pessoa humana, fala-se muito em um direito fundamental à vida. Mas, e um direito a morte, este poderia existir? A discussão de um direito a morte digna ainda é pequena perto dos princípios tão conhecidos e respeitados da dignidade da pessoa humana

¹⁷ PEREIRA, Vlamir Cardoso. **Nascer e morrer: novas fronteiras éticas e jurídicas**. In: Rev. Cient. Cent. Univ. Barra Mansa - UBM, Barra Mansa, v. 9, n. 17, p. 71, jul. 2007. Disponível em: < <http://www.ubm.br/ubm2007/hotsites/revista/pdf/Nascer%20e%20morrer.pdf> >. Acesso em: 07. Abr. 2015.

¹⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. Morte digna: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010, p. 77.

e da inviolabilidade da vida, princípios estes considerados fundamentais, mais importantes que todos os outros e legitimadores de toda a ordem jurídica.

Toda esta explanação conceitual antes de adentrar propriamente na questão da terminalidade da vida se justifica quando se une os conceitos de bioética, biodireito, dignidade da pessoa humana, direito fundamental a vida, e, finalmente, o direito de morrer dignamente. A bioética e o biodireito relacionam-se ao buscar a proteção à vida e aos direitos do homem frente às inovações científicas. Tratar de procedimentos como o da eutanásia e o da ortotanásia significa mexer em questões éticas, morais, sociais, religiosas e também políticas. A conduta do médico, a escolha do homem, o direito à preservação da vida e o direito à morte digna são as problemáticas que o biodireito propõe-se a solucionar.

EUTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

O vocábulo eutanásia deriva do grego *eu*, que significa bem, e *thanatos*, que quer dizer morte. Assim, eutanásia significa boa morte, ou morte serena, pacífica, tranquila, suave.¹⁹

O termo foi proposto por Francis Bacon, em 1623, em sua obra “*Historia vitae et mortis*”, como sendo o “tratamento adequado as doenças incuráveis”. De maneira geral, entende-se por eutanásia quando uma pessoa causa deliberadamente a morte de outra que está mais fraca, debilitada ou em sofrimento. Neste último caso, a eutanásia seria justificada como uma forma de evitar um sofrimento acarretado por um longo período de doença.²⁰

A eutanásia ocorre nos casos em que, acometida por uma grave doença que lhe gerou um longo período de sofrimento, a pessoa decide, consciente e de maneira informada, pôr fim a sua vida, objetivando acabar com todo o sofrimento que já não consegue mais suportar. Normalmente, a eutanásia é praticada por um médico ou por alguém próximo ao enfermo que são movidos pela compaixão, pela piedade e pelo desejo do mesmo de não mais prolongar a sua vida.

É importante frisar que o consentimento da pessoa, através de sua expressa manifestação de vontade, ou a presunção dessa vontade quando o paciente já não mais pode responder por sua vida, é fundamental para configurar a prática da eutanásia.

Àvila afirma que “*seja qual for a definição dada à palavra eutanásia, é válido ressaltar que muitos a definem de acordo com suas concepções, ou seja, conforme a sua formação*

¹⁹ CABRERA, Heidy de Ávila. Eutanásia: Direito de morrer dignamente. Osasco: UNIFIEO, 2010.

²⁰ GOLDIM, José Roberto. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014.

cultural, ética, religiosa, filosófica e jurídica.”²¹

Vários doutrinadores apontam algumas classificações para a eutanásia, sendo que no presente trabalho seguiremos a que leva em consideração: o modo de execução da eutanásia, que pode ser ativa ou passiva; a motivação que leva o agente a prática do ato, podendo ser comum, eugênica, econômica ou libertadora; e o consentimento para o mesmo, que é voluntário, involuntário ou não voluntário.²²

A classificação mais conhecida quanto aos métodos que se aplicam para a eutanásia é a eutanásia ativa e a passiva. A ativa ocorre quando o médico antecipa ou apressa a morte do enfermo através da ministração de medicamentos que conduzem a uma morte mais rápida e sem sofrimento. Santoro aduz que:

A eutanásia ativa será aquela em que o evento morte é resultado de uma ação direta do médico ou de interposta pessoa, como, por exemplo, o ato de ministrar doses letais de drogas ao paciente. A eutanásia passiva, ao contrário, é uma conduta omissiva, em que há a supressão ou interrupção dos cuidados médicos que oferecem um suporte indispensável à manutenção vital.²³

A eutanásia ativa divide-se em direta e indireta. A eutanásia ativa direta é aquela pela qual o agente anseia a morte do doente, utilizando como meio um medicamento ou mesmo a retirada de aparelhos para pôr fim ao sofrimento da pessoa. Já a eutanásia ativa indireta é aquela que tem como fim a diminuição da dor do enfermo, o que pode culminar, indiretamente, no seu óbito.²⁴

A eutanásia ativa direta é a que tem em mira principalmente a diminuição do lapso temporal de vida do enfermo por meio de “atos positivos” que o auxiliam a morrer. Já a eutanásia ativa indireta destina-se a duas finalidades: diminuir o sofrimento do paciente e concomitantemente reduzir seu tempo de vida, sendo tal redução um efeito do fim principal, que é, na verdade, diminuir o sofrimento do doente.²⁵

Aplica-se à eutanásia ativa indireta a teoria do duplo efeito, pela qual uma única ação gera no paciente efeitos positivos e efeitos negativos, sendo estes mais graves pois acabam por acelerar a sua morte. Assim, a ministração de medicamentos em doses elevadas a um paciente

²¹ CABRERA, Heidy de Ávila. Eutanásia: Direito de morrer dignamente. Osasco: UNIFIEO, 2010, p. 31.

²² Heidy de Ávila afirma em sua dissertação que diversas são as classificações conferidas ao termo eutanásia. Todavia, em sua dissertação, ela utilizou a classificação mais aceita pela doutrina que considera a motivação do gente, os métodos utilizados e a iniciativa para a prática da eutanásia. Esta classificação também foi adotada pela Cecília Lôbo Marreiro pelo Luciano de Freitas Santoro em seus trabalhos sobre o tema.

²³ SANTORO, Luciano de Freitas. Morte digna: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010, p. 118.

²⁴ CABRERA, Heidy de Ávila. Eutanásia: Direito de morrer dignamente. Osasco: UNIFIEO, 2010, p. 40

²⁵ CABETTE, 2009, p.23, apud FEROLDI. Camila, jun. 2012, p. 4.

em estado grave ou terminal pode, no primeiro momento, aliviar toda a dor que ele está sentindo, mas, de forma indireta, a quantidade aplicada ao paciente acaba levando-o a morte.²⁶

A eutanásia ativa indireta não pode ser confundida com a eutanásia ativa direta, porque a conduta de injetar um fármaco com finalidade de abreviar a vida obviamente não é a mesma que a ação do médico de aplicar analgésicos para aliviar a dor e o sofrimento mas que, como efeito secundário certo ou necessário, levará à abreviação da vida do paciente, é dizer, será a causa do evento morte. Na indireta, o ato principal é positivo, consistente em aliviar dor insuportável, enquanto que o efeito secundário é negativo, pois levará o paciente à morte. Inversamente, na eutanásia ativa, o efeito principal é negativo enquanto que o secundário é positivo, já que se matará alguém para aliviar-lhe o sofrimento.²⁷

A eutanásia passiva também busca acabar com o sofrimento da pessoa provocando a sua morte. Todavia, tal pretensão é alcançada por uma omissão do profissional da saúde, que interrompe um tratamento do paciente ou mesmo não ministra medicamentos devidos para minimizar os efeitos da doença. São estas omissões que ocasionam a morte do enfermo.²⁸

[...] na eutanásia passiva, o médico, por motivos altruísticos, omite-se de empregar os meios ordinários de tratamentos para manter a vida do paciente com doença curável, causando-lhe, assim, o óbito. [...] Verifica-se, portanto, que na eutanásia passiva, o paciente não está na iminência de sua morte e nem tampouco tem o diagnóstico de uma doença terminal. O seu óbito ocorre pela omissão médica de não empregar os meios ordinários de tratamentos necessários para mantê-lo vivo.²⁹

A motivação para a eutanásia pode ser comum, que é o desejo da pessoa de pôr fim a sua vida na medida em que não suporta mais tamanho sofrimento e profunda dor; ou eugênica, pela qual se busca eliminar as pessoas que possuem uma doença ou deficiência incurável a fim de não propagar tal anomalia.

A eutanásia econômica visa colocar fim a vida das pessoas que representam apenas gastos para a sociedade e para o Estado, ocupando leitos e utilizando aparelhos de forma inútil, uma vez que já não há reversão em seu quadro de saúde.³⁰ Já a eutanásia libertadora é aquela praticada por um profissional da saúde ao paciente cuja doença já não possui mais

²⁶ CABRERA, Heidy de Ávila. Eutanásia: Direito de morrer dignamente. Osasco: UNIFIEO, 2010, p. 40

²⁷ SANTORO, Luciano de Freitas. Morte digna: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010, p. 119.

²⁸ PESSOA, Laura Scalldafferri. Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. 2011, p. 75.

²⁹ MARREIRO, Cecília Lôbo. O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia à luz do novo código brasileiro de ética médica. Tese. Universidade de Fortaleza – UNIFOR. 2012, p.105.

³⁰ SANTORO, Luciano de Freitas. Morte digna: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010, p. 120/121.

cura e que se encontra acometido por muita dor e grande sofrimento.³¹

Por fim, quanto à iniciativa do paciente em consentir com a eutanásia, esta pode ser: voluntária, quando o próprio paciente pede para morrer; involuntária, quando a morte é provocada mesmo sem o consentimento e/ou a vontade do paciente; e não voluntária, que se caracteriza pela provocação da morte do enfermo sem que este manifestasse a sua vontade.³²

Santoro, ao analisar as distintas classificações apontadas pela doutrina para a eutanásia, entende que todas aquelas que fogem ao objetivo nobre de diminuir o sofrimento e a dor de um doente que pede por uma morte mais digna não devem ser aceitas.

[...] deve ser rejeitada qualquer conceituação de eutanásia que não, aquela que a defina como a ação ou a omissão realizadas por compaixão e com o consentimento prévio do paciente ou, se este não puder ser conscientemente manifestado, de seus familiares, para dar uma morte sem dor a alguém que esteja submetido a grave sofrimento em função de um mal incurável.³³

O conceito de ortotanásia, no entanto, é o mais aceito socialmente uma vez que prima pela morte no tempo natural, correto. A prática da ortotanásia não busca abreviar ou prolongar a vida de um paciente em estado terminal, opondo-se tanto à eutanásia quanto à distanásia. O que se pretende é oferecer ao enfermo a escolha de um tratamento paliativo, que irá tratar a pessoa, e não mais a doença, através de medicamentos que irão diminuir a sua dor e o seu sofrimento, mas sem interferir diretamente no momento da morte, que ocorrerá de forma natural e digna.

Atribui-se a origem da denominação ortotanásia ao professor Jacques Roskam, da Universidade de Liege, Bélgica, que no Primeiro Congresso Internacional de Gerontologia, realizado em 1950, teria concluído que entre encurtar a vida humana através da eutanásia e a sua prolongação pela obstinação terapêutica existiria uma morte correta, justa, isto é, aquela ocorrida n seu tempo oportuno; por isso a utilização dos termos gregos “*orthos*” (correto) e “*thanatos*” (morte).³⁴

A ortotanásia pode ser encarada como a conduta correta frente à morte, que ocorrerá de forma natural, em seu tempo. Nas situações em que a morte do paciente é inevitável e iminente, os médicos optam por parar com os tratamentos que se tornaram desnecessários e até mesmo degradantes para o paciente, e iniciam tratamentos paliativos, com o intuito de cuidar do paciente, amenizando os seus sintomas, até o seu momento final.³⁵

³¹ CABRERA, Heidy de Ávila. Eutanásia: Direito de morrer dignamente. Osasco: UNIFIEO, 2010, p. 41.

³² Idem, p. 40.

³³ SANTORO, Luciano de Freitas. Morte digna: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010, p. 121.

³⁴ Idem, p. 132.

³⁵ Cecília Lôbo Marreiro, em sua dissertação, p. 41/42, afirma: “Admitir o paciente como sendo portador de

Entende-se por tratamentos paliativos aqueles tratamentos que se voltam para o próprio paciente, e não mais para a doença, com o objetivo de assistir a pessoa tanto física, quanto psicologicamente. Esta é uma técnica mais humanizada exatamente por auxiliar não só o paciente, mas também a sua família, a encarar com tranquilidade e dignidade o momento último.

Cuidados Paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameaça a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais.³⁶

A ortotanásia por vezes é confundida com a eutanásia passiva, mas elas constituem práticas bem diferentes. Na eutanásia passiva ainda há alguns recursos que podem ser aplicados para o benefício do paciente, mesmo que resultem em uma pequena melhora que apenas prolongará um pouco mais a vida do enfermo. Aqui, há uma chance, mesmo que remota, de salvar o paciente, devendo por isso o médico utilizar os recursos disponíveis em favor do enfermo. Na ortotanásia, no entanto, já não há mais cura ou qualquer benefício para a vida do paciente, assim, é preferível não prolongar tamanho sofrimento e deixar a vida tomar o seu curso natural. *“Em síntese, na eutanásia passiva suspende-se ou omite-se a medida, a fim de matar; na ortotanásia, a fim de não protelar o sofrer em vão”.*³⁷

Após a análise feita acerca das formas de intervenção médica no final da vida humana, cumpre analisa-los, agora, sob a ótica jurídica.

A EUTANÁSIA E A ORTOTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A prática da eutanásia é considerada crime de homicídio pela doutrina majoritária brasileira em respeito à indisponibilidade e à inviolabilidade da vida humana.

Disciplina o artigo 121 do Código Penal brasileiro:

uma doença terminal, não significa dizer que não há mais nada que se possa fazer em seu favor. Pelo contrário, é neste momento que o cuidar humanizado sobrepõe-se à terapêutica curativa e mecanizada, de forma a implantar medidas que se voltem a atender as necessidades biopsico e espirituais deste. Esta assistência holística, além de preservar a sua identidade como pessoa de direitos, conduzir-lhe-á a enfrentar o seu processo de morrer de forma mais participativa e menos dolorosa possível.

Esta assistência integralizada se materializa através dos cuidados paliativos, cujo objetivo basilar é promover uma melhor qualidade de vida para aqueles em que o tratamento curativo tornou-se obsoleto.”

³⁶ Conceito conferido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2002. Disponível em: < <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/#> >. Acesso em 09 mai. 2015.

³⁷ VILLAS-BÔAS. Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal. Revista Bioética, n 16(1), 2008, p. 67.

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis (seis) a vinte (vinte) anos.

Caso de diminuição de pena

§1.º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Conforme se observa no §1º do referido artigo, a prática eutanásica terá a sua pena reduzida de um sexto a um terço por relevante valor social e moral³⁸ pois entende-se que o homicídio foi cometido por pessoa tomada por piedade, compaixão e solidariedade, impelida a praticar tal ato diante da situação penosa em que se encontrava seu paciente ou ente querido.

Necessário é recobrar a distinção entre eutanásia ativa direta (quando a morte é provocada por pessoa com o intuito de extinguir o sofrimento do enfermo) e eutanásia ativa indireta (quando o próprio tratamento a que a pessoa está submetida acaba por antecipar sua morte em virtude dos efeitos causados pelos fármacos ministrados) pois nos casos em que se configura a eutanásia ativa indireta não se fala em ilicitude do ato, uma vez que não há induzimento da pessoa ao óbito. O que ocorre nestes casos é a intenção positiva do agente em aliviar a dor e o sofrimento do enfermo, sendo a morte um efeito indireto e secundário. A pessoa aqui age dotada de benevolência, objetivando beneficiar o indivíduo doente, e por este motivo, sua conduta não pode ser criminalizada.

[...] não se poderia exigir do profissional da saúde outra atitude frente à situação de em concreto, o que se justifica da necessidade de fazer o bem ao seu paciente conforme determina o princípio da benevolência. E não é só: não pode o médico permanecer inerte enquanto o doente é submetido à verdadeira tortura, a qual, ainda que não decorra de uma ação humana, é vedada constitucionalmente. É desumano e degradante permitir que alguém seja submetido a intenso sofrimento quando existem meios que lhe possibilitem ter o mínimo de dignidade. Trata-se, novamente, do conflito entre vida e dignidade da pessoa humana e, [...] apesar de ambas serem relativas, esta prevalecerá aquela. [...] difere, pois, da eutanásia ativa direta, pois há a viabilidade de minorar o sofrimento do doente com analgésicos sem que isso lhe antecipe a morte. ³⁹

³⁸ A exposição de motivos da parte especial do Código Penal brasileiro (decreto-lei n. 2848 de 7-12-1940) aponta: “39. Ao lado do homicídio com pena especialmente agravada, cuida o projeto do homicídio com pena especialmente atenuada, isto é, o homicídio praticado “por motivo de relevante valor social, ou moral”, ou “sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Por “motivo de relevante valor social ou moral”, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria etc.”.

³⁹ SANTORO, Luciano de Freitas. Morte digna: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010, p. 119.

Na eutanásia passiva (quando o médico suspende ou não inicia um tratamento que seria essencial para a manutenção da vida do paciente) a omissão do médico não configura a omissão de socorro tipificada no artigo 135 do Código Penal uma vez que esta ocorre nas situações em que o agente pode prestar assistência sem qualquer risco pessoal à criança abandonada ou extraviada, à pessoa inválida ou ferida, ao desamparado ou em grave e iminente perigo, mas mesmo assim não o faz ou, não podendo prestar o devido socorro, também não pede socorro à autoridade pública que poderia auxiliar o indivíduo em questão. Pela leitura atenta do artigo, percebe-se que o agente não precisa ter conhecimento específico para agir em favor do terceiro, ele precisa apenas agir, independente de estar compadecido da situação da pessoa ou não, pois este é um dever de solidariedade. É neste ponto que a conduta omissiva tipificada no referido artigo não se caracteriza eutanásia passiva, pois nesta o agente responde pelo resultado da sua ação, além do fato de ter se omitido em razão de compaixão pela situação em que o paciente se encontrava. O profissional da saúde responderá então por homicídio comissivo por omissão, com direito à redução em razão do relevante valor social e moral da sua conduta.⁴⁰

Ressalta-se que a finalidade da criminalização da eutanásia não está em punir a ação do agente que movido por compaixão decidiu aliviar as dores e o sofrimento do enfermo, mas sim o resultado desta ação, a morte provocada de uma pessoa, em observância ao direito à vida e à sua inviolabilidade e indisponibilidade.⁴¹

A ortotanásia, ao contrário, foi amplamente discutida pelo Conselho Federal de Medicina e sua prática encontra respaldo, no âmbito médico, no Código de Ética Médica. Juridicamente, a prática da ortotanásia não é criminalizada por não ter o médico o dever legal de agir nos casos em que a morte é iminente e o prolongamento artificial da vida não gerará qualquer resultado benéfico ao paciente.

O Novo Projeto do Código Penal, elaborado em 2012 pelo então senador José Sarney juntamente com uma comissão de juristas com o intuito principal de atualizar e adequar o código penal, datado de 1940, à realidade atual da sociedade brasileira,⁴² chegou a tipificar a eutanásia em artigo próprio, criminalizando-a com pena de prisão entre 02 (dois) e 04

⁴⁰ VILLAS-BÔAS. Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal. *Revista Bioética*, n 16(1), 2008, p. 72/73.

Para maior aprofundamento na questão, indica-se a leitura do capítulo 5 do livro *Morte Digna: o direito do paciente terminal*, de Luciano de Freitas Santoro.

⁴¹ MARREIRO, 2012, p. 105 apud MARTIM, 1998, p. 182. In MARREIRO, Cecília Lôbo. O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia à luz do novo código brasileiro de ética médica. Tese. Universidade de Fortaleza – UNIFOR. 2012, p. 105.

⁴² Projeto do Novo Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 31 ago. 2014.

(quatro) anos. No entanto, tal artigo foi suprimido pois entendeu-se que esta seria melhor discutida em âmbito civil ou mesmo administrativo, não se enquadrando em matéria penal.

Há condutas, previstas no Código de Projeto, que não possuem qualquer dignidade penal. Não demandam uma resposta de natureza penal por parte do Estado, a sua ofensividade social não alcança a necessidade do direito penal. A criminalização de tais condutas, a nosso sentir, banaliza o direito penal. São condutas que podem ser suficientemente endereçadas por outros ramos do direito, como o civil e o administrativo. A eutanásia (art. 122) é uma delas. Por isso propomos a sua supressão.

Já a discussão da prática da ortotanásia ganha relevância ao ser proposta em tipificação própria.

Art. 121.

Ortotanásia

§ 6º Não há crime quando o agente, com o consentimento da pessoa em estado terminal ou com doença grave irreversível, deixa de fazer uso de meios extraordinários de suporte de vida, permitindo que sua morte ocorra naturalmente, mantidos os cuidados paliativos para evitar sofrimento.

§ 7º Na impossibilidade de a pessoa em estado terminal ou com doença grave irreversível expressar sua vontade, o consentimento poderá ser dado pelo cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 8º A situação de morte iminente e inevitável ou de doença grave irreversível, deve ser previamente atestada por dois médicos.⁴³

Esta será tratada com excludente de ilicitude, não configurando crime. Percebe-se aqui um significativo avanço quando a interpretação deste instituto. Legalizar tal prática significa permitir que o paciente ou seus familiares decidam por uma morte justa, natural, ao tempo certo, sem qualquer interferência da medicina, que passará a atuar apenas de forma paliativa, mantendo e auxiliando o paciente no que for possível para controlar sua dor.

O presente projeto encontra-se em trâmite no Senado Federal e vem sendo alvo de inúmeras críticas de todas as esferas sociais. Juristas e doutrinadores têm questionado com veemência diversos tópicos do projeto. Os temas trabalhados neste artigo não são exceção. A tipificação inicial da prática da eutanásia foi acometida por inúmeras críticas oriundas das diferentes correntes contrárias ao instituto. De igual forma, a tipificação da ortotanásia também gerou discussões na medida em que por vezes e este instituto se confunde com a prática da eutanásia.

⁴³ Redação proposta em Parecer nº de 2014 emitido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, acerca do Projeto nº 236, de 2012, elaborado pelo Senador JOSÉ SARNEY, instituindo o novo Código Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em 22 mai. 2015.

Diante de todo o exposto, conclui-se que as questões que envolvem a morte e um direito de escolha de morrer com dignidade estão sendo enfrentadas, debatidas e questionadas pela sociedade, o que colaborará para a elaboração de um entendimento mínimo e concreto para cada uma das questões levantadas. Espera-se que o princípio da dignidade da pessoa humana e o respeito à vida sejam levados em consideração e, principalmente, sejam sobrepostos ao simples desejo de cristalizar uma normatização, sem qualquer ponderação de princípios e casos específicos.

Não há dúvidas de que existem inúmeros motivos para se defender a vida a despeito de qualquer outro direito, uma vez que primeiro nascemos, depois passamos a lutar por outros direitos como liberdade, dignidade etc., direitos estes garantidos pela nossa Constituição da República. Existem, no entanto, momentos em que a vida pode ser questionada por quem é vivida, sobretudo frente aos direitos de liberdade, autonomia privada, dignidade etc.⁴⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir desta discussão sobre os tipos de eutanásia, sobre a ortotanásia e de como estes institutos têm sido abordados pelo ordenamento jurídico brasileiro, volta-se para uma questão inicial: e a vida, quando termina? Existe algum direito que prima pela morte digna? Discute-se muito o conceito inicial de vida, no entanto, pouco se fala em um direito de morrer e, quando se fala, uma discussão que envolve política, religião e a sociedade civil é iniciada.

Existe uma grande valorização da vida humana. Busca-se conferir à vida humana dignidade, respeito e proteção, não podendo o homem dispor da sua vida da forma que quiser pois ela consiste em um direito indisponível. Neste contexto, parece-nos que a morte, entendida como momento final que ainda faz parte da vida, por consequência, também deveria ser considerada como merecedora de tutela jurídica.

Paulo Bernardo Lima faz uma interessante consideração sobre a “morte digna”:

O direito à vida, tido como um direito indisponível e absoluto, do qual o indivíduo não podia sequer pensar em dispor, vai sendo relativizado. [...] o princípio da dignidade da pessoa humana como autonomia e fundamento jurídico-filosófico do direito à morte digna. O Estado não pode falar de um “direito à vida” absoluto se este “direito” torna-se “dever” a uma vida indigna. Não se pode, sob as vestes de um direito indisponível, impor ao homem uma morte humilhante. O homem, em respeito à sua dignidade, deve poder escolher o momento de findar a sua existência, caso esta se encontre indubitavelmente sofrível.⁴⁵

⁴⁴ CABRERA, Heidy de Ávila. Eutanásia: Direito de morrer dignamente. Osasco: UNIFIEO, 2010, p. 79.

⁴⁵ LIMA, Paulo Bernardo Lindoso e. *Direito à morte digna: um debate necessário sobre o fim da vida*. Editora JC, set. 2013. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2013/09/direito-morte-digna-debate-necessario-vida/>>. Acesso em 22 mai. 2015.

Quando a morte é inevitável e iminente e o enfermo está acometido por grande sofrimento, pensa-se que conceder à esta pessoa, ou aos seus familiares, a oportunidade de escolher como e quando morrer é a atitude mais justa e digna a ser tomada. Um direito de escolha por uma morte digna precisa ser debatido tanto pela medicina como pelo ordenamento jurídico.

A supressão da proposta de criminalização da eutanásia contribuiu para que esta temática seja pensada não mais sobre a ótica penal, equiparada ao homicídio, mas sim relacionada à vida, à capacidade humana e aos institutos inerentes ao direito civil. Tal entendimento demonstra um importante avanço para a discussão do tema. Interromper tratamentos médicos ou conferir ao paciente a oportunidade de dispor da sua vida em situações nas quais não há mais uma resposta positiva para a saúde da pessoa não podem constituir condutas criminosas ou mesmo ser consideradas verdadeiros atentados contra à vida. Um direito de morrer com dignidade, quando a morte já é iminente e inevitável, não pode ser visto como uma violação à vida na medida em que a morte é um momento ainda da vida, é o seu momento final, e é exatamente a partir deste entendimento que a morte também deve ser protegida.

Entendendo essa questão de proteção não só da vida, mas também a uma morte digna, volta-se para o impacto das inovações científicas e a atuação dos médicos no tratamento de doenças graves. A ciência e todas as suas descobertas trouxeram, inegavelmente, grandes benefícios para a vida do homem, principalmente, no que tange aos tratamentos e a prevenção de doenças que já foram consideradas incuráveis, mas que hoje, com todo o aparato tecnológico e com a melhor capacitação dos profissionais, são tratadas e não mais apresentam tantos riscos. Definir até que ponto o médico pode aplicar procedimentos sem a anuência do paciente ou causar tantos danos quanto forem necessários visando apenas preservar a vida do doente torna-se uma questão extremamente controversa. A atuação do biodireito aqui é fundamental pois caberá ao poder público ouvir a opinião dos segmentos sociais e delimitar através de normas legais a liberdade científica. O que deve ser preservado acima até da vida, é a dignidade da pessoa.

O biodireito analisa pontualmente todos os conflitos inerentes à questão da terminalidade da vida, primando pela preservação dos direitos do homem, pela manutenção da ética médica e pela moral advinda da sociedade. Às vezes, é necessário não apenas acompanhar a evolução da biotecnologia, mas sim refletir acerca do que esse desenvolvimento pode trazer de bom e útil para o homem.

A vida é o bem maior, disso não se tem dúvida, mas a dignidade e a vontade da pessoa devem sim ser observadas e, porque não respeitadas, quando o prolongamento da vida acarreta tamanha dor, sofrimento, humilhação, além de transtornos psicológicos e físicos para o

homem. O direito de escolha por uma morte digna merece ser analisado com mais atenção não apenas pelo Poder Público, mas por cada cidadão brasileiro.

Por todo o fundamentado, conclui-se que tanto a eutanásia como a ortotanasia são práticas extremamente complexas e delicadas, mas que necessitam ser enfrentadas. A tipificação da ortotanasia, encarada como a atitude médica certa frente à morte, constitui uma vitória para aqueles que encaram a morte como um momento final que merece ser vivido.

Por último e especialmente relevante, a doutrina deve se debruçar sobre a garantia e instrumentalização do direito ao fim da vida digno, mesmo porque a operacionalização deste direito é uma das grandes críticas dos que a ele são contrários. Há muito tempo se discute um “direito à morte”, mas estamos longe de uma pacificação doutrinária ou até mesmo de um entendimento dele como um direito fundamental. Contudo, se vemos no horizonte da dignidade a alvorada de um novo direito, é certo que a ele se sobrevirá uma instrumentalização e um sistema de aplicação.⁴⁶

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. Projeto Do Novo Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 22 maio 2015.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.085/2006, de 28 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 30 ago. 2014.

CABREIRA, Heidy de Ávila. Eutanásia: Direito de Morrer Dignamente. Osasco: UNIFIEO, 2010.

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 22, n. 8, ago. 2006, p.1741-1748.

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

FEROLDI, Camila. EUTANÁSIA: direito à vida versus direito à liberdade de escolha de uma morte digna. Revista Direito, n. 2, jun. 2012.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Bioética e Biodireito. Disponível em: <<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Princ%C3%ADpios/BIODIREITO%20CONCEITO.pdf>> Acesso em: 30 ago. 2014.

⁴⁶ Idem.

GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. In: Revista do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA), 2006; 26(2): 86-92. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

GOLDIM, José Roberto. Bioética. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/textos.htm#definições>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

LIMA, Paulo Bernardo Lindoso e. Direito à morte digna: um debate necessário sobre o fim da vida. Editora JC, set. 2013. Disponível em: < <http://www.editorajc.com.br/2013/09/direito-morte-digna-debate-necessario-vida/> >. Acesso em 22 mai. 2015.

MARELLI, Leticia Franco. Relatório de Belmont (1978). Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 18 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42516&seo=1>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

MARREIRO, Cecília Lôbo. O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia à luz do novo código brasileiro de ética médica. Tese. Universidade de Fortaleza – UNIFOR. 2012.

MÖLLER, Leticia Ludwig. Bioética e Direitos Humanos: delineando um biodireito mínimo universal. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/bioetica/leticia.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

QUEIROZ, Andressa V. de. Eutanásia, uma Morte digna à luz do Biodireito. Disponível em: <http://monografias.brasilecola.com/direito/eutanasia-uma-morte-digna-luz-biodireito.htm#capitulo_1>. Acesso em: 31 ago. 2014.

PEREIRA, Vlamir Cardoso. Nascer e morrer: novas fronteiras éticas e jurídicas. In: Rev. Cient. Cent. Univ. Barra Mansa - UBM, Barra Mansa, v. 9, n. 17, p. 71, jul. 2007. Disponível em: <<http://www.ubm.br/ubm2007/hotsites/revista/pdf/Nascer%20e%20morrer.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

PINHEIRO, Raphael Fernando. Aspectos da eutanásia no biodireito. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-eutan%C3%A1sia-no-biodireito>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal. Revista Bioética, n 16(1), 2008.

TESTAMENTO VITAL OU TESTAMENTO BIOLÓGICO: DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO NO BRASIL

KAROLINE TAVARES VITALI¹

RODRIGO MAZZEI²

RESUMO

O presente trabalho à baila a utilização das diretivas antecipadas de vontade e suas espécies, documentos cuja regulamentação inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, e nos quais o paciente terminal, ante o diagnóstico de sua morte, pode recusar tratamentos que comprovadamente não levarão à sua melhora ou cura, mas apenas tardarão sua morte. Para isso, aborda a discussão da autonomia do paciente e do direito à vida digna frente aos avanços da medicina e aos tratamentos desnecessários e extraordinários, o que faz nascer o direito à morte digna, que envolve a prática da ortotanásia, permitida pelo Conselho Federal de Medicina. Igualmente, discorre acerca das peculiaridades do testamento vital e do mandato duradouro, modalidades de diretivas antecipadas, além da possibilidade de escolha pelo paciente, enquanto capaz, de curador para gestão de seu patrimônio em caso de eventual incapacidade superveniente.

Palavras-chave: Diretivas Antecipadas de Vontade. Dignidade Humana. Direito à Morte Digna.

INTRODUÇÃO

O avanço cada vez mais rápido e significativo da medicina traz consigo não apenas a melhora da qualidade de vida da população e o conseqüente aumento de sua expectativa de vida, mas também tecnologias que ao invés de trazer benefícios, melhoras, ou até mesmo a cura do paciente, acabam prolongando, por meios extraordinários e desnecessários, a vida (ou o processo de morte) e o sofrimento do paciente terminal, cuja inevitabilidade de sua morte, num curto período de tempo, já tenha sido constatada, caracterizando-se, em alguns casos, como tratamentos “fúteis”, que atingem diretamente a dignidade humana do paciente.

Diante desse contexto, as diretivas antecipadas de vontade, no qual o paciente terminal dispõe acerca dos cuidados médicos os quais deseja ou não ser submetido, têm ganhado cada vez mais relevância. Sua utilização aborda a discussão da autonomia privada do paciente, pautada na dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, fren-

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: karolvitali@gmail.com

² Pós-doutorado (UFES), Doutor (FADISP) e Mestre (PUC/SP). Professor (graduação e mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: rodrigo@mazzei.com.br

te aos avanços da medicina e o direito à vida digna, bem como deste frente aos tratamentos médicos extraordinários e desumanos.

Nada obstante a importância das diretivas antecipadas de vontade, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não as regulamentou. Cabe, então, analisar a possibilidade de utilização no Brasil, das diretivas antecipadas e de suas modalidades, quais sejam, o Testamento Vital e o Mandato Duradouro, e de suas peculiaridades, que envolvem, para além dos aspectos formais dos mencionados documentos, a avaliação da possibilidade de o paciente inserir em tais documentos disposições acerca de temas que circundam a terminalidade da vida, tais como a doação de órgãos, disposições acerca de seu velório e enterro, bem como a gestão de seu patrimônio em eventual incapacidade do indivíduo.

O DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE HUMANA

É incontroverso que a vida consubstancia-se no bem mais valioso que o ser humano possui. Tutelada desde a concepção, a vida é pressuposto fundamental não apenas do exercício, mas também da existência dos direitos e liberdades do indivíduo.

A essencialidade e a importância do direito à vida é amplamente reconhecida em tratados internacionais, como a Declaração Universal de Direitos do Homem, promulgada em 1948, e o Pacto de São José da Costa Rica, mais conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, que entrou em vigor em 1978.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de reconhecer o direito à vida como direito fundamental, afirma, em seu artigo 5º, a inviolabilidade do referido direito como o primeiro dos cinco valores que iluminam os demais direitos fundamentais elencados nos incisos desse dispositivo³. Afinal, não teria sentido tutelar outros direitos se antes não for salvaguardada a própria razão de existir deles: a vida humana.

Nesse contexto, não se pode olvidar que o citado direito é o primeiro dos direitos naturais do ser humano, e, por essa razão, não é o Estado, através de suas leis, quem cria o direito fundamental à vida, ou concede-lhe aos seus cidadãos. Ele apenas reconhece o direito à vida, o qual é inerente a todos os indivíduos. No ensinamento de Paulo Branco:

“Proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa, e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais.”⁴

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 255.

⁴ Idem, *ibidem*. p. 256.

De outra feita, a Constituição, em seu artigo 1º, inciso III, instituiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Assim, dada a importância desse princípio, bem como a qualidade a ele conferida pela Carta Magna, é certo que todos os direitos e garantias reconhecidos na Constituição devem ser interpretados de acordo com a dignidade humana, sendo essa o fundamento e os limites deles.

O Estado, dessa forma, garante não apenas o direito à vida, pura e simplesmente. Ele garante o direito à vida digna, à vida com qualidade, e por conseguinte, os instrumentos e direitos, como o direito à saúde, à moradia, à educação, etc., necessários à sua realização.

Nesse cenário, convém mencionar que na compreensão de Ronald Dworkin, a dignidade humana repousa na capacidade de o ser humano reagir às demandas do dia a dia com autonomia, e de continuar na busca da realização de seus objetivos, bem como sua capacidade funcional.

Ainda, o autor ressalta ser a vida valiosa subjetiva, instrumental e intrinsecamente, critérios esses que correspondem, respectivamente, ao valor da vida para a própria pessoa, ou seja, o quanto ele deseja estar vivo; ao valor da vida do indivíduo para terceiros, e, finalmente, o quão importante é a vida para a pessoa, qual o valor dado por ela a esse bem.⁵

De fato, a definição de dignidade humana afigura-se demasiadamente ampla, abrangendo diversas significações, as quais se aplicam a diferentes setores da vida do ser humano. No entanto, necessário se faz ter em vista que a dignidade não é apenas o valor de um indivíduo em si, enquanto ser humano, mas também a sua capacidade de agir por si mesmo, de tomar decisões, de guiar sua vida, ou seja, sua autodeterminação frente às questões que o cercam, sua autonomia privada.

Muito utilizada no direito sucessório, principalmente no que concerne a questões patrimoniais, a autonomia privada não limita-se ao campo patrimonial. Antes, ela se constitui no poder que o indivíduo possui de conduzir suas relações, os atos de sua vida e as consequências desses, com efeitos jurídicos, consoante sua vontade, bem como os ditames do ordenamento.

Como aduz Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

“No exercício de sua autonomia privada e, portanto, na realização de negócios jurídicos, as pessoas têm, do ordenamento, o poder criador, modificador, e extintor de situações e relações jurídicas, no âmbito e na forma previstos pelo mesmo ordenamento que concede esse poder. Ao regulamentar de forma direta e individual, seus próprios interesses pessoais, o sujeito faz coincidir sua autonomia privada com os interesses que o ordenamento escolhe proteger. A competência pessoal e jurídica que o sujeito tem para auto-regular certos interesses encontra sua fonte no ordenamento jurídico.”⁶

⁵ PESSOA, Laura Scaldaferrì. *Pensar o final e honrar a vida – direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *O testamento vital ou biológico e sua possibilidade no Brasil*. In: *Direito*

A INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, A AUTONOMIA PRIVADA, E O NASCIMENTO DO “DIREITO À MORTE DIGNA”.

Como supracitado, o artigo 5º da Constituição Federal estabelece a inviolabilidade do direito à vida como o primeiro dos cinco valores nos quais os direitos fundamentais nele elencados estão firmados, assegurando, assim, a integridade existencial dos indivíduos.

O termo “inviolabilidade” denota a proibição de violação, de atentado, praticado por terceiro a outrem. Dessa forma, inviolabilidade do direito à vida significa a proteção conferida à vida, pelo constituinte, contra atos de terceiros, alheios à vontade do indivíduo.

Em contrapartida, a Constituição não dispõe acerca da indisponibilidade do direito à vida, termo que, de certo, não é sinônimo de inviolabilidade.

A indisponibilidade diz respeito à conduta do próprio titular do direito. De acordo com o dicionário Aurélio, “dispor” compreende “servir-se, utilizar-se [...] deixar à disposição (de outrem)”⁷, o que nos permite concluir que os indivíduos estão constantemente dispendo de sua vida.

Dessa forma, estribado na dignidade humana como autonomia privada, nasce o direito à morte digna, o qual confere ao paciente com doença terminal o direito de recusar tratamentos médicos que afiguram-se extraordinários e fúteis, os quais objetivam prolongar a vida do indivíduo que, no entanto, comprovadamente chegará ao fim em pouco tempo. Permite, portanto, que a pessoa escolha deixar a morte acontecer naturalmente, sem o emprego de métodos extraordinários para tardá-la.

Imperioso se faz destacar que o direito à morte digna

“Refere-se ao desejo de se ter uma morte que evolua naturalmente, humanizada, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer. Este tem sido reivindicado como sinônimo de eutanásia ou de auxílio a suicídio, que são intervenções que causam a morte, que inovam no estado de saúde da pessoa.

Defender o direito de morrer dignamente não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação. [...]”⁸ (grifo nosso)

Nesse contexto, para melhor compreensão do tema, necessário é que se proceda à breve explanação dos conceitos de eutanásia, auxílio ao suicídio, distanásia e ortotanásia.

de família e sucessões: temas atuais. ... (coord.), p. 553.

⁷ Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/disor>>. Acesso em 12.12.2014.

⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, p. 559/560.

A primeira refere-se a morte provocada, através de um comportamento ativo e intencional, por terceiro, normalmente um profissional da área da saúde, em paciente vítima de doença incurável e de forte sofrimento. Tal comportamento é motivado por piedade, compaixão pelo doente, em razão do estado no qual se encontra. Ainda, a eutanásia poderá ser passiva quando caracterizada a omissão do profissional de saúde, a qual determina a morte do paciente. Nela, o médico poderia valer-se do emprego de meios sabidamente eficazes para a manutenção da vida e a melhora ou a cura do paciente, e não o fez, sendo sua omissão de fato criminosa, e não decorrente e possível erro médico quanto ao diagnóstico.

No que concerne ao auxílio ao suicídio, ou suicídio assistido, o mesmo consiste em retirar a própria vida com a assistência de outra pessoa, que nessa modalidade, apenas auxilia o indivíduo no suicídio, de qualquer forma, seja prestando informações, fornecendo materiais, etc. Difere-se o induzimento ao suicídio, no qual o agente induz, convence, leva o indivíduo a cometer o suicídio. É certo, contudo, que ambos comportamentos podem ocorrer conjuntamente, sendo a pessoa, ao mesmo tempo, instigada e auxiliada a cometer o suicídio.

Por sua vez, a distanásia caracteriza-se pelo emprego de todos os meios médicos disponíveis, proporcionais ou não, extraordinários ou ordinários, ainda que se tenha conhecimentos médicos que não vislumbrem possibilidade de melhora no quadro do paciente, ou de cura, na tentativa de retardar a morte, por meio de um prolongamento artificial, sofrido e doloroso da vida, ou do processo de morte do paciente.

Contrastando com a distanásia, a ortotanásia consiste no respeito à ordem natural das coisas, na morte no seu tempo certo, sem a utilização de meios desproporcionais e extraordinários para prolongar a vida (ou o processo de morte) do paciente que, ressalte-se, já encontra-se num quadro cujo diagnóstico é de falecimento inevitável. Todavia, a ortotanásia não se confunde com a eutanásia passiva, posto que nesta, a conduta omissiva do médico, como supramencionado, determina o processo de morte, cuja inevitabilidade ainda não tenha sido estabelecida.

Importante mencionar que, diante das dores físicas e psicológicas sofridas pelo paciente em seu processo de morte, a ortotanásia deve vir acompanhada dos cuidados paliativos, a fim de amenizar o referido sofrimento, com a utilização de recursos adequados, conduta essa amplamente admitida.

Não há dispositivo, dentre aqueles previstos no nosso ordenamento jurídico, que reprova ou penalize, a distanásia ou a ortotanásia. No entanto, o Conselho Federal de Medicina (CFM) considera a prática da distanásia um comportamento antiético, posicionamento esse evidenciado no inciso XXII do Capítulo I, do Código de Ética Médica de 2010, em vigor nos dias atuais.

Em contrapartida, por meio da Resolução 1.805/2006 do CFM, o referido órgão de ética médica regulamentou a ortotanásia, bem como os cuidados paliativos a ela associados. A citada resolução fora objeto de Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, na qual o magistrado entendeu que referida resolução não ofende o ordenamento jurídico vigente, julgando improcedente, na sentença prolatada em 2010, o pedido de nulidade da resolução supramencionada, formulado pelo Ministério Público Federal.⁹

Dessa forma, pode o médico suspender ou limitar tratamentos que prolonguem a vida do indivíduo, sendo permitida a utilização dos cuidados paliativos, para aliviar o sofrimento do paciente.

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Com vistas a garantir o respeito à autonomia privada do paciente, bem como o direito à morte digna, surgiram as diretivas antecipadas de vontade, propostas em 1967 pela Sociedade Americana para a Eutanásia. A primeira legislação que versou sobre o tema foi a *Natural Death Act*, do estado norte-americano da Califórnia, datada de 1977. No entanto, foi a *Patient Self-Determination Act – PSDA*, lei estado-unidense em vigor desde 1991, que tratou do tema com mais profundidade e especificidade, e portanto, é utilizada como referência mundial em no que concerne às diretivas antecipadas de vontade.

As diretivas antecipadas, ou *advanced directives*, constituem-se na manifestação de vontade do indivíduo, capaz, acerca de tratamentos médicos aos quais venha a submeter-se.

Trata-se de um gênero, cujas espécies são o *living will*, traduzido literal e erroneamente para o português como testamento vital, e o *durable power of attorney*, a saber, mandato duradouro.

Tradicionalmente, as diretivas antecipadas são utilizadas por pacientes portadores de doenças terminais, nas quais, comprovadamente, nenhum tratamento levará à cura ou à melhora significativa, mas apenas tardarão a morte do paciente, e portanto, podem ser caracterizados como “tratamentos fúteis”. Válidas se realizados por indivíduo capaz, as diretivas antecipadas versam sobre cuidados médicos que receberá, ou a que não deseja ser submetido, segundo o estilo de vida e valores da pessoa, que produzirá efeitos futuros, a saber, quando o indivíduo não puder manifestar sua vontade em virtude de uma incapacidade superveniente.

⁹ Sentença na íntegra disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em 12/12/2014.

Dessa forma, por meio das diretivas antecipadas, o paciente rechaça a prática da distanásia, escolhendo por não ser submetido a tratamentos desnecessários, e portanto, não dispendo de sua vida, mas optando pela ortotanásia, ante o diagnóstico de sua morte.

Cumpra salientar que consoante as lições de Derick Beyleveld e de Roger Brownsword, para elaborar uma das modalidades das diretivas antecipadas de vontade, não basta que a pessoa possua capacidade civil. São necessárias características especiais que vão muito além da capacidade civil, tais como a habilidade para formar julgamentos e emití-los, habilidade para agir com autonomia, de modo livre e proposital, bem como a presença dessas características no momento exteriorização de sua vontade.¹⁰

O TESTAMENTO VITAL OU BIOLÓGICO NO DIREITO BRASILEIRO

Nada obstante o desenvolvimento e a ampla aceitação das diretivas antecipadas de vontade ao redor do mundo, bem como a relevância do tema, não há no ordenamento jurídico brasileiro legislação acerca das diretivas antecipadas de vontade.

Outrossim, também inexistente dispositivo legal que implique na vedação da utilização das mesmas. Ao contrário, apesar de não permitir expressamente o emprego das diretivas antecipadas, o Direito Brasileiro reconhece a liberdade do indivíduo decidir sobre sua saúde, bem como os tratamentos médicos aos quais aceita se submeter, como é possível verificar da análise do artigo 1º, inciso III, e do artigo 5º, incisos II, III, VI, VIII e X, ambos da Constituição Federal, bem como dos artigos 13, 14 e 15 do Código Civil.

Com tal bússola e adotando a noção horizontal e vertical da dignidade humana, dúvida não há acerca da possibilidade jurídica de utilização das diretivas antecipadas de vontade no Brasil, como uma expressão da autonomia do indivíduo, ora paciente, no que concerne aos tratamentos médicos aos quais deseja ou não ser submetido na terminalidade de sua vida.

Inegável é, todavia, que a ausência de regulamentação das diretivas antecipadas de vontade traz consigo a insegurança, tanto do paciente, no que tange ao efetivo respeito e satisfação da sua vontade, como do profissional da saúde, no que tange a sua eventual responsabilização, e conseqüente aplicação de penalidade, por cumprir as diretivas do paciente. Referida dúvida pode levar o profissional de saúde a se recusar a dar cumprimento ao disposto pelo paciente, e prosseguir com a realização dos procedimentos médicos de praxe.

¹⁰ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de Doutorado, UERJ, 2010. Disponível em: <http://works.bepress.com/leticia_martel/5/>. Acesso em 16.09.2014, p. 218.

No Brasil, a espécie de diretiva mais conhecida é o *living will*, traduzida literalmente como *testamento vital*. Tal tradução não se afigura a mais adequada para simbolizar o documento. Isso porque o termo *testamento* nos remete à noção clássica de testamento, instituto do direito sucessório, o qual possui as características de ser um ato jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável, realizado por pessoa capaz, por meio do qual faz disposições, de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, que produzirá efeitos somente após a morte do testador.¹¹

Já o testamento vital, afigura-se como um negócio jurídico, também unilateral, personalíssimo e revogável, de cunho extrapatrimonial, realizado por pessoa capaz, capacidade essa acompanhada das especificidades já mencionadas no tópico anterior. O indivíduo, que deverá manifestar sua vontade, livre, informada e consciente, previamente à situação de terminalidade, disporá acerca dos tratamentos aos quais deseja ou não submeter-se, em uma eventual incapacidade, em decorrência da qual não poderá manifestar sua vontade. Como bem assinala Paulo Bernardo Lindoso e Lima, a diretiva antecipada é o conteúdo, e o testamento vital, por sua vez, é forma e formalização dessa.¹²

Eis a grande diferença do *living will* para os tradicionais testamentos regidos pelo direito sucessório. Estes somente produzirão efeitos após a morte do testador, enquanto aquele, por sua vez, terá eficácia *ante mortem*, quando o paciente, ora testador, ainda estiver com vida, tratando-se, pois, de um testamento para a vida. Por essa razão, Luciana Dadalto¹³ propõe que o Testamento Vital passe a ser denominado no Brasil de *Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal*, sugestão que vem sendo cada vez mais aceita, por expressar melhor sua natureza.

Dessa forma, o testamento vital produzirá efeitos quando o indivíduo, ainda em vida, estiver incapaz de exteriorizar seu desejo acerca de cuidados médicos, momento em que, em respeito à autonomia privada, suas diretivas antecipadas de vontade, constantes de seu testamento vital, prevalecerá sobre qualquer manifestação de vontade emanada de terceiro que disponha acerca de matéria já abordada na manifestação prévia do paciente, vez que essa possui força jurídica e eficácia *erga omnes*, vinculando, inclusive, os médicos. Com isso, evita-se a judicialização do direito à morte digna. Nesse contexto, a doutrina aponta três limites ao testamento vital: (1) objeção de consciência do médico, (2) a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, e (3) disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento, superadas pelo avanço da medicina.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76-77.

¹² LIMA, Paulo Bernardo Lindoso Lima. Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: a tutela efetiva do direito à morte digna. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas. v. 14, n.1/2, p. 61-115, jan.-dez. 2013, p. 91/92.

¹³ DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). Revista de Bioética y Derecho. n. 28. p. 61-71, maio/2013, p. 63-64

Importante esclarecer que, quando do estudo do testamento vital, deve-se ter em mente que a não-intervenção desejada pelo paciente não é uma forma de eutanásia, pois não provoca ou acelera a morte. Esse desejo externado pelo paciente representa, sim o reconhecimento da morte como elemento da vida humana, vez que todo ser humano é mortal. Além disso, é humano deixar que a morte ocorra em seu tempo natural, sem a utilização de recursos que prolonguem, inutilmente, o sofrimento do paciente.¹⁴

Por ser a modalidade de diretiva mais conhecida no país, o testamento vital, ou declaração prévia de vontade do paciente terminal é por vezes utilizado de forma equivocada, com a inclusão, no mesmo documento, de disposições acerca de tratamentos médicos, assim como a nomeação de um procurador de cuidados de saúde. No entanto, sabe-se que a *PSDA* estabeleceu documentos diversos para as disposições dessas respectivas naturezas – tratamentos médicos e procurador de cuidados de saúde -, quais sejam, o *living will* (testamento vital), e o *durable power of attorney for health care* (mandado duradouro), além das *diretivas antecipadas de vontade*, que contemplam, no mesmo documento, o testamento vital e o mandado duradouro.

Ressaltando a atuação do paciente não apenas como aquele que espera, mas como um cliente, que decide conjuntamente com seu médico, bem como a necessidade da utilização das diretivas antecipadas, como forma de exteriorização da vontade do paciente, entrou em vigor em 2010 a Resolução 1.931/09, a saber, o novo Código de Ética Médica, o qual dispôs:

“Capítulo I [...]

XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

[...]

É vedado ao médico:

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

[...]

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.”¹⁵

¹⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.*, p. 559.

¹⁵ Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. *op. cit.*, p. 36, 47, 51.

Ainda, tendo em vista a necessidade de normatização da matéria, o CFM, com vistas a suprir a lacuna legislativa existente, elaborou a Resolução 1995/2012. Nela, foi fornecido o conceito de diretivas antecipadas de vontade, bem como estabelecidas diretrizes de conduta dos profissionais de saúde ao lidarem com as mesmas, e ainda, a indicação de a quem recorrer quando a manifestação de vontade do paciente não for conhecida.

Semelhantemente à Resolução 1.805/06, a Resolução 1995/12 também foi alvo da Ação Civil Pública nº 0001039-83.2013.4.01.3500. Em tal caso, a decisão judicial indicou que a Resolução editada pelo CFM não extrapolou os limites de sua regulamentação e, tampouco, feriu o ordenamento jurídico, ao fundamento de que ante a ausência de norma sobre a matéria, as diretivas antecipadas de vontade não são vedadas pelo Direito Brasileiro. Com tal norte, a decisão não agasalhou positivamente os pedidos que se fundamentavam nas supostas inconstitucionalidade e ilegalidade da referida resolução.

Saliente-se, ainda, que a referida decisão asseverou que a família e Poder Público podem recorrer ao Poder Judiciário caso se oponham às Diretivas Antecipadas do paciente, ou na hipótese de desejarem responsabilizar os profissionais de saúde por eventual ilícito. Essa afirmação trouxe consigo, uma verdadeira insegurança jurídica quanto ao respeito da vontade do paciente, assim como no que concerne ao respaldo que a diretiva de vontade confere (ou deveria conferir) aos profissionais de saúde, em sua atuação com vistas a dar efetividade à autonomia do paciente.

No entanto, o testamento vital não serve como excludente de ilicitude para as condutas que configuram a eutanásia ou o auxílio ao suicídio, devendo servir apenas para evitar a distanásia, consoante as disposições “testamentárias”, que reforçam o desejo do indivíduo ter uma morte digna, com a prática da ortotanásia.¹⁶

Reconhecida a importância da regulamentação do testamento vital ou biológico, foi editado o Enunciado 528 da V Jornada de Direito Civil, em 2012, que ao dispor acerca da interpretação dos artigos 1.729, parágrafo único, e 1.857, ambos do Código Civil, assevera que:

“É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado ‘testamento vital’, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.”

No mesmo sentido foi editado o Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, realizada em 2014. Vejamos:

¹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.*, p. 560.

“As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.”

AS FORMALIDADES DO TESTAMENTO VITAL

Como é possível verificar, o enunciado nº 37 da Jornada de Direito da Saúde não apenas abordou as diretivas antecipadas de vontade, como também estabeleceu as formalidades com as quais deverá ser realizada. Anteriormente, buscava-se na doutrina e legislação estrangeiras conceitos acerca dos institutos aqui mencionados, com vistas a delimitá-los e estabelecer os requisitos formais dos mesmos.

Com isso, está consolidado que as diretivas antecipadas devem ser realizadas *preferencialmente* por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, *sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito*.

Por essas disposições, é admitida, por exemplo a manifestação equivalente ao testamento de emergência, previsto no artigo 1.879 do Código Civil, escritos em situações de urgência, que não possibilitam que o testador faça o testamento de forma ordinária, seja ela pública ou particular. Aqui, o documento deve ser escrito de próprio punho e assinado pelo paciente, dotado das especificidades ligadas à capacidade, sendo dispensada a subscrição de testemunhas, ante a urgência do caso. Aplicar-se-ia, por exemplo, ao paciente terminal em seu leito de morte, com consideráveis chances de vir a ficar inconsciente antes dessa.

Nessas situações, os testamentos ficam sob condição suspensiva, devendo ser ratificados pelo testador quando e se a situação de emergência for superada. Se houver dúvida quanto à verossimilhança das disposições com o estilo de vida adotado pelo paciente, ou mesmo da veracidade do documento e da presença dos requisitos atinentes à capacidade do indivíduo, o mesmo poderá ser judicializado, para ratificação do Juiz, assim que dele os médicos ou a família tomarem conhecimento, em caráter de urgência.

Ainda, é admitida a manifestação oral de vontade do paciente para o médico, que, de acordo com a Resolução 1995/12 do CFM, deverá registrá-la em prontuário.

No entanto, o enunciado do CNJ não tratou de (eventual) prazo decadencial (ou de outra natureza jurídica) do testamento vital, razão pela qual, atualmente, deve prevalecer as diretivas emanadas na oportunidade em que o titular do direito pôde manifestar-se de forma válida, ainda que anos antes da situação no qual o testamento vital produzirá sua eficácia.

Contudo, tendo em vista que o ser humano não se constitui num núcleo rígido, e pode mudar constantemente de opinião de acordo com as experiências que vive, e sendo o testamento vital revogável ou modificável a qualquer tempo, Deryck Beyleveld e Roger Brownsword sugerem que sejam criados prazos para a revalidação desses instrumentos, de modo a ampliar a margem de segurança e manter a atualidade de suas disposições.¹⁷ Paulo Bernardo Lindoso Lima, por sua vez, é um pouco mais específico ao defender a aplicação, no Brasil, do prazo decadencial adotado em Portugal, qual seja, de 05 (cinco) anos, cuja contagem será reiniciada a cada averbação, e decorrido o prazo sem ratificação ou modificação pelo paciente, o testamento vital torna-se inválido.¹⁸

De fato, a estipulação de um prazo mostra-se necessária a fim de aumentar a segurança de que a vontade a ser respeitada quando o paciente estiver incapaz representa, de fato, o desejo que o mesmo possuía momentos antes de sua incapacidade.

Por fim, entendemos que, quanto maior a formalidade do documento, maior é a sua veracidade e sua confiabilidade. Portanto, mesmo admitindo-se o testamento particular, subscrito por duas testemunhas, recomendamos que o mesmo seja registrado em cartório, ainda que na forma de testamento cerrado.

MANDATO DURADOURO

O mandato duradouro, instrumento que, assim como o testamento vital, possui como conteúdo diretivas antecipadas de vontade, volta-se a nomear uma ou mais pessoas, em ordem de preferência, como procuradores para cuidados de saúde, com poderes representativos que serão exercidos quando o paciente estiver incapaz, e por conseguinte, não puder mais manifestar sua vontade. Trata-se de negócio jurídico formal e escrito, unilateral, personalíssimo, revogável e modificável a qualquer tempo.

Ressalte-se que é perfeitamente possível que o paciente faça o testamento vital e o instrumento de mandato duradouro simultaneamente, em instrumentos autônomos, ou em um mesmo instrumento, chamado *diretiva antecipada de vontade*.

Ainda, a manifestação emanada do procurador somente será válida se, além de o paciente estar num estado de incapacidade de exarar sua vontade, versar sobre tratamento médico acerca do qual o paciente não se manifestou em eventual diretiva antecipada. Caso contrário, prevalecerá a vontade do paciente sobre a de seu procurador.

¹⁷ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *op. cit.*, p. 263-264.

¹⁸ LIMA, Paulo Bernardo Lindoso Lima. *op. cit.*, p. 95-96

DECISÕES ACERCA DE OUTRAS QUESTÕES QUE TANGENCIAM A TERMINALIDADE DA VIDA

É certo que, na terminalidade da vida de um indivíduo, embora as questões que versem acerca dos cuidados médicos aos quais o mesmo será ou não submetido afiguram-se como uma das mais importantes e qual talvez cause maior insegurança e temor no paciente. Contudo, a despeito de sua relevância, a reflexão e escolha de quais tratamentos será submetido não é a única que circunda a vida de um paciente terminal.

Assim como em seu cotidiano anteriormente à doença terminal, o paciente continua tendo que lidar com diversas questões em seu dia a dia, e tomando decisões a seu respeito. E certamente, esses assuntos não desaparecem com a superveniência da incapacidade do indivíduo.

Por referidas circunstâncias serem das mais diferentes naturezas, a depender das funções desempenhadas pela pessoa na sociedade e em sua família, elencamos três que certamente estão envolvidas no conjunto de decisões que a maioria dos indivíduos já ponderou a respeito, e quiçá, efetivamente se posicionaram, principalmente quando sua vida, sabidamente, está próxima do fim, buscando esclarecer sua relação com as diretivas antecipadas de vontade. São elas: a doação de órgãos, disposições acerca do velório e do enterro do indivíduo, abarcadas pela cláusula codicilar, e as questões patrimoniais.

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

A Lei 9.434/97, que dispõe acerca da doação de órgãos e tecidos, erroneamente, privilegia a vontade da família, em detrimento do desejo do potencial doador.

Embora já tenha sido elaborado enunciado no sentido de privilegiar-se a autonomia do doador, na V Jornada de Direito Civil, é certo que tal recomendação interpretativa não cria uma vinculação dos profissionais que lidam com o tema, não gerando, portanto, a obrigatoriedade de respeito, preferencialmente, à vontade do potencial doador sobre à vontade de seus familiares. Por essa razão, na prática médica, a valorização do desejo familiar continua prevalecendo sobre a do paciente, manifestada em vida, nas situações em que há divergência de opiniões, como forma, inclusive, de resguardar os médicos de eventual responsabilização por terem realizado a retirada de órgãos contrariamente à vontade da família, ainda que em atendimento à vontade previamente manifestada pelo paciente.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges afirma ser possível elaborar disposições, no testamento vital, acerca da vontade ou recusa em doar órgãos.¹⁹

¹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.*, p. 566.

Com a devida vênia, no aspecto formal (que é importante para a edificação lídima de institutos de pouca tradição), não nos parece que tal questão (doação de órgãos) deva ser tratada no âmbito do testamento vital. Isso porque, como já exposto neste trabalho, o testamento vital trata-se de instrumento destinado a produzir efeitos *ante mortem*, ou seja, enquanto o paciente, mesmo incapaz, estiver vivo. Com sua morte, cessada está a eficácia do testamento vital.

Assim, de forma diversa ao âmbito do testamento vital (pelo menos em seu sentido mais estrito), tanto a doação (retirada) dos órgãos, como a autorização para realização de tal procedimento ocorrem posteriormente à constatação, por meio dos exames clínicos e complementares previstos na Resolução 1480/97 do CFM, da morte encefálica do paciente, ou seja, em momento, como exposto, em que o testamento vital não produz mais efeitos. Dessa forma, incluir no testamento vital disposições acerca da vontade de doar ou não seus órgãos vai contra a própria natureza do instituto.

Ressalte-se que o testamento vital sequer poderia ser utilizado para dispor acerca da doação ainda em vida, posto que a retirada de um órgão de paciente terminal, e principalmente inconsciente (situação na qual o testamento vital poderia ter eficácia), poderia implicar em risco para sua integridade e grave comprometimento de suas funções vitais, o que, de acordo com o artigo 9º da Lei 9.434/97, impede a doação *inter vivos*.

Caso o indivíduo deseje dispor acerca da sua vontade em doar seus órgãos poderia fazê-lo por qualquer meio de manifestação de vontade, sendo essa preferencialmente escrita e registrada em cartório, a fim de conferir maior confiabilidade à manifestação.

Em respeito à autonomia privada do indivíduo e à primazia da manifestação de vontade do potencial doador, poderia, ainda, eventual disposição acerca da doação de órgãos em testamento vital ser respeitada e produzir efeitos, posto que o paciente trouxe ao conhecimento de outros, mesmo que por meio de instrumento que, a nosso ver, não se afigura o mais adequado para tanto, sua vontade em doar ou não seus órgãos após a morte.

No entanto, deve se ter em mente que, em virtude de previsão legal, os profissionais de saúde ainda tem dado preferência à manifestação da família. Dessa forma, considerando que o que de fato vincula o indivíduo é aquilo que está normatizado, é essencial, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, que a família do potencial doador saiba a vontade do indivíduo e a respeite, pois ainda cabe a ela a decisão de autorizar ou não ato de tamanha solidariedade.

Não se pode olvidar, todavia, a necessidade de alteração legislativa nesse sentido, com vistas a zelar pela dignidade humana como autonomia privada, respeitando, acima da vontade de seus entes, a vontade do paciente, nesse caso, potencial doador de órgãos.

CLÁUSULA CODICILAR

O codicilo consiste em ato de última vontade, no qual o testador irá formular disposições de pequeno valor, tais como deixar bens de pouca monta, como roupas, relógio ou joias de pequeno valor e de seu uso pessoal e fazer deliberações acerca de seu velório e enterro.²⁰

Apesar de alguns doutrinadores admitirem a possibilidade de inclusão da cláusula codicilar no testamento vital, e de essa inserção já ter sido verificada na prática, é certo que mencionadas disposições destinam-se a produzir efeitos *post mortem*.

Assim, com base nos argumentos utilizados para a vedação de disposição acerca da doação de órgãos, entendemos pela impossibilidade da utilização da cláusula codicilar no testamento vital. É certo que sua inclusão nesse instrumento iria contra a própria natureza do instituto, a saber, produzir efeitos em vida para o paciente.

Dessa forma, se houver o desejo de edição de cláusula codicilar, a mesma pode ser incluída no testamento civil, ou poderá, ainda, o paciente, elaborar um testamento codicilo, previsto nos artigos 1.881 a 1.885 do Código Civil.

De todo modo, caso sejam observadas cláusulas codicilares em ambiente de testamento vital, deverá o interprete depurar os regramentos, pois na realidade trata-se cumulação – de forma inadvertida – no mesmo corpo documentado de dois institutos que não se confundem, quais sejam, o testamento vital e o codicilo.

QUESTÕES PATRIMONIAIS

No que concerne ao patrimônio do indivíduo, no contexto da terminalidade da vida a questão mais pertinente refere-se ao planejamento sucessório, decidindo como ocorrerá a divisão de seus bens entre seus herdeiros, sejam eles legítimos ou testamentários.

Além disso, ante a iminência de possível estado de incapacidade, vem a preocupação acerca de quem irá gerir seu patrimônio durante esse período.

No primeiro caso, dúvida não há de que o instrumento adequado a realizar a sucessão entre os herdeiros do indivíduo é o testamento civil, com efeitos *post mortem*, não podendo essas disposições, de maneira nenhuma, serem feitas através do testamento vital.

Quanto à nomeação de um gestor do patrimônio do paciente, há que se tecer algumas considerações.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*, p. 86.

A CURATELA E A POSSIBILIDADE DE ESCOLHA DO CURADOR

Inicialmente, sobrevindo estado de incapacidade sobre alguém, será invocado o instituto do direito civil da curatela, a qual é supletiva da capacidade de pessoa maior de idade, e dura enquanto perdurar a incapacidade, exigindo-se a certeza dessa. Consiste na delegação de responsabilidade, inicialmente do Estado, pelo incapaz a pessoa capaz e idônea.²¹

Nos casos elencados no artigo 1.767 do Código Civil, dentre eles os que envolvem pessoas que, em virtude de enfermidade, não possuem o necessário discernimento dos atos da vida civil, há a necessidade da instauração de um processo de interdição, a fim de declarar a incapacidade do indivíduo, bem como lhe nomear um curador, cujo rol preferencial encontra-se no artigo 1.775 da mencionada legislação.

No entanto, poderia a pessoa escolher um futuro curador, para eventual situação de incapacidade?

Para se responder a essa indagação, deve se ter em vista que a autonomia privada do indivíduo, intimamente ligada a sua dignidade, autoriza a tomada de decisões, bem como a formulação de diretrizes de acordo com a sua vontade e estilo de vida, como já demonstrado neste trabalho. Além disso, a dignidade humana como autonomia é o principal fundamento das diretivas antecipadas de vontade, nas quais poderá o indivíduo manifestar sua vontade acerca dos tratamentos médicos aos quais deseja ou ser submetido, através do testamento vital, e do mesmo modo, nomear um procurador de cuidados de saúde, que tomará decisões acerca dos procedimentos (que afigurem-se fúteis, ante o diagnóstico de morte do paciente) que porventura não tenha se manifestado, por meio do mandato duradouro.

Isto posto, é perfeitamente possível que o paciente indique um curador, de acordo com sua vontade e que melhor atenda aos seus interesses em eventual incapacidade superveniente.

Deve-se, no entanto, ressaltar que referido curador terá preferência na ordem estabelecida no artigo 1.775, do CC, e cuidará das questões patrimoniais do paciente, na gestão de seus bens e patrimônio, bem como na gestão de empresa a qual tenha como responsável o paciente incapaz, se assim ele dispuser. Pode, ainda, o indivíduo, dispor acerca da maneira como deseja que seu patrimônio seja utilizado com questões relacionadas a sua saúde.

Outrossim, no que concerne à recusa de tratamentos fúteis à melhora do paciente, deve ser utilizado preferencialmente o mandato duradouro, documento apropriado para conferir tais poderes a alguém, nas circunstâncias mencionadas. Na falta desse, melhor seria a nomeação de curador com poderes específicos a salvaguardar a dignidade do paciente em tal conjuntura,

²¹ VIEIRA, Cláudia Stein. Curatela. In: Maria Berenice Dias (org.). Direito das famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 600.

podendo-se, para tanto, recorrer à ordem prevista em lei, qual seja, cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente e irmão para proferir decisões acerca da saúde do paciente.

Há, portanto, a possibilidade de aplicação da ideia de curatela compartilhada, advinda da guarda compartilhada, postura esta que vem sendo admitida pela jurisprudência, consoante verificado da ementa abaixo

“APELAÇÃO CÍVEL. CURATELA COMPARTILHADA. INTERDIÇÃO. NOMEAÇÃO DE CURADOR. INTERDITO PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN. PRETENSÃO DOS GENITORES DO INTERDITO DE EXERCER A CURATELA DE FORMA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. MEDIDA QUE SE COADUNA COM A FINALIDADE PRECÍPUA DO INSTITUTO DA CURATELA. PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO INCAPAZ. PRECEDENTES. 1. A curatela, assim como a tutela, é um munus público a ser exercido na proteção dos interesses do curatelado e de seus bens, incumbindo aos curadores aos curadores, por exemplo, o dever de defesa, sustento e representação do interdito. Assim, **a designação de curador deve se pautar pela prevalência dos interesses do incapaz.** 2. **Nessa perspectiva, revela-se possível o exercício da curatela compartilhada, conforme postulado pelos autores, que são pais do interdito, considerando que, embora não haja regra expressa que a autorize, igualmente não há vedação à pretensão.** [...] ³. Além de se mostrar plausível e conveniente, no caso, a curatela compartilhada bem atende à proteção do interdito, tratando-se de medida que vai ao encontro da finalidade precípua do instituto da curatela, que é o resguardo dos interesses do incapaz, razão pela qual é de ser deferido o pleito. [...]”²²

Note-se que como a curatela compartilhada não pode ser restritiva a noção de extensão de guarda compartilhada, sendo, pois, perfeitamente possível a *curatela conjunta*, em que há nomeação de um curador específico para questões existenciais e outro para questões patrimoniais, com vistas à melhor tutela dos interesses do curatelado.²³

No que tange à formalidade dessa declaração, é indiscutível que não poderá ser feita através do testamento civil. Ainda, entendemos não ser possível sua disposição no testamento vital, vez que o mesmo destina-se a versar sobre tratamentos médicos, assim como o mandato duradouro, que objetiva nomear um *procurador de cuidados de saúde*.

No entanto, a escolha de curador para a gestão do patrimônio do paciente incapaz pode ser inserida no instrumento denominado *diretivas antecipadas de vontade*, o qual consubstancia-se em documento mais abrangente, que comporta, também o testamento vital e o mandato duradouro.

²² Apelação Cível Nº 70054313796, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, j.01/08/2013 – grifo nosso.

²³ MAZZEI, Rodrigo. Curatela compartilhada: exemplo (e possibilidade) de curatela conjunta.). Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, v. 2, p. 179-187, 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta feita, conclui-se que o dever de salvar vidas não significa salvá-las a qualquer custo, devendo os médicos evitar o emprego de tratamentos que comprovadamente não levarão à melhora ou à cura de paciente terminal, cuja inevitabilidade da morte em curto espaço de tempo já fora constatada.

Nesse contexto, a utilização das diretivas antecipadas de vontade no Brasil, nada obstante à omissão legislativa quanto à matéria, é plenamente possível, com fulcro, principalmente, na dignidade humana como autonomia, a qual garante a autodeterminação do indivíduo frente às questões que o cercam.

Cumprido ressaltar, ainda, que a recusa de tratamento realizada na terminalidade da vida através das diretivas antecipadas de vontade e suas espécies, nada mais é do que a recusa de tratamentos que não trarão resultados, considerados fúteis, ou seja, recusa da distanásia, e a opção pela prática da ortotanásia ante o diagnóstico, comprovado, de morte do paciente terminal em curto espaço de tempo, não importando, portanto, em disposição da própria vida.

No entanto, os avanços trazidos pelo Código de Ética Médica, pela Resolução 1995/12 do CFM e, do mesmo modo, pelos Enunciados das jornadas de direito civil e de direito da saúde apesar de significativos, ainda não são suficientes.

Necessária se faz a edição de legislação específica sobre o tema, para sua melhor compreensão e efetiva inserção no cotidiano da sociedade brasileira, e na relação médico-paciente. Ademais, é certo que os contornos do testamento vital, bem como das diretivas antecipadas de vontade, como instrumento, e do mandato duradouro, precisam ser melhor delimitados, não admitindo-se a inclusão de disposição acerca da doação de órgãos e da cláusula codicilar. Contudo, afigura-se perfeitamente possível a inclusão, no documento denominado diretiva antecipada de vontade, de assertiva que verse sobre a gestão do patrimônio do paciente terminal, quando de sua eventual incapacidade superveniente, admitindo-se a inclusão de determinações de cunho patrimonial, inclusive, acerca da maneira como o dinheiro do paciente deve ser utilizado na saúde.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. **Biodireito**: o direito da vida. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v.2. p. 15, ago. 2011.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de (org.). **V jornada de direito civil**. Brasília: CJF, 2012.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida.** Artigo científico, 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-finalvida>. Acesso em 16.09.2014.

BERISTAIN, Antonio. *Bioética y nuevos “deberes” - derechos humanos.* In: Doutrinas Essenciais de Direito Penal. v.6. p.565, out/2010.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente.* In: Revista de Bioética y Derecho. n. 26. p. 22-30, setembro/2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *O testamento vital ou biológico e sua possibilidade no Brasil.* In: Direito de família e sucessões: temas atuais. ... (coord.), p. 551-569.

Conselho Federal de Medicina. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009* (versão de bolso). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.805/2006. Disponível em <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em 12/12/2014.

Conselho Nacional de Justiça. *I jornada de direito da saúde.* São Paulo: Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em 01.12.2014.

DADALTO, Luciana. *Competence x cognition: who can make a living will?* In: Medicine and Law. v. 32. p. 541-548, 2013.

DADALTO, Luciana. *Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal).* Revista de Bioética y Derecho. n. 28. p. 61-71, maio/2013.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Alier Baptista; AMIGO, Andréia Vieira. *A legitimidade do testamento vital.* Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3838, 3 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26316>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

GARCIA, Iberê Anselmo. *Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 67, p.253, jul/2007.

GOMES, Alessandra Dias Baião. *Entre a cruz e a espada: diretivas antecipadas de vontade e o consentimento*. In: Revista IBDFAM : Família e sucessões. v.2 (mar./abr.), p. 23-32. Belo Horizonte : IBDFAM, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das sucessões*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Paulo Bernardo Lindoso Lima. *Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: a tutela efetiva do direito à morte digna*. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas. v. 14, n.1/2, p. 61-115, jan.-dez. 2013.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Curatela compartilhada. In: Nelson Nery Jr., Rosa Maria de Andrade Nery (coord.). *Revista de Direito Privado*. Ano 15, vol. 60, out-dez/2014, p. 279-290.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado, UERJ, 2010. Disponível em: http://works.bepress.com/leticia_martel/5/. Acesso em 16.09.2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana*. In: Ricardo Henry Martins Dip (Org.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 133.

MAZZEI, Rodrigo. Curatela compartilhada: exemplo (e possibilidade) de curatela conjunta.. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, v. 2, p. 179-187, 2014

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. *Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso*. Revista de Direito Privado. v. 41, p.223, ago/2011.

PENALVA, Luciana Dadalto. *As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro*. Artigo científico, 2008. Disponível em: http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/testamento_vital_-_contribuicao.pdf. Acesso em 12.12.2014.

PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. 2009. 185 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Minas Gerais.

PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. In: Revista Bioética. n. 17 (3). p. 523-543, 2009.

PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida – direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Thiago do Amaral. Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14219>. Acesso em 10.12.2014.

SANZ, Carolina Yllera. *¿Cumplimos nuestros deberes respecto a los Documentos de Voluntades Anticipadas?*. In: Revista de Bioética y Derecho. n. 32. p. 82-94, setembro/2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Curatela, diretivas antecipadas e proteção à autonomia da pessoa humana. In: Maria Berenice Dias (org.). *Direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 609-623.

VIEIRA, Claudia Stein. Curatela. In: Maria Berenice Dias (org.). *Direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 559-608.

O PROCESSO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO COMO “ATO JURÍDICO” E O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO COMO “CONTRATO DE PESQUISA”

OTÁVIO GOES DE ANDRADE¹

RESUMO

O presente trabalho deflui de atividades que desenvolvo em dois contextos universitários. O primeiro deles é a Universidade Estadual de Londrina, onde sou professor do Programa de Pós-Graduação em Estudos da Linguagem e membro do Comitê de Ética em Pesquisa Envolvendo Seres Humanos (CEPESH). O segundo contexto é a Pontifícia Universidade Católica de Londrina, onde desenvolvo o trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito intitulado “A construção do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos na ética em pesquisa com seres humanos”, sob a orientação da Prof^a Dr^a Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador. Tendo em vista que o consentimento livre e esclarecido no âmbito da Resolução CNS nº 466/2012 é considerado como um processo que culmina na assinatura do “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido”, entendo que tal processo consubstancia-se como um verdadeiro “ato jurídico”, o qual, por resultar de manifestação da vontade, produz efeitos jurídicos, sendo suscetível a defeitos e vícios que acarretam consequências, como a própria nulidade. Seguindo essa linha de raciocínio, a relação assimétrica inicialmente estabelecida entre o pesquisador e o participante da pesquisa passa a equilibrar-se e a oferecer maior segurança jurídica a partir do momento em que se triangula essa relação com a assinatura do TCLE. Segundo tal perspectiva, o TCLE pode ser entendido, então, como um “contrato de pesquisa”, o qual é, ao mesmo tempo, instrumento de empoderamento e instrumento de proteção do participante da pesquisa, posto que propicia a conscientização sobre sua participação na pesquisa, assim como oferece os argumentos para sua tutela, em casos de descumprimento do que foi acordado no documento, durante as diferentes etapas de desenvolvimento da pesquisa. O CEPESH intermedia essa relação triangulada, atuando para minorar a vulnerabilidade e a hipossuficiência do participante da pesquisa, assegurando, assim, a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Bioética. Pesquisa Envolvendo Seres Humanos. Direito.

INTRODUÇÃO

No item 14 do tópico II da Resolução CNS nº 466/2012, encontra-se a definição do que vem a ser pesquisa envolvendo seres humanos: “[...] pesquisa que, individual ou coletivamente, tenha como participante o ser humano, em sua totalidade ou partes dele, e o envolva de forma direta ou indireta, incluindo o manejo de seus dados, informações ou materiais biológicos [...]”. Nestes termos, para tratar da ética em pesquisa envolvendo seres humanos²,

¹ Doutor em Estudos da Linguagem. Docente do Departamento de Letras Estrangeiras Modernas da Universidade Estadual de Londrina (Paraná-Brasil) desde 1997. Acadêmico do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Londrina. GT IV: Situações emergentes na Bioética. E-mail: goes@uel.br.

² [...] pode-se afirmar como correta e necessária a aplicação dos princípios elencados nas pesquisas com seres humanos, de forma a beneficiá-los, posto que toda pesquisa que os envolva, tanto em função da própria ética

além do princípio da dignidade da pessoa humana³, é necessário conjugar outros princípios e conceitos jurídicos em prol da tutela do participante da pesquisa, quais sejam, o princípio da vulnerabilidade e a condição de hipossuficiência. No contexto das ciências jurídicas, a vulnerabilidade e a hipossuficiência estão estreitamente vinculadas aos campos do Direito do Trabalho e do Direito Consumerista, como demonstrado no quadro a seguir:

Quadro: Vulnerabilidade e Hipossuficiência no âmbito do Direito.

Vulnerabilidade
Situação de desvantagem de um consumidor mais bem informado, com maior discernimento que o mero hipossuficiente. Enquanto este se mostra, na relação de consumo, inferiorizado cultural e, quase sempre, financeiramente, perante o fornecedor, o consumidor vulnerável tem plena consciência de seus negócios de consumo. Nem por isso fica ao desamparo da lei consumerista, já que, por falta de conhecimentos técnicos específicos à respeito de um produto ou serviço, também pode, como o hipossuficiente, ser induzido a erro. Embora sem fazer tal distinção, o art. 4º, I, do CDC (L. 8.078, de 11.9.1990), emprega o termo da seguinte maneira: ‘Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: ... I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo’.
Hipossuficiência
Situação de inferioridade intelectual ou financeira do indivíduo, que a lei procura corrigir mediante tratamento favorecido. Assim, o empregado, o consumidor, o lesado material ou moralmente, inferiorizados pela desigualdade socioeconômica, têm esta desvantagem corrigida pela igualdade ideal, aquela preconizada por Aristóteles na sua epiqueia ou equidade. Na CLT (DL 5.452, de 1º.5.1943) encontraremos vários dispositivos que tutelam o empregado, <i>v.g.</i> arts. 9º e 10, bem como no CDC (L. 8.078, de 11.9.1990), nos arts. 4º, I, 6º [VIII], 46, 47 e 51.

Fonte: Elaborado pelo autor com base em Acquaviva (2013, p. 915 e 458).

Moraes (2001, p. 95-179) propõe a existência de seis tipos de vulnerabilidades: técnica, jurídica, política ou legislativa, biológica ou psíquica, econômica e social, e ambiental. Tais termos podem ser úteis, também, às relações estabelecidas entre os diferentes atores envolvidos na pesquisa, desde que sejam ressignificados com conotações epistemológicas próprias, em especial daquelas advindas do próprio contexto de realização das pesquisas, uma vez que

como em decorrência de vários dispositivos que assim determinam, deve ser realizada para o benefício daqueles que nela se incluem e nunca para o seu sacrifício. Deve-se atrelar a ciência e a pesquisa a uma forma de desenvolvimento em prol do ser humano (de todo ser humano, sem exceções) e que se faça voltada mais para o ser e para uma ética da responsabilidade [...] (GONÇALVES; ARMELIN, 2014, p. 78).

³ O princípio da dignidade da pessoa humana é uma construção intrinsecamente inacabada, que vem sendo erguida ao longo de séculos de história humana, sendo o século XX a época em que se consolidou de maneira mais evidente a necessidade de integrá-lo aos demais princípios vigentes em diferentes ordenamentos jurídicos. A inserção desse princípio no terreno jurídico global alcançou plenitude nas últimas décadas da segunda metade do século XX, momento no qual essa noção se delimitou e consolidou de maneira evidente com o amadurecimento da reflexão acerca de eventos histórico-sociais que flagelaram a humanidade, entre os quais salientam-se as tendências políticas totalitaristas, as atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial, assim como os experimentos científicos médicos e militares levados a cabo em todo o globo, muitos deles conduzidos sem o consentimento de seus participantes, em países considerados democráticos (ANDRADE, 2015, no prelo).

trata-se de um “[...] compromisso moral e da responsabilidade pessoal e intransferível de cada cidadão para com a alteridade. É a visão do semelhante, do outro, principalmente aquele mais vulnerável e desassistido (GARRAFA *apud* ANDRADE; NARVAII; MONTAGNER, 2013, p. 17).

Adotando a perspectiva antes mencionada, além das referências, o presente texto possui quatro partes, a saber: os tópicos um e dois tratam do participante da pesquisa como parte vulnerável e como parte hipossuficiente, respectivamente; o terceiro tópico é dedicado à Resolução CNS nº 466/2012; o quarto tópico trata da temática do Termo de Consentimento Livre de Esclarecido como instrumento de empoderamento; e, nas considerações finais, o caminho percorrido ao longo do trabalho é retomado.

O PARTICIPANTE DA PESQUISA COMO PARTE VULNERÁVEL

Sobre a vulnerabilidade, Feitosa e Melo (2015), ponderam que:

[...] o resgate do cidadão excluído pode ser alcançado pela concretização efetiva do postulado abstrato da dignidade da pessoa humana. O hermenêuta do novo direito privado, para alcançar não apenas os hipossuficientes (vulneráveis declarados tais pelo juiz), precisa abranger também os *hipervulneráveis*, que são os excluídos sociais por questões econômicas, sociais ou culturais, não podendo fazer de conta que todos se encontram igualmente protegidos em sua dignidade humana, quando a realidade mostra situação diversa. Necessita, a rigor, diante da referida ética humanista, reforçar as bases das pontes da construção axiológico-constitucional, pensando construtivamente a (nova) proteção concreta da vulnerabilidade.

Feitosa e Melo (2015) também esclarecem que uma das primeiras autoras a despontar na análise doutrinária da categoria da hipervulnerabilidade, inobstante ainda circunscrita à situação particular dos consumidores, foi Cláudia Lima Marques, ao afirmar que:

[...] há presunção de vulnerabilidade dos consumidores pessoas físicas e as situações de vulnerabilidade potencializada, especial e agravada de alguns consumidores, a chamada hipervulnerabilidade. [...] Em resumo, podemos dizer que a hipervulnerabilidade é o grau excepcional (e ‘juridicamente relevante’) da vulnerabilidade geral dos consumidores (MARQUES, 2014, p. 321-326 *apud* FEITOSA; MELO, 2015).

Partindo do princípio da vulnerabilidade (MARQUES, 2014a; 2014b; 2014c), o participante da pesquisa consubstancia-se, então, como sendo a parte mais fraca da relação jurídica estabelecida com o pesquisador. A vulnerabilidade, como visto, envolve um feixe de significados, dependendo do prisma adotado para sua análise. Por exemplo, os pesquisadores Rauli e Tescarolo (2012) apropriam-se das concepções de Kottow, autor que conceitua a vulnerabilidade como sendo uma dimensão antropológica essencial da existência humana, e

para quem ser vulnerável significa “estar suscetível, ou em perigo de sofrer danos (KOTTOW, 2004, p.72 *apud* RAULI; TESCAROLO, 2012, p. 25)”. Esses mesmos autores esmiúçam a perspectiva de Kottow dizendo que:

[...] os seres humanos, enquanto predispostos a perturbações de ordens diversas, bem como à própria morte, são constitucionalmente vulneráveis, condição denominada pelo autor como vulnerabilidade ‘primária’. Não obstante, além dessa vulnerabilidade básica, intrínseca à existência humana, alguns indivíduos são afetados por circunstâncias desfavoráveis, como a pobreza, a falta de educação, as dificuldades geográficas, as doenças crônicas e endêmicas, entre outras condições adversas. Tais condições os tornam ainda mais vulneráveis (vulnerabilidade secundária). O tipo secundário tem causas específicas, exigindo assim, a busca de soluções específicas e corretivas para sua situação (RAULI; TESCAROLO, 2012, p. 25).

Nesse sentido, o pensamento antes citado corrobora a idéia de Sanches e Gubert (2012, p. 7) de que “[...] em algumas situações, contextos e condições em que o ser humano é exposto à maior vulnerabilidade [...] a vida humana pode ser impactada pelo avanço das pesquisas, pelas transformações e novos contextos no mundo da saúde e áreas afins”. Dessa maneira, a pesquisa com seres humanos deveria contribuir para mitigar a vulnerabilidade e não para acentuá-la ainda mais, não obstante, “[...] quanto mais as sociedades e culturas foram tendo sucesso em libertar as pessoas da vulnerabilidade a forças naturais cruéis, tanto mais aquelas se tornaram vulneráveis a forças estabelecidas por seres humanos (RAULI; TESCAROLO, 2012, p. 26)”. Por sua vez, Sanches e Gubert (2012) propõem a seguinte subdivisão:

Quadro: Tipos de vulnerabilidade.

Vulnerabilidade Existencial
[...] se origina da condição de fragilidade inerente á existência humana, de cada ser vivo, e do próprio planeta. No âmbito da realidade humana as situações de vulnerabilidade existenciais são as que ocorrem independentemente dos contextos sociais, econômicos e culturais.
Vulnerabilidade Social
[...] se origina das estruturas políticas e econômicas, não raramente construídas por um processo histórico injusto que cumulativamente direciona favores e privilégios a determinados grupos à custa de negar os mesmos favores e serviços a outros grupos sociais. Diante da vulnerabilidade social o ser humano se depara com a injustiça social com fortes implicações econômicas, ideológicas e com apelo ao engajamento político.
Vulnerabilidade Moral
[...] surge do processo cultural, que impacta sobre a nossa construção de visão de mundo e escala de valores. Na construção de mundo, além da posição social das pessoas, há muitos outros fatores que impactam fortemente como a religião, os costumes, a arte. Dessa forma, as situações de vulnerabilidade moral são mais difíceis de serem percebidas, pois são alimentadas pelas convicções humanas e por isso são muitas vezes negadas como vulnerabilidades. Em presença da vulnerabilidade moral o ser humano se percebe diante do diferente cultural com marcas religiosas, de costumes e tradições.

Fonte: Adaptado pelo autor com base em Sanches e Gubert (2012, contracapa).

O desenvolvimento de pesquisas envolvendo seres humanos deveria mitigar qualquer tipo de vulnerabilidade de seus participantes.

O PARTICIPANTE DA PESQUISA COMO PARTE HIPOSSUFICIENTE

Além do participante da pesquisa ser vulnerável, em virtude das diferentes classificações antes mencionadas, há uma segunda característica a ser considerada: o participante da pesquisa também é a parte que padece de “hipossuficiência técnica”. Amparo tal afirmação no entendimento de que, dada sua condição, o participante da pesquisa não dispõe dos mesmos conhecimentos técnicos dos quais o pesquisador lança mão na condução da pesquisa em função de sua formação acadêmica de alto nível. Neste sentido, mesmo que o participante seja alguém que tenha elevado grau de escolaridade, na maior parte das vezes, tal escolaridade não corresponde à mesma área de formação do pesquisador. Essa assimetria, que muito provavelmente é um atavismo da relação médico-paciente (BERTI; CARVALHO, 2014, p.16-17)⁴, se acentua ainda mais se o participante é analfabeto ou analfabeto funcional (GARRAFA, 2012, p. 30)⁵, se possui escolaridade incompleta ou se é portador de algum tipo de incapacidade jurídica⁶, seja

⁴ “A relação médico-paciente historicamente se apresentou como uma relação verticalizada, em que o médico tomava as decisões e dirigia o tratamento do paciente, aquele que, como o próprio nome indica, mantinha um comportamento passivo, de mero recebedor dos cuidados. A mesma história, contudo, demonstrou que uma relação tão desigual, constituída a partir da atribuição de um poder semi-absoluto ao sujeito ativo do tratamento, resultava por vezes em abusos inaceitáveis no exercício deste mesmo poder. O doente se reduzia a objeto do tratamento, não mais que um simples beneficiário de atos benéficos, sem direitos e muito menos voz. [...] Diante da verificação de abusos na intervenção cada vez maior sobre os seres humanos, a biociência propõe então uma nova configuração dos papéis dos sujeitos envolvidos em suas relações, com o reconhecimento e valorização da autonomia do sujeito que se submete a um tratamento ou uma pesquisa. Este deixa o seu papel de mero paciente dos cuidados, passando a, junto ao profissional de saúde, ser sujeito ativo em suas relações (BERTI; CARVALHO, 2014, p.16-17)”.

⁵ “Os termos de consentimento informado (TCI), conhecidos no Brasil como termos de consentimento livre esclarecido (TCLE), foram incorporados como obrigatórios na análise de protocolos de pesquisa clínica internacionais, como se todas as pessoas que os assinam fossem autônomas, com exceções conhecidas. Mas são raros os estudos que aprofundam o assunto em situações comuns nos países periféricos como, por exemplo, de analfabetismo funcional- pessoas que não sabem interpretar o que lêem – tema que diretamente se relaciona com a vulnerabilidade social (GARRAFA, 2012, p. 30)”.

⁶ “**Incapacidade jurídica:** “Inaptidão para o exercício de direitos determinados pela lei. Reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos que a lei considera indispensáveis para o exercício de direitos. A determinação da incapacidade leva em conta a idade, o estado, a saúde física ou mental das pessoas. Seu objetivo é zelar por tais pessoas, impedindo o exercício danoso de seus direitos. Pode alguém, então, ser titular de direitos, embora não possa exercê-los pessoalmente. A incapacidade pode ser absoluta ou relativa. A incapacidade absoluta impede a pessoa de praticar qualquer ato jurídico, pois, sendo este uma declaração de vontade, deve ser livre e consciente. Em face disso, o art. 166, I, do CC comina a pena de nulidade ao negócio jurídico praticado por absolutamente incapaz. O absolutamente incapaz será, portanto, representado, no exercício de seus direitos, por outra pessoa, pai, tutor ou curador, conforme o caso. Quanto ao relativamente incapaz, poderá praticar atos jurídicos, desde que assistido pelo pai, tutor ou curador. Sendo a inaptidão do relativamente incapaz menos considerável, a lei permite que ele exerça seus direitos com a assistência de um terceiro. Note-se bem, portanto, enquanto os absolutamente incapazes são representados, os relativamente

ela absoluta⁷ ou relativa⁸, permanente ou transitória.

No próximo tópico, tratarei da Resolução CNS nº 466/2012, documento este que será detalhado à luz dos referidos princípios.

RESOLUÇÃO CNS Nº 466/2012

A resolução CNS nº 466/2012 foi aprovada pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde⁹ em sua 240ª Reunião Ordinária, celebrada nos dias 11 e 12 de dezembro de 2012, substituindo a Resolução CNS nº 196/96, vigente até então. Em seu texto foi levado em consideração o respeito pela dignidade humana [grifo meu] e pela especial proteção devida aos participantes das pesquisas científicas envolvendo seres humanos, assim como o desenvolvimento e o engajamento ético, que é inerente ao desenvolvimento científico e tecnológico.

A referida resolução tem como substrato também os documentos que constituem os pilares

incapazes são, simplesmente, assistidos, de forma que o ato jurídico celebrado pelo relativamente incapaz é apenas anulável: CC arts. 3º, 4º, 166, I, e 171, I (ACQUAVIVA, 2013, p. 478)”.
7

7 **“Incapacidade absoluta:** Assim se diz a incapacidade que impede a pessoa de participar de qualquer ato jurídico. E, assim, inteiramente afastada de qualquer atividade jurídica, não se reconhecendo a menor validade legal aos atos que possa praticar. A incapacidade absoluta é, no entanto, suprida pela representação legal, em virtude da qual, em nome dos incapazes, se praticam os atos jurídicos a que devam comparecer ou do quais devam participar. São argüidos de incapacidade absoluta, pelo que não podem praticar ou exercer, pessoalmente, qualquer ato da vida civil, comercial ou processual, os menores de 16 anos, os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática destes atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (art. 3º do Cód. Civil/2002). A representação legal se promove por intermédio dos pais, dos tutores ou dos curadores, sendo que os poderes de representação, que lhes são deferidos, encontram-se fundados e consignados na própria lei. E os atos que praticarem sem ser por intermédio deles são nulos pleno jure e tidos como inexistentes, sem qualquer eficácia jurídica, portanto. (ngc)” (SILVA, 2014, p.729-730).

8 **“Incapacidade relativa:** É a incapacidade parcial, ou seja, a que não impede que a pessoa possa praticar certos atos jurídicos ou da vida civil, quando permitido por lei ou autorizado por quem, legalmente, compete assisti-la. Opõe-se, assim a incapacidade absoluta, que é total. Consideram-se incluídos na capacidade relativa: a) Os maiores de 16 anos e os menores de 18 anos; b) Os pródigos; c) Os excepcionais sem desenvolvimento mental completo; d) Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido; e) Os falidos, declarados por sentença, quanto aos interesses, direitos e obrigações da massa. São anuláveis os atos praticados pelos relativamente incapazes, quando não assistidos por quem de direito, desde que lhes era vedado a sua prática ou execução. Sobre incapacidade relativa, vide art. 4º, incisos e parágrafo único, do Cód. Civil/2002. (ngc)” (SILVA, 2014, p. 731)”.
9

9 Há um GT no âmbito do CONEP cuja meta é elaborar uma resolução que respeite a diversidade paradigmática e teórico-metodológica das Ciências Sociais e Humanas, mantendo o foco na promoção e proteção dos direitos humanos e nas liberdades fundamentais dos participantes de pesquisa. Há uma carta circular encaminhada em 03/07/2014 contendo informações sobre o referido GT. Tal resolução pode, inclusive, gerar a formação de novos comitês em instituições nas quais já exista um CEPESH. Sobre essa questão, Almeida (2000, p. 13) pontua que “[...] os chamados CEPs, são criados nas entidades de ensino e pesquisa, podendo coexistir mais de um CEP na mesma instituição, de acordo com suas próprias necessidades e critérios (Resolução CNS 196/96) [atual 466/2012]”.

do reconhecimento e da afirmação da dignidade, da liberdade¹⁰ e da autonomia¹¹ do ser humano, como o Código de Nuremberg, de 1947, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assim como os documentos internacionais recentes, os quais são considerados como o reflexo das grandes descobertas científicas e tecnológicas alcançadas nos séculos XX e XXI:

- Declaração de Helsinque, adotada em 1964 e suas versões de 1975, 1983, 1989, 1996 e 2000;
- Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966;
- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966;
- Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997;
- Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 2003; a Declaração Universal sobre Bioética¹² e Direitos Humanos, de 2004.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), também emoldura a proposição da resolução CNS nº 466/2012, como se pode ver a seguir:

[...] a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, cujos objetivos e fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político e os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir

¹⁰ Silva (2014, p. 849-850) assim define o termo **liberdade**: “[...] do latim *libertas*, de *liber* (livre), indicando genericamente a condição de livre ou estado de livre, significa, no conceito jurídico, a faculdade ou o poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas. A liberdade, pois, exprime a faculdade de fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir a qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando não haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se institua princípio restritivo ao exercício da atividade. As regras garantidoras da liberdade promanam, em regra, do Direito Constitucional, que também impõe os casos de sua restrição. O direito de circular livremente (andar), de associar-se, de exercer qualquer profissão, de professar qualquer religião, de pensar livremente, constituem postulados da liberdade. Os romanos a definiam: ‘A liberdade é a faculdade natural de fazer cada um o que deseja, se a violência ou o direito lhe não proíbe’. ‘*Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libert, nisi si quid vi aut jure prohibetur*’ (Cesar da Silveira). Liberdade. No Direito Constitucional, as liberdades públicas, ou simplesmente liberdades, expressam os direitos liberais que são aqueles direitos fundamentais (também chamados direitos humanos ou direitos individuais) a garantir o indivíduo da imiscuição na sua personalidade pelo Estado ou pelos demais integrantes da sociedade; através das liberdades, pretende-se reservar à pessoa uma área de atuação imune à intervenção do Poder”.

¹¹ “A autonomia, capacidade que apresentam os seres humanos de se autodeterminar, é aplicada, na bioética, em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido mais específico, afirma o direito do paciente de decidir sobre tratamentos médicos. Traduz-se, desta forma, na liberdade do sujeito de agir conforme suas vontades e designios, independentemente de amarras e constrangimentos que lhes sejam exteriores. Trata-se de um dos mais fundamentais princípios presentes nas diversas ordens jurídico-normativas, nas quais se sustenta que não existindo regras proibitivas, a conduta do indivíduo é livre, permitida. Nas relações estabelecidas em torno de cuidados de saúde, o espaço conferido à autonomia foi amplamente modificado na história recente, manifestando-se uma tendência geral ao seu alargamento. O conteúdo e extensão a serem dados à autonomia da pessoa no que tange às decisões sobre a sua vida e saúde não alcançam ainda, todavia, um consenso nos meios especializados. Trata-se, pois, de uma noção em transformação (BERTI; CARVALHO, 2014, p. 15)”.

¹² “[...] o papel da bioética constitui, [...], justamente a formação de um substrato de consciência que permita a tomada de decisões verdadeiramente autônomas e o exercício ético das potencialidades que a ciência aporta (BERTI; CARVALHO, 2014, p. 15)”.

o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito, ou de discriminação coadunam-se com os documentos internacionais sobre ética, direitos humanos e desenvolvimento [...].

Além do referido conteúdo, também foram considerados os seguintes aspectos, conforme explicita o quadro a seguir:

Quadro: Considerandos da resolução CNS nº 466/2012.

[...] o progresso da ciência e da tecnologia, que desvendou outra percepção da vida, dos modos de vida, com reflexos não apenas na concepção e no prolongamento da vida humana, como nos hábitos, na cultura, no comportamento do ser humano nos meios reais e virtuais disponíveis e que se alteram e inovam em ritmo acelerado e contínuo;
[...] o progresso da ciência e da tecnologia, que deve implicar em benefícios, atuais e potenciais para o ser humano, para a comunidade na qual está inserido e para a sociedade, nacional e universal, possibilitando a promoção do bem-estar e da qualidade de vida e promovendo a defesa e preservação do meio ambiente, para as presentes e futuras gerações;
[...] as questões de ordem ética suscitadas pelo progresso e pelo avanço da ciência e da tecnologia, <u>enraizados em todas as áreas do conhecimento humano</u> [grifo meu]*;
[...] todo o progresso e seu avanço devem, sempre, respeitar a dignidade, a liberdade e a autonomia do ser humano;
[...] a legislação brasileira correlata e pertinente;
[...] o disposto na Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, do Ministério da Saúde, que impõe revisões periódicas a ela, conforme necessidades nas áreas tecnocientífica e ética.

Fonte: Elaborado pelo autor com base na resolução CNS nº 466/2012.

* Faço esse grifo em virtude de que minhas pesquisas estão inseridas no contexto da grande área de Linguística, Letras e Artes, mais especificamente no âmbito da Linguística Aplicada.

A resolução CNS nº 466/2012 é bastante extensa e abarca todos os aspectos relativos à proposição de protocolos de pesquisa envolvendo seres humanos. Em virtude dos limites deste trabalho, o próximo segmento será dedicado a um dos aspectos da referida resolução, o TCLE.

O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO COMO INSTRUMENTO DE EMPODERAMENTO

Formalmente, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE)¹³ é um construto

¹³ Sobre o consentimento esclarecido no âmbito do exercício da medicina, Oselka (1998, p. 245-246) diz que: "O consentimento do paciente permite ao médico prover cuidados de saúde, e pode ser explícito ou implícito. O consentimento explícito frequentemente ocorre no ambiente hospitalar quando o consentimento escrito ou é verbal é dado para um determinado procedimento. Em muitos encontros médicos, quando o paciente procura o médico para avaliação e tratamento, o consentimento pode ser presumido. As condições de base e as opções de tratamento são explicadas ao paciente e o tratamento é aceito ou recusado. Em emergências médicas, o consentimento para tratamentos necessários à manutenção da vida ou restabelecimento da saúde

do século XX. Berti e Carvalho (2014, p. 17) esclarecem que o TCLE¹⁴, como uma exigência fundamental, foi estabelecido em 1947, com o Código de Nuremberg, e tornou-se norma em 1964, com o advento da Declaração de Helsinque; posteriormente, irradiou-se para “os diversos códigos de ética médica e dispositivos normativos para o meio biomédico”. Essas autoras complementam esse esclarecimento dizendo que a exigência do TCLE¹⁵ “[...] cristaliza esse processo de ressignificação, posicionando a manifestação autônoma do paciente como requisito essencial para que um procedimento seja considerado ético e lícito (BERTI; CARVALHO, 2014, p. 17)”.

O consentimento livre e esclarecido é tratado no âmbito da resolução CNS nº 466/2012 como um processo composto de duas etapas, com vistas à idéia de que:

O respeito devido à dignidade humana [grifo meu] exige que toda pesquisa se processe com consentimento livre e esclarecido dos participantes, indivíduos ou grupos que, por si e/ou por seus representantes legais, manifestem a sua anuência à participação na pesquisa. Entende-se por Processo de Consentimento Livre e Esclarecido todas as etapas a serem necessariamente observadas para que o convidado a participar de uma pesquisa possa se manifestar, de forma autônoma, consciente, livre e esclarecida.

é usualmente implícito, a menos que se saiba que o paciente recusaria o procedimento. A doutrina do consentimento esclarecido vai além da questão do consentimento para um tratamento ou procedimento. Mais do que isso, enfatiza o conteúdo e o processo do consentimento. Requer-se do médico que dê ao paciente suficiente informação para permitir-lhe uma decisão esclarecida sobre como proceder. A informação do médico deve ser compreensível ao paciente, deve ser livre de vieses e deve incluir a recomendação do médico. A concordância do paciente ou de seu representante deve ser livre e sem coação. Quando um paciente não tem capacidade para tomar decisões, ou seja, a capacidade de receber e expressar informação e fazer escolhas de acordo com a informação e com seus valores, um representante adequado deve tomar as decisões em conjunto com o médico. Idealmente, o representante que toma a decisão deve conhecer a preferência dos pacientes e atuar no seu melhor interesse. Quando os pacientes não selecionaram representantes, a prática clínica usual é que os membros da família servem como representantes. Alguns países designam a ordem na qual os membros da família servirão como representantes. Em alguns casos, todos os envolvidos podem concordar que um amigo íntimo é um representante mais adequado que um parente”.

¹⁴ Rooney (2013, p. 209) lembra que “ter o consentimento do paciente antes de realizar uma operação há muito tem sido um requisito ético”. Por exemplo, um cirurgião de navio do século XVII chamado John Woodall “[...] aconselhava os cirurgiões a obter o consentimento informado do paciente ou de seu representante antes de fazer amputações” (ROONEY, 2013, p. 209). Por sua vez, um litotomista grego, profissional especialista na remoção de cálculo na bexiga por meio de sua incisão, no ano de 1818, ao usar um método tradicional, “exigiu o consentimento assinado do pai de um jovem paciente antes de operar (ROONEY, 2013, p. 209)”.

¹⁵ “[...] A utilização dos termos de consentimento deve ser revista com relação a sua real eficácia, pois nos países periféricos pessoas socialmente vulneráveis assinam documentos sem conhecimento pleno das circunstâncias e conseqüências de seu ato. Além disso, estudos multicêntricos internacionais e complexos com novos medicamentos geralmente apresentam termos de consentimento longos, alguns chegam a ter mais de vinte páginas, fato observado pelo autor e corroborado informalmente por diversos integrantes de comitês de ética de pesquisa em todo o País. Estes documentos revelam-se absolutamente incompreensíveis ao cidadão comum, o que obstaculiza a compreensão exatamente dos mais interessados- os sujeitos da pesquisa. Proposições futuras da bioética devem caminhar no sentido de que esses termos de consentimento sejam substituídos por formas mais simples, diretas e eficazes de controle por meio de comitês de ética devidamente treinados, realmente independentes, ativos e presentes ao longo de todo o processo das pesquisas e não somente no julgamento inicial do protocolo – como costuma ocorrer em grande parte dos casos, por exemplo, nos comitês credenciados no Brasil (GARRAFA, 2012, p. 31)”.

A etapa inicial do Processo de Consentimento Livre e Esclarecido é a do esclarecimento ao convidado a participar da pesquisa, ocasião em que o pesquisador, ou pessoa por ele delegada e sob sua responsabilidade, deverá:

Quadro: Esclarecimento ao convidado a participar da pesquisa.

A
buscar o momento, condição e local mais adequados para que o esclarecimento seja efetuado, considerando, para isso, as peculiaridades do convidado a participar da pesquisa e sua privacidade;
B
prestar informações em linguagem clara e acessível, utilizando-se das estratégias mais apropriadas à cultura, faixa etária, condição socioeconômica e autonomia dos convidados a participar da pesquisa;
C
conceder o tempo adequado para que o convidado a participar da pesquisa possa refletir, consultando, se necessário, seus familiares ou outras pessoas que possam ajudá-los na tomada de decisão livre e esclarecida.

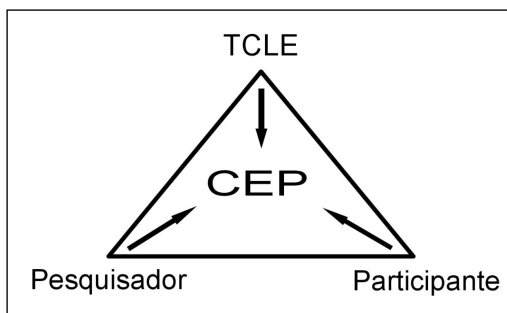
Fonte: Elaborado pelo autor com base na Resolução CNS nº 466/2012.

Superada a etapa inicial de esclarecimento, o pesquisador responsável, ou pessoa por ele delegada, deverá apresentar, ao convidado para participar da pesquisa, ou a seu representante legal, o TCLE para que seja lido e compreendido, antes da concessão do seu consentimento livre e esclarecido. Destarte, a relação assimétrica estabelecida entre pesquisador e participante da pesquisa passa a ser mais equilibrada e a oferecer maior segurança jurídica a partir do momento em que começa o processo de consentimento livre e esclarecido, sendo a assinatura do TCLE a celebração do "contrato de pesquisa" (ANDRADE, 2015a; 2015b).

O TCLE como contrato de pesquisa é, ao mesmo tempo, instrumento de empoderamento e instrumento de proteção do participante da pesquisa, posto que o TCLE propicia uma conscientização de sua participação na pesquisa e oferece os argumentos de tutela do participante em casos de descumprimento do que foi acordado por meio do documento durante as diferentes etapas de desenvolvimento da pesquisa, sendo o CEPESH a instância intermediadora dessa relação triangulada, tuteladora da dignidade da pessoa humana, na qual são co-responsáveis também a sociedade, como um todo, e os pesquisadores proponentes das pesquisas (BERTI; CARVALHO, 2014, p. 19)¹⁶, como demonstrado por meio da imagem a seguir:

¹⁶ "As pesquisas na área biotecnológica passam a ser realizadas com base em protocolos escritos a fim de se resguardar o seu caráter ético, que não se sustenta sem que os participantes sejam devidamente informados acerca dos procedimentos, confirmando em seguida sua adesão. Acompanhados e fiscalizados de perto pelos comitês de ética formados nas diversas instituições, e pela sociedade como um todo, aos pesquisadores é exigido comprometimento com a proteção da dignidade da pessoa humana como fim último da sua ação

Ilustração: Relação triangular intermediada pelo CEPESH.



Fonte: Concebido e elaborado pelo autor.

O processo de consentimento livre e esclarecido, nestes termos, reveste-se das características de um verdadeiro “ato jurídico”, como se pode depreender do quadro que segue:

Quadro: Definição de “ato jurídico”.

Dicionário Jurídico Acquaviva
Ato que resulta de manifestação da vontade, produzindo efeitos jurídicos. É suscetível de defeitos, vícios, que acarretam conseqüências, como a própria nulidade. No plano do direito positivo, o CC usa expressão negócio jurídico (arts. 104 e SS.), determinando que a validade do negócio jurídico requer: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou defesa em lei. Mostram-se viciados os seguintes atos jurídicos: 1. Atos inexistentes, aqueles que, por vício essencial, não chegam a ter existência jurídica possuindo apenas aparência de validade; 2. Atos nulos, que surgem afetados por vício insanável, não produzindo efeito válido entre as partes, pois não se adquire direitos contra a lei. A nulidade, todavia, deve ser reconhecida pelo Judiciário; 3. Ato anulável, aquele em que a vontade da parte se mostra viciada por erro, dolo, coação ou simulação, devendo a anulação ser provocada pelos interessados. Enquanto isto não ocorrer, o ato gerará efeitos. 4. Atos irregulares, aqueles sanáveis, porque as partes não levaram em conta requisito não essencial a sua validade.
Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva
Dentro do conselho que lhe dá a lei civil, assim se entende todo <i>ato ilícito</i> que tenha o objetivo imediato de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Desse modo, o ato jurídico, manifestação da vontade do agente ou de vários agentes, deve estar conforme a essa vontade, ser lícito e ser executado segundo as prescrições de direito. Assim, não estando a vontade do agente manifestada segundo a regra, nem dando a lei amparo ao que se fez, não tem o ato propriedade de atribuir qualquer direito, nem se lhe dá a força de movimentar qualquer relação jurídica. Dele promana toda a imensa e complexa série de contatos e obrigações jurídicas, apontados nas leis civis e comerciais, tomando as modalidades pelas mesmas assinadas. Várias denominações recebem os atos jurídicos, segundo a pessoa que expressa sua vontade, segundo as suas finalidades e, ainda, relativamente aos ônus ou obrigações que deles dimanam. E assim se dizem unilaterais ou bilaterais, onerosos ou gratuitos, <i>inter vivos</i> ou <i>causa mortis</i> , principais ou acessórios, dando-lhes ainda designações indicativas de seu objeto, como contrato, testamento, adoção, legitimação etc. A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e possível, forma prescrita ou não proibida em lei.

Fonte: Elaborado pelo autor com base em Acquaviva (2013, p. 121-122) e Silva (2014, p. 166).

(BERTI; CARVALHO, 2014, p. 19)”.

A liberdade e a consciência do participante devem ser plenas, sob pena de nulidade ao ato jurídico, uma vez que não pode haver nenhum tipo de vício de vontade, na assinatura do TCLE:

[...] o consentimento deve ser necessariamente livre e consciente. Como livre deve ser entendido o consentimento em que o sujeito possua uma precisa representação mental e psíquica da realidade, a dizer, acerca do alcance do ato ou dos atos sobre os quais irá consentir. Livre é também o consentimento que, em sua elaboração, não advier de erro, coação ou qualquer outro procedimento de cunho duvidoso ou ambíguo que possa macular ou limitar a captação das informações ou a liberdade de deliberar e consentir do paciente como um sujeito da própria história. O sujeito do consentimento deverá ser preferencialmente o paciente ou, na falta de alguma das suas faculdades físicas, psíquicas ou mentais, seu representante legal. Em caso de paciente adulto e capaz, não devem ser exigidos qualquer tipo de assentimento de outrem, seja de cunho familiar ou mesmo profissional, no sentido de garantir uma ampla liberdade do paciente [participante da pesquisa] no ato de seu consentimento (SALES, 2009, p. 5).

Caso a pesquisa use dados extraídos diretamente dos participantes, o TCLE como contrato de pesquisa, assim como outros contratos, deve obedecer determinadas formalidades e solenidades. Esse documento é essencial¹⁷ para a triangulação da relação jurídica e os pareceristas dos CEPESH deve analisar se o TCLE proposto está redigido em linguagem apropriada ao perfil do participante da pesquisa, e observam, também, obrigatoriamente, os seguintes itens, segundo os termos da Resolução CNS nº 466/2012:

Quadro: Itens obrigatórios no TCLE.

A
justificativa, os objetivos e os procedimentos que serão utilizados na pesquisa, com o detalhamento dos métodos a serem utilizados, informando a possibilidade de inclusão em grupo controle ou experimental, quando aplicável;
B
explicitação dos possíveis desconfortos e riscos decorrentes da participação na pesquisa, além dos benefícios esperados dessa participação e apresentação das providências e cautelas a serem empregadas para evitar e/ou reduzir efeitos e condições adversas que possam causar dano, considerando características e contexto do participante da pesquisa;
C
esclarecimento sobre a forma de acompanhamento e assistência a que terão direito os participantes da pesquisa, inclusive considerando benefícios e acompanhamentos posteriores ao encerramento e/ ou a interrupção da pesquisa;
D
garantia de plena liberdade ao participante da pesquisa, de recusar-se a participar ou retirar seu consentimento, em qualquer fase da pesquisa, sem penalização alguma;

¹⁷ Outro documento essencial em alguns protocolos de pesquisa é o “Termo de confidencialidade e sigilo”.

E
garantia de manutenção do sigilo e da privacidade dos participantes da pesquisa durante todas as fases da pesquisa;
F
garantia de que o participante da pesquisa receberá uma via do TCLE;
G
explicitação da garantia de ressarcimento e como serão cobertas as despesas tidas pelos participantes da pesquisa e dela decorrentes;
H
explicitação da garantia de indenização diante de eventuais danos decorrentes da pesquisa.

Fonte: Elaborado pelo autor com base na Resolução CNS nº 466/2012.

Além dos itens anteriormente descritos, para as pesquisas que utilizam metodologias experimentais na área biomédica envolvendo seres humanos, a Resolução CNS nº 466/2012 preconiza que o TCLE deve observar, obrigatoriamente, o seguinte:

Quadro: Itens obrigatórios no TCLE em pesquisas experimentais.

A
explicitar, quando pertinente, os métodos terapêuticos alternativos existentes;
B
esclarecer, quando pertinente, sobre a possibilidade de inclusão do participante em grupo controle ou placebo, explicitando, claramente, o significado dessa possibilidade;
C
não exigir do participante da pesquisa, sob qualquer argumento, renúncia ao direito à indenização por dano. O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido não deve conter ressalva que afaste essa responsabilidade ou que implique ao participante da pesquisa abrir mão de seus direitos, incluindo o direito de procurar obter indenização por danos eventuais.

Fonte: Elaborado pelo autor com base na Resolução CNS nº 466/2012.

Segundo a Resolução CNS nº 466/2012, independentemente da área de pesquisa, o TCLE deverá contemplar, ainda:

Quadro: Itens obrigatórios no TCLE para todas as áreas de pesquisa.

A
conter declaração do pesquisador responsável que expresse o cumprimento das exigências contidas nos itens IV. 3 e IV.4 [da Resolução CNS 466/2012, respectivamente, itens obrigatórios do TCLE e itens obrigatórios do TCLE em pesquisas biomédicas] , este último se pertinente;

B
ser adaptado, pelo pesquisador responsável, nas pesquisas com cooperação estrangeira concebidas em âmbito internacional, às normas éticas e à cultura local, sempre com linguagem clara e acessível a todos e, em especial, aos participantes da pesquisa, tomando o especial cuidado para que seja de fácil leitura e compreensão;
C
ser aprovado pelo CEP perante o qual o projeto foi apresentado e pela CONEP, quando pertinente;
D
ser elaborado em duas vias, rubricadas em todas as suas páginas e assinadas, ao seu término, pelo convidado a participar da pesquisa, ou por seu representante legal, assim como pelo pesquisador responsável, ou pela (s) pessoa (s) por ele delegada (s), devendo as páginas de assinaturas estar na mesma folha. Em ambas as vias deverão constar o endereço e contato telefônico ou outro, dos responsáveis pela pesquisa e do CEP local e da CONEP, quando pertinente.

Fonte: Elaborado pelo autor com base na Resolução CNS nº 466/2012.

Determinados protocolos de pesquisa demandam participantes com restrição da liberdade ou com limitação do esclarecimento necessários para o adequado consentimento. Nesses casos específicos, deve-se, também, observar no TCLE:

Quadro: Itens para participantes com restrição de liberdade ou esclarecimento.

A
em pesquisas cujos convidados sejam crianças, adolescentes, pessoas com transtorno ou doença mental ou em situação de substancial diminuição em sua capacidade de decisão, deverá haver justificativa clara de sua escolha, especificada no protocolo e aprovada pelo CEP, e pela CONEP, quando pertinente. Nestes casos deverão ser cumpridas as etapas do esclarecimento e do consentimento livre e esclarecido, por meio dos representantes legais dos convidados a participar da pesquisa, preservado o direito de informação destes, no limite de sua capacidade;
B
a liberdade do consentimento deverá ser particularmente garantida para aqueles participantes de pesquisa que, embora plenamente capazes, estejam expostos a condicionamentos específicos, ou à influência de autoridade, caracterizando situações passíveis de limitação da autonomia, como estudantes, militares, empregados, presidiários e internos em centros de readaptação, em casas-abrigo, asilos, associações religiosas e semelhantes, assegurando-lhes inteira liberdade de participar, ou não, da pesquisa, sem quaisquer represálias;
C
as pesquisas em pessoas com o diagnóstico de morte encefálica deverão atender seis requisitos: documento comprobatório da morte encefálica; consentimento explícito, diretiva antecipada da vontade da pessoa, ou consentimento dos familiares e/ou do representante legal; respeito à dignidade do ser humano; inexistência de ônus econômico-financeiro adicional à família; inexistência de prejuízo para outros pacientes aguardando internação ou tratamento e possibilidade de obter conhecimento científico relevante, ou novo, que não possa ser obtido de outra maneira;
D
que haja um canal de comunicação oficial do governo, que esclareça as dúvidas de forma acessível aos envolvidos nos projetos de pesquisa, igualmente, para os casos de diagnóstico com morte encefálica;

E

em comunidades cuja cultura grupal reconheça a autoridade do líder ou do coletivo sobre o indivíduo, a obtenção da autorização para a pesquisa deve respeitar tal particularidade, sem prejuízo do consentimento individual, quando possível e desejável. Quando a legislação brasileira dispuser sobre competência de órgãos governamentais, a exemplo da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, no caso de comunidades indígenas, na tutela de tais comunidades, tais instâncias devem autorizar a pesquisa antecipadamente.

Fonte: Elaborado pelo autor com base na Resolução CNS nº 466/2012.

Em se tratando de pesquisa que dependa de restrição de informações aos seus participantes, a Resolução CNS nº 466/2012 determina que tal fato deve ser explicitado e justificado pelo pesquisador responsável ao Sistema CEP/CONEP. No tocante aos dados obtidos a partir dos participantes da pesquisa, a Resolução CNS nº 466/2012 assevera que esses dados não poderão ser usados para outros fins além dos previstos no protocolo e/ou no consentimento livre e esclarecido.

Por fim, nos casos em que seja inviável a obtenção do TCLE ou que sua obtenção “signifique riscos substanciais à privacidade e confidencialidade dos dados do participante ou aos vínculos de confiança entre pesquisador e pesquisado”, a Resolução CNS nº 466/2012 determina que “a dispensa do TCLE deve ser justificadamente solicitada pelo pesquisador responsável ao Sistema CEP/CONEP, para apreciação, sem prejuízo do posterior processo de esclarecimento”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, defendi o “Processo de Consentimento Livre e Esclarecido” como um “ato jurídico” e o “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” como um “contrato de pesquisa”. Nessa perspectiva, além do “princípio da dignidade da pessoa humana”, argumentei que devem ser aduzidos à discussão o “princípio da vulnerabilidade” e a “condição de hipossuficiência” do participante da pesquisa. Sobre essa última noção, apresentei o conceito de “hipossuficiência técnica”. Na esteira desse entendimento, discorri sobre a Resolução CNS nº 466/2012, enfatizando que o “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” é, ao mesmo tempo, um instrumento de empoderamento e um instrumento de proteção do participante da pesquisa, posto que o científica e oferece argumentos para sua tutela, caso se descumpra o conteúdo que foi acordado no contrato, durante o desenvolvimento da pesquisa. Por fim, considerei que os “Comitês de Ética em Pesquisa Envolvendo Seres Humanos” são, por dever de ofício, os intermediadores da relação triangulada que envolve o referido termo, o pesquisador e o participante da pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico acquaviva**. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2013.
- ANDRADE, Flávia Reis; NARVAII, Paulo Capel; MONTAGNER, Miguel Ângelo. Responsabilidade ética no SBBrazil 2010 sob o olhar dos gestores do inquérito populacional. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 47, supl. 3, p. 12-8, 2013.
- ANDRADE, Otávio Goes de. **A construção do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos na ética em pesquisa com seres humanos**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Londrina, Londrina, 2015.
- _____. “Porque gado a gente marca, tange, ferra, engorda e mata, mas com gente é diferente”: da ética em pesquisa com seres humanos. In: **Profissionalização Docente: História, Políticas e Ética**. Editora Pontes: São Paulo: 2015 (no prelo).
- BERTI, Silma Mendes; CARVALHO, Carla Vasconcelos. O papel da bioética na promoção da autonomia do sujeito. In: DALDATO, Luciana (Coord.). **Bioética e diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Prismas, 2014. p. 13-28.
- CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Comissão Nacional de Ética em Pesquisa. **Carta Circular nº. 100/2014/CONEP/CNS/GB/MS**. Texto informativo sobre GT – Pesquisas em Ciências Sociais e Humanas – CONEP. 2014. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/CartaCircular100-2014.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2015.
- _____. **Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012**. Diretrizes e normas regulamentadoras para pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2015.
- FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; MELO, Jeremias de Cássio Carneiro de. **A humanização do direito civil constitucional na perspectiva da defesa dos hipervulneráveis: o caso das pessoas com deficiência mental e a necessária revisão do conceito de incapacidade civil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b767062d418441a0>>. Acesso: 17 maio 2015.
- GARRAFA, Volney. O congresso mundial de 2002, a Declaração da UNESCO de 2005 e a ampliação e politização da agenda bioética internacional no século XXI. In: PORTO, Dora et al. (Org.). **Bioéticas, poderes e injustiças: 10 anos depois**. Brasília: CFM/Cátedra UNESCO de Bioética/SBB, 2012. p. 23-42.

GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis; ARMELIN, Priscila Kutne. Bioética e Direito: uma interseção pelo Biodireito. In: GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo; ARMELIN, Priscila Kutne (Coord.). **Políticas públicas e bioética**. Estudos em homenagem à professora Dr^a. Valéria Silva Galdino Cardin. Massoni Gráfica e Editora: Maringá, 2014. p. 63-83.

MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, n. 95, p.99-145, out. 2014a.

_____. A relativização dos antigos dogmas do direito civil e comercial em face das mudanças sociais e econômicas no mercado: uma introdução socioeconômica. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe Bessa. **Manual de direito o consumidor**. 6 ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014b. p. 46-50.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7 ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014c.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. RT: São Paulo, 2014.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. A vulnerabilidade. In: **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2 ed. Síntese: Porto Alegre, 2001. p. 95-174.

OSELKA, Gabriel. Atualização bibliográfica. **Bioética**, 1998, v.6, n.^o2, p.245-248.

RAULI, Patrícia Maria Forte; TESCAROLO, Ricardo. Bioética, vulnerabilidade e educação. In: SANCHES, Mário Antonio; GUBERT, Ida Cristina. **Bioética e vulnerabilidades**. Champagnat Editora PUCPR / Editora UFPR: Curitiba, 2012. p. 9-29.

ROONEY, Anne. **A história da medicina**: das primeiras curas aos milagres da medicina moderna. M. Books do Brasil Editora Ltda.: São Paulo, 2013.

SANCHES, Mário Antonio; GUBERT, Ida Cristina. **Bioética e vulnerabilidades**. Curitiba: Champagnat; UFPR, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31 ed. (Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes). Editora Forense: Rio de Janeiro, 2014.

O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO CONSENTIMENTO INFORMADO E À AUTONOMIA DA VONTADE NA RELAÇÃO-MÉDICO-PACIENTE: BASES JURÍDICO-FILOSÓFICAS

BRENO PANETTO MORAIS¹

RESUMO

Os avanços da biotecnologia e da engenharia genética, os novos tratamentos médicos, assim como as novas problemáticas relacionadas ao direito à vida e à morte, nas esteiras da bioética, fazem influenciar o Direito na contemporaneidade, no sentido deste precisar decidir casos delicados e específicos, tendo que determinar até onde a ciência poderá agir. Diante dessa recente realidade, o paradigma ético-jurídico de reconhecimento do direito à autonomia da vontade, em contraposição à tutela do Estado, materializada nas decisões jurisdicionais, se mostra compatível com o princípio da Dignidade Humana, preservando neste a autodeterminação individual na decisão sobre a vida e a morte digna. Para justificar o direito à autonomia da vontade na relação médico-paciente e, assim, o reconhecimento do consentimento informado, o presente artigo pretende analisar as discussões e a defesa da liberdade individual à luz do princípio da não intervenção; bem como, analisar o conceito de dignidade humana baseando-se na fundamentação racional desta, como pressuposto da autonomia humana.

Palavras-chave: Biodireito. Autonomia da Vontade. Consentimento Informado.

INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia no âmbito da medicina, com a criação de novos aparelhos sofisticados para tratamentos médicos, a vida passou a ser controlada desde sua concepção até o seu fim. Diante dessa recente realidade, vários pacientes terminais têm sua vida prolongada por meio de aparelhos e medicamentos que não são capazes, por vezes, de regredir o avanço de suas doenças, mas, tão somente, evitam a morte natural do enfermo. Nessa esteira, a discussão jurídica acerca do tratamento do paciente terminal tem sido objeto de abordagem do ponto de vista de como o profissional da medicina deve lidar nestes casos e, em como com a vontade esclarecida do paciente terminal irá determinar o seu próprio destino.

Esta problemática traz à tona a necessidade do estudo objetivo para o reconhecimento da autodeterminação do paciente terminal. Assim, este artigo pretende assinalar o direito à morte digna valendo-se da premissa de que o direito à vida digna sempre existiu e que a

¹ Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, graduação em Direito. Apresentado no I CONIBDH: Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos, GT I – BIOÉTICA E SAÚDE. E-mail: <breno.panetto@gmail.com>.

morte e a vida, por serem fenômenos indissociáveis, nos levam a reflexão de que a vida deve ser digna do início ao fim. O centro deste debate, doravante, dar-se-á na temática do direito à autonomia da vontade do paciente terminal, compreendendo este como indivíduo racional capaz de se autodeterminar, em contraposição da intervenção e não reconhecimento do seu desejo esclarecido por parte do Estado ou de terceiros, como familiares e amigos.

Propõe-se, aqui, doutro ponto, analisar o consentimento informado na relação médico-paciente. Pretende-se demonstrar como o consentimento informado na práxis médica faz instaurar o processo de comunicação entre o paciente e o médico em uma relação jurídica delimitada pela autonomia da vontade.

Outro ponto, se faz a defesa do princípio da não intervenção, à luz da defesa das liberdades individuais, em contraposição a intervenção de terceiros. Assim, por conseguinte, compreende a necessidade da moderna concepção da relação médico-paciente, pautada no reconhecimento da capacidade do paciente em autodeterminar-se, e dos outros envolvidos em fazer cumprir a sua vontade.

A RELAÇÃO MEDICINA-DIREITO

DEFINIÇÕES DE BIOÉTICA E O NASCIMENTO DO BIODIREITO

Segundo a DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS, o termo bioética diz respeito ao campo de estudo sistemático, plural e interdisciplinar, envolvendo questões morais teóricas e práticas, levantadas pela medicina e ciências da vida, enquanto aplicadas aos seres humanos e à relação destes com a biosfera.

A partir dessa conceituação, nota-se que a bioética tem estreito laço com o Direito; na medida em que a conduta médica, bem como os tratamentos que as pessoas são submetidas, chegam à esteira da tutela do Estado, sendo esta tutela não apenas legislativa, como com o Código de Ética Médico, mas também, direcionadas aos órgãos de justiça, fazendo assim surgir a expressão Biodireito.

Essa compreensão vem responder a essas mudanças, uma vez que, num passado não muito distante, o homem apenas assistia e era obrigado a aceitar as formulações dos fenômenos naturais, dentre eles o do nascimento e da morte. Hoje, em contrapartida, passa a intervir nos acontecimentos fenomênicos e biológicos diretamente, fazendo estes poder ser criados, manipulados e extintos, ao alvedrio de vontade humana. Sobre isto, escreve SÉRGIO FERRAZ (1991, pp. 11):

“Tão intensa foi, no particular, a acelerada disparada da ciência que já nos habituamos a encarar como fenômenos do cotidiano revoluções que há 30 (trinta) anos, não saíam dos livros de ficção: a inseminação artificial; o bebê de proveta ou fecundação ‘in vitro’; as técnicas de reprodução assistida; a doação e utilização de embriões, fetos, células, tecidos, órgãos etc”.

Diante dessa recente realidade, as diretivas antecipadas de vontade do paciente compreendem um relevante tema, criando uma verdadeira interface entre o ramo do Direito e o da Medicina, como sugere o termo biodireito.

NATUREZA DOS PRINCÍPIOS ÉTICOS NA BIOÉTICA E SUA INFERÊNCIA NO BIODIREITO

Diante disso, o desenvolvimento e as benesses do setor tecnológico na área da medicina, a exemplo da descoberta de cura para doenças outrora tidas como incuráveis, se torna necessário o estabelecimento de limites éticos na sua atuação destas descobertas ante a ética da vida. Neste contexto que o Direito e a Bioética se encontram, não podendo, pois, aquele se esquivar da sua responsabilidade frente a esta pulsante realidade, devendo estabelecer mecanismos capazes de resolver os problemas advindos dessas novas situações.

O Direito precisa adotar critérios para se adequar às demandas trazidas pela bioética, já que esta não é um ramo autônomo, se não repleto de influencia interdisciplinar. Daí vê-se a necessidade de parâmetro em preceitos éticos. Tomando KANT como base, o conceito de critério ético é entendido como aquele o qual pode ser concebido como universal. Assim, o caráter absolutamente universal do imperativo ético o esvazia de todo e qualquer conteúdo determinado, fazendo com que a razão prática ao adotá-lo não se comprometa com nenhuma outra lei a não ser a lei moral. Descreve, pois, a lei moral como imperativo categórico, tendo validade para todos, por isso é um imperativo; a define como “necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão”². Assim, obrigatoriedade é a necessidade de uma ação sob um imperativo categórico da razão.

Daniel Tourinho Peres³ por sua vez, escreve que o imperativo categórico não é princípio apenas de uma obrigação ética, pois, além da lei do imperativo categórico, este demanda ainda o conceito teleológico, que seria ao mesmo tempo um dever. Isso sim é princípio de toda

² Doutrina do Direito, pp. 222.

³ O Doutor em Direito pela USP e professor da UFBA, defende assim, em seu artigo “Imperativo categórico e doutrina do direito”, a relação entre o imperativo categórico e uma doutrina do direito que tem nele um pressuposto valorativo, cabendo aqui por ser importante para o caráter de universalidade do princípio da não intervenção de terceiros na esfera da bioética e do biodireito, quanto o reconhecimento da autonomia da vontade e do consentimento informado.

obrigação, seja ela obrigação por dever, como com os princípios, seja obrigação coercitiva, um fim de toda obrigação é a melhor convivência.

Diante disso, a bioética vem tentando impor limites éticos ao desenfreado desenvolvimento biotecnológico e o Direito, mesmo na ausência de normas explícitas sobre determinados temas que entrelaçam essas duas áreas do conhecimento, regra geral, é instado a se manifestar, e o faz com base, prioritariamente, no princípio da dignidade humana e do reconhecimento ao direito à autonomia da vontade.

Nesse sentido, por estar intimamente relacionado à ética da vida, a Bioética precisa de paradigmas os quais não sejam estritamente formais ou positivos. Necessita-se buscar os fundamentos deontológico e axiológico referenciais para tal tema.

É nessa esteira, que, segundo MARIA HELEZA DINIZ (2003, pp. 13)

o valor supremo da pessoa, de sua vida, é a dignidade e a liberdade ou autonomia, dentro da linguagem dos direitos humanos, em busca de uma qualidade de vida digna, dando, portanto, prioridade ao ser humano [...] a biótica não poderá preocupar-se apenas com os caminhos para a solução dos problemas bioéticos”.

Portanto, partindo desta análise, nota-se a importância da inferência de princípios bioéticos básicos que norteiem o Direito quando este for chamado a agir. Dentre os quais, os da autonomia da vontade e o da não intervenção aparecem em destaque, sendo fundamentais para o reconhecimento do consentimento esclarecido na relação médico-paciente.

O PRINCÍPIO DA NÃO INTERVENÇÃO

A ORDEM ESPONTÂNEA E O IMPÉRIO DA LEI

A primeira discussão a cerca do reconhecimento do direito à autonomia da vontade perpassa no reconhecimento da não intervenção do Estado do no âmbito das relações entre os indivíduos. Essas relações devem ter, primordialmente, suas diretivas ditadas pela organização espontânea e de consentimento entre cidadãos livres e dotados de capacidade para cumprir e fazer cumprir sua vontade.

Assim, a visão ainda hoje defendida por muitos, de ordem social planejada, direcionando as decisões ao governo centralizado, e não à vontade dos indivíduos, já foi refutada. Além de, historicamente, já comprovada sua falência e incompatibilidade com a diversidade pluralística do ser humano. Por isso, ao invés de se limitar as ações dos indivíduos, como acontece na visão paternalista de Estado, no qual este ente terceiro determina a conduta dos indivíduos, a verdadeira premissa se baseia na limitação do poder da atuação do Estado.

Tratando disso, FRIEDMAN⁴ escreve brilhantemente que “o governo jamais poderá imitar a variedade e a diversidade da ação humana” (pp. 13). E adiante, discorrendo sobre, o Nobel de Economia de 1976, nos esclarece que o fim último das organizações sociais é sempre a liberdade do indivíduo. Logo, o governo deve se ater, exclusivamente, à função de determinar o que ele conceitua como “as regras do jogo” e constituir-se como árbitro para interpretar e fazer vigorar as regras anteriormente já estabelecidas, e assim proteger o direito à autodeterminação dos indivíduos e preservar a lei e a ordem.

Ainda sobre a natureza jurídico-filosófica que fundamenta o reconhecimento das diretivas da vontade do paciente terminal, ante a intervenção de terceiros, encontramos em Hayek outro fundamento que se presume como justificativa do reconhecimento necessário da autonomia da vontade, entendendo este como desígnio basilar da própria ideia de liberdade, sob o pressuposto da ordem espontânea, sob a qual em CAMINHO DA SERVIDÃO, demonstra que a planificação centralizada é incompatível com a eficiência econômica, e reforça a importância da liberdade individual para o desenvolvimento da sociedade em todos os aspectos.⁵

Todavia, defender a liberdade não significa se opor à organização⁶. Mesmo os grandes teóricos defensores da Liberdade, reconhecem a inviabilidade da liberdade total. Daí nasce a ideia da necessidade do Estado (com funções limitadas às “regras do jogo”). DONALD STEWART JR⁷ acata o conceito de liberdade compatível com a convivência social baseado no intercâmbio espontâneo dos indivíduos. E reconhece, assim “a imperiosa necessidade de uma ordem geral de conduta, legitimamente geradas pelos cidadãos e eficazmente aplicadas” (pp. 80). Em última análise, o império da lei abrange sempre a humanidade como um todo, chancelando que o respeito às regras deve seguir certa regra de proporcionalidade, de modo que nesse Estado de Direito possam florescer os talentos e as capacidades individuais.

Por esta razão, voltando a HAYEK, há a ressalta que uma ordem justa é definida pelo respeito a um conjunto de normas gerais e abstratas de conduta individual, as quais, por sua vez, garantem o respeito pela esfera de direitos de todos os indivíduos. Isso se aplica notadamente ao princípio da não intervenção e, pois, ao reconhecimento do consentimento esclarecido do

⁴ Milton Friedman, em *Capitalismo e Liberdade*, faz essa defesa ampla do reconhecimento da autonomia da vontade, uma vez que este faz parte da afirmação das liberdades individuais, as quais nasceram para colocar o homem no centro das decisões que diz respeito à sua vida, e não mais um Estado que se ativesse aos interesses dos seus governantes. Coloca então, o sistema de mercado, no âmbito econômico, como o mais compatível com essa defesa de reconhecimento dos direitos humanos, por ser o mercado mais dinâmico que o Estado, que tem como caráter genuíno ser estático e burocrático.

⁵ Em linhas gerais, é a mesma defesa de Friedman, de mais autonomia ao indivíduo e menos interferência nas suas escolhas e decisões.

⁶ HAYEK, 1983, P.36.

⁷ Em “O que é o liberalismo”, na parte que define “o papel do Estado”.

paciente em decidir sob seu corpo no campo da saúde, conversando com a máxima de que toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que decidindo sobre si não viola o direito dos outros, tampouco transgride a ordem constitucional.

Assim, ainda segundo o Nobel de Economia de 1974, o indivíduo tem como condição humana ser portador de conhecimentos diversos e só será livre se suas decisões forem baseadas no conhecimento e informações de que é portador. Portanto, a liberdade pressupõe a garantia de uma esfera privada ou domínio protegido, entendido como “conjunto de circunstâncias nas quais os outros não podem intervir” (1983, p. 31). Constando, inclusive, neste “outros” o Estado e o Direito.

Diante disso, a institucionalização de decisões e, logo, da intervenção estatal, seja ela no campo dos poderes legislativo ou judiciário, precisa ser questionada a luz dos princípios e dos fundamentos expostos. Por se tratar da vida do paciente, os tratamentos e temas que se relacionem à bioética exigem o consentimento do mesmo para a sua realização ou não-realização, devendo, sob esta ótica, o Estado e o Direito respeitar e fazer cumprir a vontade declarada do paciente.

OS DIREITOS HUMANOS COMO RESPOSTA PARA A LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL

Os Direitos Humanos são base fundamental para a limitação da interferência do Estado e de terceiros na vida dos indivíduos. Desde que foi instituído pela primeira vez, de modo positivo, no contexto das revoluções francesa e americana, ou seja, na tradição cujo modelo sócio-político é republicano⁸, os Direitos Humanos (chamados então de direitos de primeira geração) se constitui historicamente no reconhecimento das liberdades individuais. Assim, de acordo com CELSO LAFER, “a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do todo em relação ao indivíduo.”⁹.

Dotando dessa análise a partir da obra de Lafer, ANTONIO PAIM¹⁰ escreve que a inversão do dever, do indivíduo de se submeter ao Estado, à conquista de direito, como o triunfo

⁸ Vale esta ressalva importante, pois como escreve KANT em *À paz perpétua*, é a que tem maior pureza em sua origem, e que compreende aos cidadãos de decidir sobre a paz e a guerra. Assim, de afirmar ou não os direitos humanos, em última análise.

⁹ LAFER, Celso. pp. 121.

¹⁰ Neste mesmo texto, Paim, partindo da ótica de reconhecimento dos direitos humanos como reconhecimento do indivíduo frente ao monopólio das decisões absolutistas estatais anteriores, carimba a tese da irreduzibilidade do ser humano ao todo de seu meio social. Afirma, portanto, o individualismo, junto da premissa de que a dignidade do ser humano somente se afirmará com a existência de mais liberdade ao próprio indivíduo, e cada vez menos privilégio aos gerenciadoreis da máquina estatal. Incluo, logo, aqui, as espécies normativas e as decisões judiciais que proíbem recusas de certos tratamentos médicos.

do individualismo e do liberalismo é, de forma ampla, a consolidação de todas as tendências éticas, metodológicas e ontológicas que vêm no indivíduo o pressuposto fundamental de qualquer ordenamento e que reconhece esse como sujeito de direitos. Assim, a crítica ao individualismo deve ser vista como perigosa e reacionária. No sentido de compreender que, de maneira estendida, ela é uma crítica propriamente aos Direitos Humanos e ao princípio da Dignidade Humana, fundamentalmente visto como epicentro da autonomia da vontade.

Ademais, dado o exposto, ao conhecer os fundamentos da liberdade na esteira de Hayek, enlaçados o princípio da não intervenção no âmbito da ordem espontânea, percebendo que estes, quando aplicados a realidade jurídica, nos levam à conquista histórica dos Direitos Humanos em face da intervenção estatal. Assim, defender o reconhecimento do direito à autonomia da vontade na relação médico-paciente é, na verdade, apenas um ramo dessa defesa mais ampla da liberdade. Numa analogia, é apenas o fruto de árvore muito maior, cujas raízes estão fortes e bem fincadas em terra firme. E, fazer cumprir as diretivas da vontade do paciente terminal é, logo, conseqüência lógica e natural da consolidação dessas premissas filosóficas aqui defendidas.

Por conseguinte, o próximo tópico aborda a conceituação, notadamente em Kant, sobre a categorização da dignidade humana e sua íntima relação de autonomia de natureza racional. Entrando, assim, de forma estrita, no direito à autonomia da vontade e do reconhecimento do consentimento esclarecido na relação médico-paciente.

AUTONOMIA DA VONTADE E CONSENTIMENTO INFORMADO

A CAPACIDADE RACIONAL HUMANA DE AUTODETERMINAR-SE: DIGNIDADE HUMANA COMO AUTONOMIA HUMANA

Dado o exposto, o conceito de autonomia da vontade é de todo determinante e, de extrema importância para os temas relacionados à bioética e ao biodireito. Sugere que o profissional da saúde precisa respeitar a vontade esclarecida do paciente, levando em conta seus valores morais e religiosos, quando o paciente, desde que dotado de plena capacidade de sua capacidade racional, manifestar.

Assim, a luta pelo seu reconhecimento, como sendo parte do princípio da Dignidade Humana, se faz necessária para garantir ao paciente terminal a decisão de como pretende dispor sobre sua própria vida; quanto aos tratamentos de saúde sob os quais se submeterá ou não e, até mesmo como pretende deixar a vida – direito à morte digna. Cabendo apenas, pois, ao Direito e, logo, ao próprio Estado, estritamente garantir esse seu direito a autodeterminação,

e não decidir pelo indivíduo. Sob esta ótica, KANT, em *À Paz Perpétua*, (pp. 24) alude sobre a liberdade jurídica como sendo liberdade exterior, no sentido desta ser a faculdade de não obedecer a quaisquer leis postas, senão enquanto lhes puder dar o consentimento individual, tido como determinante para a validade das mesmas.

Assim como trazido por SILVIA MABEL SIVILA,

“Autonomía de la Voluntad: el termino autonomía deriva del griego, donde autos significa propio y nomos quiere decir regla. Es decir, que se podría afirmar que quiere decir las ‘propias reglas de la voluntad’. Este termino se ha utilizado a lo largo de la historia del mundo en distintos ordenes, como el político, el filosófico, el jurídico, etc.”.

Como sugere, autonomia é um termo derivado do grego “auto” (próprio) e “nomos” (lei, regra, norma). Nesse sentido, o conceito de Autonomia significa “autogoverno”. Assim, refere-se à autodeterminação da pessoa de tomar decisões que afetem sua vida, tratamentos de saúde que interfiram sua integridade físico-psíquica, e, por conseguinte, nas suas relações sociais. Diz respeito à capacidade racional humana de decidir o que é mais benéfico para seu bem estar.

Ainda a título de conceituação, ROMEO CASABONA¹¹, escreve:

“El principio de autonomía significa el reconocimiento de la libre (autónoma) decisión individual sobre sus propios intereses siempre que no afecte a los intereses de un tercero, o respeto a la posibilidad de adopción por los sujetos de decisiones racionales no constreñidas. Supone que cada ser humano tiene el derecho a determinar su propio destino vital y personal, con el respeto a sus propias valoraciones y a su visión del mundo, incluso, aunque se tenga la plena convicción de que son erróneas y de que son potencialmente perjudiciales para él”.

É sob essa exegese, sob a qual o homem é dotado de razão e de entendimento moral capaz de decidir sobre o que é melhor para si, que se pode definir a natureza racional. É por essa capacidade de agir racionalmente que um ser humano está apto, é isso que o torna merecedor do dever especial de não ser tratada como um mero meio, mas como um fim em si mesmo: a isso se atribui a Dignidade Humana. Por isso Kant estabelece que o fundamento da dignidade seja a autonomia: “autonomia é, pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, pp. 79). O ser humano possui dignidade, pois seu fundamento reside na capacidade de ser um agente moral racional autônomo.

¹¹ Rabinovich-Berkman, Ricardo D., pag. 23.

Percebe-se que, em Kant, a natureza racional existe como fim em si mesmo, sendo por isso inerente ao ser humano possuir dignidade e, assim, este é livre para autodeterminar-se. Nesse ensejo, escreve:

“Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade. Como para derivar as ações das leis é necessária a razão, a vontade não é outra coisa senão razão prática. Se a razão determina infalivelmente a vontade, as ações de um tal ser, que são conhecidas como objetivamente necessárias, são também subjetivamente necessárias, isto é, a vontade é a faculdade de escolher só aquilo que a razão, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer, como bom”. (KANT, 2007, p. 47).

Confirmando essa defesa, VICENTE DE PAULO BARRETO escreve que “o princípio da autonomia estabelece a ligação com o valor mais abrangente da dignidade da pessoa humana, representando a afirmação moral de que a liberdade de cada ser humano deve ser resguardada”¹². Daí que, este mesmo autor, faz uso da idéia kantiana de direito cosmopolita como “estrutura racional dentro da qual possam racionalmente justificar-se os valores, discutidos em função dos avanços das ciências biológicas, vindo a constituir também os fundamentos do biodireito”. Os direitos humanos representam, em última análise, a formalização do direito cosmopolita, expressão de complementaridade entre as ordens normativas da ética do direito (BARRETO, 1999).¹³

Logo, se um paciente deve receber um tratamento médico ou se este é desnecessário, a palavra final sobre isso está no conteúdo da decisão do paciente, donatário de sua vida e, logo, de sua morte: o único que tem o direito de decidir quando e como quer pôr fim a um doloroso ou mesmo degradante processo de tratamento terminal.

STRICTO SENSU: O PRINCÍPIO DO CONSENTIMENTO INFORMADO, OS TRATAMENTOS VITAIS E A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Sobre a relação médico-paciente, Muñoz e Fortes, trazem o questionamento que baseia a discussão caracterizando como fundamental o problema na relação médico-paciente no que diz respeito à tomada de decisão, principalmente no que se refere aos procedimentos terapêuticos a serem adotados. O dilema que geralmente se impõe nas várias situações é: a decisão deve ser do médico, preparado na “arte de curar” e que melhor conhece os convenientes e os

¹² Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/v_barreto.html#5>.

¹³ Extraído de “BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS: delineando um biodireito mínimo universal: Letícia Ludwig Möller.”

inconvenientes, ou seja, o ser detentor da sabedoria. Ou do paciente, porque é o dono do seu próprio destino e, portanto, deve decidir o que quer para si?

A primeira defesa está ensejada no Juramento de Hipócrates, pelo qual juram praticar a medicina.¹⁴ Assim, a informação sobre a doença, o diagnóstico, o prognóstico e o tipo de tratamento do doente é apenas comunicada pelo médico, tendo em vista a incapacidade do paciente em entender a informação. A segunda compreende o paradigma do reconhecimento do direito à autonomia da vontade do paciente, na relação deste com os tratamentos; que, com as idéias de Kant, corrobora para a criação desse novo contexto, apresentando o indivíduo como centro da organização política e econômica da sociedade. Portanto, o ser humano é um fim em si mesmo.

Tem-se um dos paradoxos da medicina moderna: os avanços da tecnologia podem prolongar a vida muito além do seu tempo natural, mas o sofrimento e a dor permanecem na realidade cotidiana e configuram, acompanham e determinam a vida de todos os seres humanos. O medo de uma doença cruel, de invalidez e da dependência constantes, do sofrimento de um ente querido na fase terminal da vida, é algo impactante para aqueles que vivenciam, em alguma angustiante ocasião, a necessidade de aliviar o sofrimento e o irreversível fim de um ser amado que tenha manifestado, consciente e livremente, o desejo de não prolongar inutilmente a sua vida.

Assim, o consentimento esclarecido trata-se de manifestação de vontade, na qual o indivíduo exprime a maneira segundo a qual quer ser tratado quando em casos de terminalidade vital, levando-se em conta a possível incapacidade natural naquele momento de expressar e fazer cumprir sua vontade. Destarte, o indivíduo determina as diretrizes de como quer que aconteça seu tratamento médico, inclusive se deseja, ou não, ser submetido a estes.

De acordo com as recentes discussões e a consolidação da Bioética em diversos tratados que versam sobre este tema, o princípio do consentimento informado passa a ser parte do rol dos princípios fundamentais e norteadores da Bioética. Assim, o paciente apenas pode ser submetido a tratamento quando estes não expressarem o seu inequívoco consentimento, após completa informação sobre todos os desdobramentos do processo terapêutico.

Esse princípio, em verdade vem estampado na Declaração de Helsinque de 1982, quando esta determinou, em seu dispositivo 22, que em qualquer investigação em seres humanos, cada indivíduo potencial deve ser informado, adequadamente, dos objetivos, métodos, benefícios antecipados e potenciais riscos do estudo e do mal estar que este pode implicar.

¹⁴ Aqui se fornece a postura tradicional do médico na relação médico-paciente, de cunho paternalista, compreendendo o doente, como era para o médico grego, um incapacitado físico, psíquico e moral.

O conteúdo da decisão do paciente, se ele deseja ou não receber determinado tratamento terapêutico, implica conseqüências jurídicas de ordem prática. O que torna evidente se o paciente não pode exprimir a sua vontade, por encontrar-se impossibilitado, como por exemplo, em estado de coma, há o dever dos familiares, ou do médico (se este for conhecedor da vontade do paciente) de fazer cumprir a vontade presumida, ou informada, do paciente quando este estava no pleno gozo das suas faculdades mentais.

Assim, o paciente deve ser informado de que tem a liberdade para se abster da participação do referido tratamento a qual esta sendo submetido, e que pode deixar de dar consentimento para participar a qualquer altura. “A qualquer altura” significa que pode ser que o paciente entre em estado de coma, como no exemplo supracitado, e não tenha mais sua capacidade de fato.

OS ATRASOS DO CONCEITO DE AUTONOMIA PRIVADA POR SUA LIMITAÇÃO AO CONSENTIMENTO INFORMADO E AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE TERMINAL

Com o advento do estado social, a defesa da intervenção do Estado nas diversas relações entre os indivíduos, houve suprimento dos direitos individuais, numa justificativa de uma suposta “igualdade material”. Surgiram inúmeras críticas ao direito à autonomia. A autonomia da vontade, bandeira da defesa da liberdade individual, foi suplantada pela autonomia privada. Mostrando, assim, um retrocesso no que tange a conquista de direitos.

Acerca do tema, ROXANA BORGES distingue autonomia individual e autonomia privada. De acordo com a autora¹⁵, a teoria da autonomia da vontade estaria, hoje, superada pela teoria da autonomia privada. A autora faz questão de frisar que a vontade, apesar de importante, não pode por si só ser considerada, numa clara afronta ao direito fundamental dos indivíduos de autodeterminar-se. Continua ela que, com o desenvolvimento social passou-se a afirmar que o puro consenso não seria capaz de criar direitos, e ganha destaque apenas a declaração da vontade, e não mais a simples manifestação da vontade, “mas apenas o consenso que for previsto pelo ordenamento jurídico”¹⁶.

No mesmo sentido, manifesta-se Otávio Luiz Rodrigues Júnior¹⁷. Em seu artigo, escreve que “toda obrigação, por ser sancionada pelo Direito, deve ser livremente consentida; mas, ao inverso, toda obrigação, desde o instante em que é livremente consentida, deve ser sancionada pelo Direito.” (Revista de Informação legislativa, 20024, pp.120).

¹⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁶ Borges, pp. 52.

¹⁷ Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade.

Assim, segundo os autores que seguem essa linha, apenas a declaração da vontade gerada a partir do ordenamento jurídico é capaz de gerar efeitos jurídicos desejados pelo sujeito.

Ora, este pensamento abre precedente para que no âmbito da relação médico-paciente, apenas as declarações formalmente informadas, de acordo com testamento previstos no ordenamento, possam irradiar efeitos jurídicos quando o paciente estiver em seu tratamento terminal. É preciso dizer que isso compreende enorme retrocesso, não apenas no âmbito dos direitos humanos, mas também, nas novas perspectivas das discussões que vem ocorrendo no mundo sobre tratamentos e direito à morte digna.

O RECONHECIMENTO DA VONTADE PRESUMIDA DO PACIENTE E A REVOGAÇÃO A QUALQUER TEMPO

A título de exemplo, os novos artigos votados em 18 de junho de 2009 na Alemanha, que entravam em vigor em 1º de setembro do mesmo ano, para o Código Civil alemão (BGB)¹⁸ que dispõe em seu art. 14, parágrafo único, sobre a manifestação da vontade, nestes termos (tradução livre) “o ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”. E se complementa, no ar. 15 “que “ninguém pode ser obrigado a submeter-se, contra sua vontade, em tratamento de diagnósticos ou terapêuticos”. Selando que a vontade do paciente não precisa de qualquer forma, ou limite temporal para ser revogada.

Ainda nessa discussão, consolida a legitimidade e a natureza vinculativa das diretivas antecipadas do paciente, em que a dignidade da pessoa deve, de fato, estar centrada a reconhecer seu direito à autodeterminação, como ela exerceu quando capaz e dotada das suas faculdades racionais, e esta vontade deve, portanto, ser respeitada, mesmo quando o paciente não for mais capaz de decidir de forma plenamente responsável.

Nesse sentido, MARLIS INGENMEY, em seu texto “*Testamento biologico, la Germania ce l’ha fatta. E noi?*”, que versa sobre as conquistas na Alemanha sobre esta temática e traz a discussão sobre testamento vital na Itália, é possível afirmar a defesa de que mesmo na ausência de tal intenção declarada antes da redução da capacidade, há direito ao consentimento informado, para submeter o paciente a tratamentos, seja para prolongar a vida ou até mesmo para a negação de submeter-se a tais tratamentos.

Nesse texto, há o exemplo de certos crentes religiosos que entendem a vida como “presente de Deus”, e, portanto não disponível a eles, se recusando a tratamentos que pretendem estender a vida. Assim, na fase terminal de suas vidas, deve-se ater em reconstruir a vontade

¹⁸ Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>.

presumida do paciente, à luz de sua maneira de pensar sobre a vida, as suas convicções pessoais dentre outros valores que se referenciavam presentes.

Por isso, esta conceituação de autonomia privada, em fase da genuína compreensão do direito à autonomia da vontade não é bem vinda nas interfaces existentes entre Direito e Bioética. Pois, também permeia as situações subjetivas existenciais da vida humana, e nestes casos, a autonomia encontra sua raiz, como visto, no princípio da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento de sua personalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, como premissa basilar, que todos têm direito a uma vida digna desde seu nascimento até sua morte. Para isso, a autodeterminação do paciente terminal deve ser garantida pelas legislações modernas, e aceitas quando for a vontade do paciente.

Além de discussões teóricas, é preciso demonstrar por meio de pesquisas empíricas, discussões políticas, no âmbito da gerencia governamental de políticas públicas, a necessidade do reconhecimento desse direito fundamental a autodeterminação, para fazer com que o ordenamento jurídico e as decisões judiciais passem a se valer da interpretação da autonomia da vontade como afirmação da dignidade humana, no caso brasileiro, fundamento do Estado, como descrito na Constituição Federal e, seu artigo primeiro, inciso III.

A relevância, portanto, deste tema encontra-se no fato de que o indivíduo, sujeito de direitos e portador de racionalidade e dignidade, deve ter suas manifestações de vontade respeitadas. O consentimento esclarecido deve prevalecer ante a tutela estatal, ou aos anseios dos familiares, que por vezes diverge dos do paciente.

Sob esta perspectiva, dos que colocam como epicentro das ordens sociais o ser humano e sua dignidade, verifica-se a necessidade de se percorrer as dimensões que compõe o fundamento jurídico-filosófico para o reconhecimento, pelo Direito, do consentimento informado e, logo, do direito à autonomia da vontade. Pois é a partir dessas premissas que estão fundados os temas relacionados à Bioética e aos tratamentos vitais do paciente terminal. Nesse sentido, reconhecer que o Estado é limitado na intenção de garantir a convivência minimamente harmônica entre compatriotas, através do *pacta civitas*, como escreve KANT em *À paz perpétua* (pp. 12)¹⁹ e se contrapor a conceitos novos, mas reacionários, que limitam o direito natural do ser humano.

¹⁹ Kant fala sobre a insegurança generalizada entre indivíduos num estado de natureza em que não há regra e império da lei. Há ameaça a segurança apenas por estar o vizinho ao seu lado. Em seguida, conclui: “Todos os homens que entre si podem exercer influências recíprocas devem pertencer a alguma constituição civil.” (pp.11).

O novo modelo para a relação médico-paciente deve ser pautado na autodeterminação do paciente. Assim, o paciente deixa de ser subordinado, e passa a ser sujeito ao exercer sua autonomia em relação ao próprio corpo. A aplicação do consentimento informado na relação médico-paciente faz com que os princípios éticos da pessoa humana sejam respeitados. O eixo central do consentimento informado, assim sendo, passa a ser a pessoa no exercício de sua autonomia, na medida em que sua dignidade é potencializada.

Por fim, o entendimento do princípio do respeito à autonomia do paciente não se limita ao simples direito à recusa ou ao consentimento a tratamentos, requer, doravante, um consentimento livre, esclarecido e revogável a qualquer tempo, sem necessidade de formalidades. Compreendendo como regra geral que os princípios elencados, como os de não intervenção e dos direitos humanos e do respeito ao direito à autonomia da vontade, continuam válidos e extremamente adequados para nortear a prática médica.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. In: TORRES, Ricardo L. (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 383- 423. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/v_barreto.html#5>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

BGB. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>. Acesso em 20 de maio de 2015.

BORGES, Andréa Morais. **Consentimento informado e autonomia na relação médico-paciente**. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/1477/995>>. Acesso em: 24 de maio de 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de maio de 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O Estatuto Atual do Biodireito** - 2^a ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/01/2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Tradução de Luciana Carli; apresentação de Miguel Colasuonn. 2ª Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. Série “Os economistas”.

HAYEK, Friedrich A. von. **O Caminho da Servidão**. (Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro). Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 5ª edição, 1990.

_____. **Os Fundamentos da Liberdade**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília; São Paulo: Visão, 1983.

INGENMEY, Marlis. **Testamento biológico, la Germania ce l’ha fatta. E noi?**. Disponível em: <<http://temi.repubblica.it/micromega-online/la-germania-ce-lha-fatta-e-noi/>>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. (Tradução de Marco Zingano). Porto Alegre, RS: L&PM, 2011.

_____. **Doutrina do direito**. Tradução de edson bini. 2ª. Ed. São paulo: Ícone, 1993.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. (Tradução de Paulo Quintela). São Paulo: Edições 70, 1ª edição, 2007.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. SP: Cia. das Letras, 1988.

LUDWIG MÖLLER, Letícia. **BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS: delineando um biodireito mínimo universal**. Disponível em: <http://unesp.br/observatorio_ses/mostra_arq_multi.php?arquivo=7902>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

MUÑOZ, Daniel Romero e FORTES, Paulo Antonio Carvalho. **O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIautonomia.htm>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

PAIM, Antonio. A contribuição de Celso Lafer ao liberalismo brasileiro contemporâneo. Revista USP, Brasil, n. 27, p. 174-178, nov. 1995. ISSN 2316-9036. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/28354>>. Acesso em: 24 Mai. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9036.voi27p174-178>.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Responsabilidad del médico**. Editora Astrea. 1999.

RODIRGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revista de informação legislativa**. Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004.

SIVILA, Silvia Mabel. **Cuestiones jurídicas y bioéticas entorno a la Muerte**. Disponível em: <<http://muerte.bioetica.org/mono/mono27.htm>>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

STEWART JR., Donald. **O Que é o Liberalismo?**. Rio de Janeiro: Ediouro, série Explicando; Instituto Liberal, 1988.

TOURINHO PERES, D. **Cadernos de Filosofia Alemã** 4, pp. 43-64, Revistas USP. 1998. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/viewFile/68737/71307>>. Acesso em: 14 de maio de 2015.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

DOAÇÃO POST MORTEM: PELO DIREITO DE DOAR O PRÓPRIO CORPO

SARA CAROLINE LÉLES PRÓTON DA ROCHA¹

RESUMO

O direito contemporâneo e suas diversas transformações têm caráter transdisciplinar, e este, contempla a importância dos direitos humanos e uma análise hermenêutica da tutela dos direitos individuais. Dentro dessas transformações faz-se mister destacar o tema da doação do próprio corpo à ciência e o respaldo de tal prática.

Destarte, busca-se explicar uma área pouco conhecida do direito funerário e os aspectos jurídicos e filosóficos que englobam o cadáver, o significado do direito à memória e sua limitação, principalmente no que diz respeito à honra, imagem, intimidade, ao próprio corpo, tendo como reflexão o princípio do consentimento do sujeito.

Por meio de pesquisas multidisciplinares, de abrangência jurídica, filosófica, ética e social, dentre elas, no âmbito social os ritos funerários reiterados; no âmbito jurídico os direitos de personalidade e o estudo analítico das leis 9.434/97 e lei 10.211/2001; no âmbito filosófico a desconstrução a cerca do cadáver e no âmbito da ética, o respeito à vontade do doador versus o papel da família na doação do corpo à ciência.

O paradoxo entre as normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, relativo à liberdade individual e a real aplicabilidade das mesmas na lei de doação de órgãos, reporta a necessidade da quebra do paradigma da coisificação do cadáver e seus desafios, diante da moralidade da utilização de cadáveres na aprendizagem e formação de médicos e a cultura da inumação.

Apenas em um Estado laico, com alicerces na pluralidade de opiniões e comportamentos que permitam uma reinterpretação, debate e pesquisa sobre direito individual, liberdade, memória e titularidade sobre o cadáver, existe a possibilidade de auferir ou ao menos tentar alcançar, consensos democráticos sobre assuntos nos quais as leis e preceitos existentes são insuficientes e contraditórios, tal qual o presente exposto.

Palavras-chave: Post mortem. Próprio corpo. Personalidade.

INTRODUÇÃO

Abordar temas relacionados à morte é por vezes considerado mórbido, e visto com estranheza, entretanto, essas discussões são necessárias. Determinados indivíduos tem o interesse em destinar o próprio corpo de maneira distinta do comumente praticado pela sociedade, seja por filosofia de vida ou altruísmo, seja por não concordar práticas reiteradas de inumação e cremação. Esses mesmos indivíduos deixam de satisfazer seus anseios por desconhecem seus direitos de personalidade e os procedimentos que os habilitem à doação *post mortem*.

¹ Graduanda em Direito, Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte, MG.

A doação do próprio corpo a ciência é um assunto que gera tabu, preconceito e polemica, mas é o mesmo que contribui á formação de profissionais qualificados e a evolução da medicina, como também representa a concretização da dignidade da pessoa humana e os seus direitos individuais frente á coisificação do cadáver.

ANTÍGONA

Antígona, uma tragédia grega escrita por Sófocles em 444 A.C. retrata o impasse, a inexistência dos direitos humanos, os ritos fúnebres e os conflitos universais a cerca da religião, ética e política.

A personagem Antígona é uma jovem que foi contra uma ordem do Rei Creonte, que decretou a proibição do sepultamento de Polinice, este, acusado de traidor. A mesma pede auxilio de sua irmã, Ismênia, e esta recusa por temor ao Rei. Por acreditar

que o sepultamento do irmão representa a vontade dos Deuses e não da lei, Antígona se considera no dever moral de cumprir o preceito dos deuses e assume sozinha seu ato, assim como a consequência de ser posta viva no túmulo da família.

O Rei Creonte, inicialmente com o apoio de seu filho Hêmon, noivo de Antígona, da sequência a sua decisão de punir Antígona. Hêmon, entretanto, escuta o povo no que diz respeito ao comportamento do pai contrariar as leis divinas e também opõem-se ao decreto do pai. Tirésias, adivinho do rei, expressa seu conselho a fim de modificar também a decisão do Rei.

Demasiadamente atrasado, o Rei Creonte volta com seu decreto, porém, Antígona havia se enforcado e Hêmon ao ver sua noiva morta também se mata e como consequência, Eurídice, mãe de Hêmon abri mão da própria vida.

Exercendo a sua função de ensino, a tragédia nos permite observar e criar diversas opiniões diante do embate apresentado na obra, entre elas a dissimetria moral meio a representação do Estado versus deuses, sociedade versus individuo, interesse particular versus responsabilidade diante do outro, vivos versus mortos.

O Rei Creonte desonrosamente desejava que o corpo de Polinice fosse exposto ás aves, entrasse em decomposição em público, com o objetivo de uma exibição bizarra e desrespeitosa do seu ódio e crueldade. Cabe agora uma reflexão diante da atitude do Rei e o presente tema.

Distintamente dos motivos do Rei, a doação do próprio corpo a ciência não tem por base o ódio, nem ódio do doador pelo próprio corpo, nem da família deste, ou pelo afastamento da família, desrespeito dos entes próximos, nem tão pouco banir da memória o que se foi, mas um ato de desprendimento e vontade de tornar-se útil até mesmo após a morte.

A ilicitude da ação do Rei nada tem em comum com o ato de doar o corpo, porque neste, o sujeito, dono de si mesmo, assim deseja. O Estado hoje, não mais se faz presente na figura do Rei Creonte, mas tem como função assegurar os direitos e preceitos constitucionais e mais que isso, o Estado não tem que judicializar questões morais e religiosas, mas garantir o bem estar dos indivíduos, assim como o direito ao livre consentimento do sujeito.

DIREITO FUNERÁRIO E RITOS DE PASSAGEM

A esfera de repouso dos mortos transformou-se consideravelmente ao longo do tempo e das épocas, com isso os cemitérios adquiriram uma atmosfera imaginária e relevante principalmente no que diz respeito à arquitetura, as paisagens urbanas, religião e seu simbolismo.

Os Romanos sob influência do Cristianismo legalizaram as inumações e como consequência, o Brasil seguiu, tendo como escopo o livro de Gênesis 3:19 “Com o suor do teu rosto comerás o teu pão, até que voltes ao solo, pois da terra foste formado; porque tu és pó e ao pó da terra retornarás!”

As inumações no país, que no início do século XIX ocorriam dentro das próprias igrejas católicas, posteriormente foram modificados a espaços anexos às mesmas, mas visto ainda como um ambiente sagrado. Por volta de 1800, a preocupação com a salubridade e os miasmas – gases liberados durante a decomposição dos corpos – prejudiciais ao homem, fez com que os mortos migrassem para outros ambientes.

A separação entre os vivos e os mortos ocorreu em 1850, quando os de cujos ganharam espaços separados na cidade, com muros e horários, em que até mesmo os já inumados foram retirados e recolocados no novo ambiente.

A migração do ambiente sagrado, no solo da igreja, aos cemitérios, permitiu a criação da arquitetura que se mantém até os dias atuais, com esculturas de anjos, imagens, capelas e até mesmo lembranças da própria casa e família.

Com o perpetuar do tempo, os cemitérios ganharam também a representação do status social, onde as classes economicamente favorecidas exibiam toda a sua riqueza nas construções de túmulos realizados por artistas europeus que reproduziam a arte neogótica e ornamentação art-nouveau exacerbadamente caras, ocupando espaços seletos e grandiosos. Essas autênticas obras da arquitetura desigualavam-se dos epitáfios populares geralmente com elementos em madeira, e visivelmente rudimentar, muitas vezes com um mero amontoado de terra.

Os cemitérios carregam em si a história da arte, da política e das transformações sociais de cada época e região, além de caráter genealógico importante para fins de estudo. Esses locais passaram a representar desde então a manutenção à memória e da religião.

Presente em todas as culturas e em todas as épocas desde a era neanderthal, os ritos funerários sempre estiveram presentes, de diversas formas, desde a prática de acelerar a decomposição á imersão do cadáver; da ingestão canibal á cremação; da exposição ao contemporaneamente comum ato de inumação. Todavia, independentemente da época ou do rito, a base de todas essas ações é a dificuldade em aceitar a finitude humana, utilizando desses símbolos como um modo de se perpetuar no tempo e não ser esquecido.

BIODIREITO E A LEI 9.434/97

O biodireito tem como tema a vida e a morte e desde sua origem lida com divergências normativas, e debate a licitude das ações médicas, individuais e familiares, resguardando a dignidade humana. Torna-se evidente a ausência de legislação específica e a grande dificuldade em regulamentar diversos assuntos que vão além da doação do corpo á ciência.

O direito tem como função equilibrar as evoluções da biomedicina aos princípios éticos, e as garantias constitucionais e civis. Essa nova área do direito diferencia-se das demais, porque ela aborda os novos questionamentos a cerca da medicina e tecnologia e segue alguns princípios além da dignidade humana, como por exemplo: igualdade, inviolabilidade da vida e informação. Todavia, como nos demais ramos, em caso de conflito, tanto o biodireito quanto a bioética valem-se da ponderação.

A lei que mais se aproxima da doação do corpo é a lei de transplantes, nº 9.434/97 e esta trouxe um enorme questionamento ético, moral e jurídico porque o Estado impôs de maneira violenta a doação. Se em vida o sujeito não manifestasse sua contrariedade em doar, essa seria realizada: “Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada á doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem.” Logo após o legislador modificou o artigo 4º da lei, que por sua vez findou a doação presumida, e desde então deu autoridade aos familiares de consentirem ou não com a doação de órgãos.

“A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”.

A alteração visou preservar a dignidade da pessoa humana, entretanto, a mesma possibilitou a desconsideração da vontade do falecido. Os familiares simplesmente desmerecem a vontade do seu ente querido.

A violação da autonomia exacerbadamente praticada na lei de transplantes se aplica a doação do corpo à ciência, onde o respeito à pessoa e a memória deste tornam-se irrelevantes. Com o óbito a família apodera-se do corpo, como se uma mera propriedade fosse. Faz-se mister a indagação: o cadáver seria um objeto ou uma coisa para se tornar propriedade de outrem? Deixando de lado a superficialidade, a resposta a tal questionamento é “não”, o corpo não é objeto e nem tão pouco mercadoria, mas a representação e continuação do poder do sujeito que o animava.

DIREITOS DE PERSONALIDADE

Os direitos de personalidade são os direitos que diferenciam os seres humanos dos demais seres vivos, são direitos que tratam de particularidades físicas, intelectuais e morais, do direito a liberdade ao direito à imagem; do direito ao pensamento à manifestação artística; do direito ao respeito à autonomia.

Segundo Queiroz, os direitos de personalidade são absolutos, oponíveis erga omnes, vitalícios, indisponíveis, impenhoráveis, extrapatrimoniais, ilimitados e imprescritíveis.

A ilimitabilidade, vitaliciedade e imprescritibilidade são as características que compõem esse trabalho. Os direitos de personalidade vão além de um rol taxativo, eles se adaptam segundo os indivíduos e suas necessidades, independente de qualquer prazo e em sua grande maioria não são transmissíveis a outras pessoas, salvo, por exemplo, o direito a imagem.

No artigo 12 do Código Civil de 2002, encontra-se um mecanismo que zela pelos direitos de personalidade, “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

O âmago do sujeito de direitos deve ser preservado, impedindo assim qualquer lesão ao seu próprio corpo bem como a sua memória e liberdade. Meio ao século XXI não mais se vive uma era draconiana, mas uma época de buscas e conquistas que valorizem a liberdade individual, o sujeito como ele é em todas as suas formas.

Busca-se um Estado plural, mas ser plural inclui respeitar as diferenças não só enquanto o outro vive, mas após a sua morte. O óbito não significa esquecer a memória do outro, seus desejos, seus princípios, mas um distanciamento material, distância essa que não transforma o *de cuius* em algo inexistente.

Cada um tem o poder de agir sobre si mesmo e suas vontades e atos serão sempre vinculados a sua personalidade. Este vínculo é impeditivo à ofensas, e na ocorrência de agressão aos direitos, esta deverá ser punida no âmbito civil, constitucional ou penal.

A valorização da pessoa humana não é suspensa por meio da morte, porque a dignidade da pessoa humana é ilimitada, imprescritível e independe de qualquer fato externo, mesmo que este seja o cessar da vida.

O ordenamento jurídico brasileiro permite o ato de disposição do próprio corpo para fins altruístas e gratuitos, desde que não seja ilícito ou ponha em risco sua saúde ou vida. O cidadão que em vida e civilmente capaz manifesta a vontade em doar o próprio corpo á ciência após o falecimento, seja de modo verbal ou escrito, não comete nenhuma ilicitude e tampouco expõe sua vida ou saúde em risco.

Cabe ao profissional de medicina responsável pelas doações, explicar e informar todo o procedimento da doação, esclarecendo qualquer dúvida. Só assim o doador, assinará um contrato consentindo livremente em doar o próprio corpo e conseqüentemente, quando possível – morte anencefálica – remover e doar os órgãos para fins de transplante.

Este contrato consentindo ou autorizando a doação do corpo realiza-se de maneira respeitável e preserva os direitos de personalidade do individuo ainda depois de morto. Como já mencionado, os direitos não terminam na morte, a personalidade independe da existência da pessoa, logo, é função do Estado salvaguardar o corpo.

Cabe também ao Estado, atualizar as normas no que diz respeito á doação do próprio corpo, uma vez que múltiplos indivíduos se sensibilizam com a formação de profissionais e sentem-se capazes de se desatrelarem do próprio corpo com o findar da vida. Porém, por conflito normativo sentem seus direitos de personalidade limitados e deixam de realizar os atos altruístas que assim desejavam.

CONFLITO ENTRE O CODIGO CIVIL E A LEI DE DOAÇÃO

A situação jurídica concebida corrobora a discrepância entre o direito de personalidade, exprimido no ato gratuito e altruístico de disposição do próprio corpo, presente no código civil e pela lei 9.434/97 que transfere a responsabilidade e consentimento á família para cumprir ou contrariar a vontade expressa, e muitas vezes escrita do finado.

Cabe apresentar as divergências que versam sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

O CADÁVER E SEUS DIREITOS

O código civil de 2002, em seu artigo 6º afirma que a morte extingue a existência da pessoa natural, todavia, como efeito gera alguns direitos e modifica outros. Propicia a doação

do corpo a ciência e seus respectivos órgãos e tecidos, quando possível, para fins de transplante; transfere a outrem o direito de imagem e sucessivas e diversos atos.

Diferentemente da doação de órgãos, que deve ser exclusivamente realizada com a morte encefálica segundo o artigo 3º da lei 9.434/97, a doação do corpo a ciência pode dar-se através de qualquer e todo tipo de morte, desde que esta não decorra de ação criminosa.

A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. (Art. 3º - Lei 9.434/97)

Para o estudo da Anatomia Humana e conseqüentemente a formação de profissionais da área médica, costumeiramente utilizava-se de cadáveres indigentes e não reclamados pelas famílias. Porém, com a evolução da sociedade e do próprio direito, os cadáveres indigentes têm hoje seus direitos assegurados e com menor freqüência são submetidos a tais procedimentos.

Com a Lei 8.501/98, ao indigente é garantido um prazo de 30 dias após a última publicação do edital em veículo de grande circulação (publicação reiterada 10 vezes, alternando-se os dias) para que só então o corpo seja utilizado nas universidades de medicina.

Art. 1º Esta Lei visa disciplinar a destinação de cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, para fins de ensino e pesquisa.

Art. 2º O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.

Art. 3º Será destinado para estudo, na forma do artigo anterior, o cadáver:

I - sem qualquer documentação;

II - identificado, sobre o qual inexistem informações relativas a endereços de parentes ou responsáveis legais. (Lei 8.501/98)

Além dos cadáveres não reclamados, os centros de medicina utilizam os corpos livremente doados, e os mesmos não são suficientes para um ensino adequado e que possibilite a familiarização e interação dos futuros profissionais com o corpo humano. O número de cadáveres necessários a cada grupo de estudante é insuficiente e um dos motivos, além da falta de conhecimento dessa terceira possibilidade de destinação ao próprio corpo (1ª enterro e 2ª cremação) por uma parte geral da sociedade, o desrespeito a vontade do de cujos também é um deles.

Com a morte, o indivíduo não se transforma em coisa, mas num prolongamento da personalidade humana de quem o animou, sendo plenamente contraditório e inaceitável o arbítrio de outras pessoas, mesmo que seja a própria família sobre o cadáver.

Destarte, a escolha do *de cuius*, que antes de consumir a doação, exerceu a sua personalidade e preferiu destinar o seu próprio corpo á uma maneira pouco conhecida, além de civilmente assegurada por decorrer do direito de personalidade, é também assegurada constitucionalmente pelo princípio da liberdade. A vontade do antes doador deverá sobressair diante de qualquer outra opinião externa e diferente.

A FAMÍLIA E SEUS DIREITOS

Como já mencionado, o artigo 4º da lei 9.434/97 outorgou a família a legitimidade para optar ou não sobre a doação de órgãos do falecido e esta se aplicaria também a doação do corpo. A lei de doação reafirmou a idéia errônea e primária de que o cadáver pertence á família.

Cabe à família, no caso do consentimento informado atender a decisão informada pelo falecido quando ainda em vida, aos entes, amigos e conhecidos mais próximos. No consentimento formal, quando o doador procura uma faculdade de medicina de sua preferência e diante de duas testemunhas assina um contrato firmando a sua vontade, esta deverá ser integralmente respeitada, porque no consentimento formal não cabe dúvidas no que diz respeito á vontade do falecido. É incumbido a família o dever de informar o óbito a coordenação ou responsável pela doação dos corpos do local escolhido pelo doador, urgentemente, visto que presente a morte encefálica, os órgão poderão ter a finalidade de transplantes e o corpo o estudo.

Doloroso e difícil é o momento que a família se encontra diante do falecimento de uma pessoa amada, seja de um ente que até então se encontrava saudável, seja de um ente que enfrentava variados, múltiplos e intensos problemas de saúde. Meio ao descontentamento e sentimento diante da morte, a família exerce um papel importante em lembrar e priorizar o desejo do falecido em doar o próprio corpo. Um gesto de amor e respeito á memória do *de cuius*.

Após informar o óbito, a família sente-se impotente e com o objetivo de amenizar a lesão emocional, realiza-se o funeral como outro qualquer e segundo os ritos de cada família. Findo o funeral, o enterro que se seguiria dá lugar a efetiva doação.

Habitualmente as famílias atendem a vontade do *de cuius* quando o mesmo pede para ser enterrado no cemitério “x” ou “y”, ou cremada, logo, o mesmo respeito aplicado a memória do ente que deseja ser enterrado deve dar-se ao que deseja contribuir com a ciência.

DEVERES DA ESCOLA DE MEDICINA AO CADÁVER

A instituição que receberá a doação do corpo tratará o cadáver com respeito e ética. Algumas instituições preparam missas aos falecidos e honram a família do doador com lapides em nome da universidade. Todavia, é de inteira responsabilidade de todas e quaisquer escolas de medicina que se beneficia com a doação garantir o transporte do cadáver do local em que se encontra, seja hospital, casa, cemitério ou qualquer outro local à faculdade de medicina e a respectiva devolução. Importante mencionar que antes do transporte, a instituição respeita os ritos fúnebres e todas as homenagens prestadas ao *de cuius*.

Aos restos cadavéricos, cabe a escola de Medicina a comunicação ao cartório para averbar o assento, bem como informar aos familiares o término do manuseio do corpo na ciência. Decorridos o prazo legal de 15 dias, ausente a manifestação por parte da família, a própria escola promoverá a inumação ou cremação.

PROCEDIMENTO

Na doação em vida, o doador emite uma declaração assinada por ele e duas testemunhas, todas com firma reconhecida em cartório, declarando que, em pleno gozo de suas faculdades mentais, deseja fazer doação espontânea do seu corpo após falecimento, para fins de estudo e pesquisa. Para o cadáver doado pela família, o familiar ou representante legal do finado emite declaração que contemple o desejo de fazer doação espontânea do cadáver de seu parente, para fins de estudo e pesquisa. A declaração deve ter firma reconhecida. Na declaração de doação em vida ou doação pela família, deve-se especificar a escola de Medicina para onde o cadáver será encaminhado. Para receber o cadáver doado, a escola de Medicina, por intermédio de seu responsável legal, manifestará por escrito o interesse em recebê-lo e assumirá todas as responsabilidades legais, inclusive a de comunicar ao cartório, para fins de averbação no respectivo assento, e à família o término do interesse na utilização do corpo para fins de ensino e pesquisa de caráter científico. Este documento de manifesto será endereçado ao oficial do registro civil competente, juntamente com a declaração de óbito e a declaração de doação, para emissão da certidão de óbito, na qual constará no assento de óbito a escola de Medicina para onde o cadáver será encaminhado.

CONFLITO

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC e hoje LINDB - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) estabelece a solução ao questionamento sobre a possibilidade

de divergência entre o código civil e a lei de doação, em seu § 1º do art. 2º: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Por conseguinte, o Código Civil estatui as ações voluntárias, expressas em vida, e estas ações devem ser honradas e faz-se mister o respeito. Assim sendo, a Lei 9.434/97 será aplicada na inexistência manifestada do falecido, e só na ausência de tal manifestação, a família decidiria. O próprio sistema jurídico quando analisado estabelece a convivência entre as normas apresentadas, cada qual utilizada em situações distintas.

Seguindo tal entendimento, o Enunciado 277 da IV Jornada de Direito Civil (outubro de 2006) reforça o que foi mencionado no parágrafo anterior:

277 – Art.14. O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

Relevante apontar o impasse existente entre o cumprimento da vontade do doador por parte de seus familiares e a incapacidade da faculdade de medicina que receberia o corpo, recolher o mesmo por cumprir o contrato. A família tem o papel de informar o óbito, sem ele torna-se de difícil conhecimento e impossibilita a efetiva doação. Tão pouco sem a família anuir, irão simplesmente invadir o funeral e forçar a entrega do cadáver.

Traçando um paralelo entre a doação voluntária do próprio corpo a ciência e a sucessão testamentária, ambas apresentam as mesmas características (ato personalíssimo bem como ato *causa mortis*, gratuito, unilateral e revogável), portanto o que impede o cumprimento da doação? Desconhecimento, tabu, egoísmo, sentimento de posse sobre o cadáver, desrespeito a memória e a continuidade da personalidade do *de cuius*, dentre outros.

Muitas vezes, a vontade do potencial doador é desrespeitada, até mesmo a vontade que foi registrada em cartório, por falta de uma imposição da lei em cumprir o desejo de seus doadores. Negar a morte e desrespeitar a memória do ente querido, além de não trazê-lo de volta, e afrontar a liberdade do outro, impede a formação de diversos profissionais. Estudar com cadáveres que diversas pessoas estudaram e não é possível identificar características peculiares, desmotiva e desqualifica os estudantes.

Doar o corpo após a morte é também uma maneira de dar continuidade, não só da memória e dos direitos de personalidade inerentes a cada ser humano, mas uma continuidade do ponto de vista emocional, quando o sujeito vê a possibilidade de sentir-se útil após a morte.

Logo, todo aquele legalmente capaz que expressar em vida sua vontade em doar o próprio corpo, tem assegurado obrigatoriamente a sua vontade de acordo com o artigo 14 do Código Civil. Aquele familiar que negar ou contrariar o desejo manifestado do *de cuius*, infringe o poder de disposição do próprio corpo bem como a liberdade de consciência.

Cabe arbítrio da família quando ausente a manifestação do falecido ou desconhecida pelos mesmos, nos moldes do artigo 4º da Lei 9.434/97. Esta é a única hipótese em que a família exerce direito sobre o corpo que perdura a personalidade de quem o promovia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A destinação do cadáver não se prende á inumação e cremação. Desde a origem do ser humano transmutou-se a maneira de ver o cadáver e os ritos funerários. A necessidade da formação de profissionais da área da saúde diante do tratamento dado aos cadáveres indigentes possibilitou uma terceira destinação ao corpo, segundo os moldes atuais.

Essa terceira destinação ao corpo, infelizmente é pouco divulgada e conhecida, vista com preconceito e afloramento de valores desajustados. Para solucionar parte do desconhecimento, foi publicado o Decreto-lei nº 274/99 em Lisboa, porém, no Brasil utiliza-se a união de duas normas para solucionar conflitos e dúvidas.

Pessoas desprendidas, altruístas, solidárias, preocupadas com o meio ambiente e com o semelhante, vêm á doação do próprio corpo como uma dádiva e uma maneira de manter seu legado vivo. Ao doar o próprio corpo á ciência o indivíduo demonstra sua preocupação e crença na evolução das ciências médicas, e tem consciência que a análise que o seu corpo possibilitará aos estudantes é superior a qualquer outro livro. Outras entretanto, apenas querem doar o próprio corpo por não gostarem dos ritos fúnebres e cerimônias de morte.

A Lei de Transplantes, nº 9.434/97 juntamente com o Código Civil de 2002 no que diz respeito aos direitos de personalidade, possibilitam diversos debates de cunho ético e moral, dentre eles, a doação do próprio corpo a ciência. A Lei de transplantes foi editada por meio da lei nº 10.211/2001 a fim de eliminar o consentimento presumido, imposto pelo Estado sobre a doação de órgãos, passando á família a autorização da doação. Embora as leis 9.434/97 e 10.211/2001 tratem da doação de órgãos, a mesma se aplica analogicamente a doação do próprio corpo á ciência.

Em 2002, como o novo código civil, os direitos de personalidade ganharam um capítulo exclusivo, do artigo 11 ao artigo 21. Dentre tais artigos, se destaca ao tema, o artigo 14 que prevê a disposição do próprio corpo para depois da morte.

As normas apresentadas não são conflituosas, a primeira, art. 4º da Lei de Transplantes, se aplica na inexistência da manifestação do *de cuius*, cabendo a família, cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, a escolher a destinação do cadáver; já o artigo 14 do Código Civil prevalece em caso de expressa manifestação ainda em vida do falecido. Cabe, entretanto, uma harmonização entre os dispositivos legais, com o propósito de esclarecer o primar dos direitos fundamentais da pessoa humana e o livre exercício e manifestação dos seus direitos de personalidade materializados na manifestação expressa do doador, ainda em vida.

A função do Estado não é moralizar questões internas e diversas a cada ser humano, tão pouco se abster de assuntos “polêmicos”, mas garantir o livre exercício dos direitos de personalidade de cada um. Não é função do Estado impor destinação aos cadáveres nem tratá-los como mercadoria e ignorar o tema, mas tratar de maneira idêntica os direitos de personalidade do sujeito em vida, bem como o prolongamento desses dias com o evento morte. É função do Estado, promover leis claras, objetivas e que possibilitem o entendimento de todo e qualquer indivíduo que busca esclarecer suas dúvidas e assegurar seus direitos.

A doação do corpo a ciência decorre da própria vontade do doador, sem onerosidades, e o desrespeito pelos familiares insulta os direitos individuais, fundamentais, personalíssimos e a memória atinente do ente querido.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer I - O Poder Soberano e a Vida Nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Biodireito e direito ao próprio corpo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2006

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, Rita de Cássia Curvelo. *Transplante de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios**. Revista dos Tribunais, 2001

SILVA, Reinaldo Pereira e; LAPA, Fernanda Brandão. **Biodireito e Direitos Humanos**. Santa Catarina: OAB, 2002

SILVA, Justino Adriano Farias. **Tratado de direito Funerário**, Tomo II. São Paulo: Método, 2000.

Enunciado 277 - IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296> Acesso em: 03 Fev. 2015

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE DA PARTURIENTE À LUZ DA RESOLUÇÃO 368/2015 DA ANS

CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ¹

JULIANA COSTA ZAGANELLI²

DÉBORA MODENESI MACHADO³

RESUMO

A Organização Mundial de Saúde (OMS) estabelece parâmetros de cuidados com a parturiente e recomenda que apenas 15% dos partos realizados em um país devem ser de modo cirúrgico. Diante disso, o Brasil, é considerado recordista mundial na realização de partos cesarianos, apresentando um índice de 80%, o qual evidencia grave dano a saúde tanto da parturiente, quanto do nascituro. Nesse sentido, a presente pesquisa visa relacionar esses parâmetros apresentados pela OMS com a Resolução Normativa n. 368 de 2015, no sentido de proporcionar a aplicabilidade dos direitos da parturiente, direcionando os meios e modos para a efetivação de tal norma jurídica de proteção, de forma a demonstrar quais são os direitos da parturiente e como protegê-los frente a uma perspectiva mercadológica na realização de cesáreas no Brasil.

Palavras-chave: Princípio da Autonomia de Vontade da Parturiente. Resolução 368/2015 da ANS. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

A preocupação com os direitos humanos tem sido cada vez maior e os anseios da sociedade em assegurar a todos os indivíduos esses direitos leva a um estudo profundo do tema. Entretanto, ainda existem dificuldades de compreensão sobre a extensão dos direitos humanos fundamentais.

Por isso, o objeto de estudo dessa pesquisa será a aplicabilidade da Resolução Normativa 368/2015 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) frente aos direitos e garantias fundamentais da parturiente. Afinal, tais direitos não podem ser esquecidos, necessitando um olhar mais específico e criterioso perante a sociedade brasileira.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UFG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Sociedade e Cultura. Advogada. E-mail: crispazo@uol.com.br.

² Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Membro do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Advogada. Contato: julianazaganelli@gmail.com.

³ Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória; Advogada. Contato: modenesimachado@hotmail.com.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) realça que, atualmente, o Brasil é um país recordista na realização de cesarianas e que muitas vezes as parturientes sequer possuem a informação e a possibilidade de escolha para optar em realizar partos cesarianos ou não, o que deveria ser informado pelo médico obstetra e até mesmo pelo Estado.

Ainda, a OMS alerta e recomenda que apenas 15% dos partos em um determinado país deve ser cirúrgico, por diversos fatores, dentre eles a mortalidade da mãe e do bebê. Posto isto, tal pesquisa tem como fulcro desenvolver uma pesquisa sobre a aplicabilidade da Resolução Normativa 368/2015 da ANS com o escopo de garantir os direitos fundamentais da parturiente frente a legislação brasileira.

ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS JUNTAMENTE COM A SITUAÇÃO DEMONSTRADA PELA OMS E PELA ONU

A Organização Mundial da Saúde (OMS) cria parâmetros para alerta à parturiente a sobre as condutas que devem ser seguidas ou não⁴. Inclusive, exerce um papel importante ao estabelecer índices ideais de realização de cesarianas em 15% dos partos realizados⁵.

Dentre as condutas indicadas pela OMS como aquelas que deveriam ser encorajadas estão: avaliar os fatores de risco da gravidez, respeitar a escolha da mãe sobre o local do parto, evitar intervenções cirúrgicas sempre que possível, respeitar o direito da mulher à privacidade no local do parto, respeitar a escolha da mulher quanto ao acompanhante durante o trabalho de parto, fornecer todas as informações e explicações que elas desejarem, liberdade de posição e movimento durante o trabalho de parto e o de realizar o mais rápido possível o contato entre o recém-nascido e parturiente, conforme diretrizes da OMS sobre aleitamento.

Já no que se refere as outras classificações destrinchadas pela OMS, são práticas que não devem ser adotadas, salvo se inexistirem outros métodos, mas, mesmo assim, só poderiam ser praticados aqueles atos que comprovadamente auxiliam à realização do parto, exemplo disso é o exame retal, a raspagem dos pelos púbicos, lavagem do útero depois do parto, pressão no fundo uterino durante o trabalho de parto e parto, restrição de comida e líquidos durante o trabalho de parto e exames vaginais repetidos realizados por mais de um prestador de serviço.

Pelo exposto, cabe salientar que tais direitos deveriam ser respeitados, já que podem ser abrangidos pelos direitos elencados na Magna Carta.

4 BRASIL. **Recomendações da OMS**. Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/oms.html>>. Acesso em: 10 out. 2014.

5 BRASIL. **Ministério da Saúde. Portal da Saúde**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/campanhas_publicitarias/campanha_detalhes.cfm?co_seq_campanha=1765>. Acesso em: 18 nov. 2014.

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE

A dignidade da pessoa humana é um princípio do ordenamento jurídico brasileiro com previsão constitucional, além disso, é, também, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pátrio⁶. Sendo assim, depreende-se que o respeito à pessoa humana e à sua dignidade é uma forma de garantir efetividade ao poder estatal.

Tendo em vista ser este um valor reconhecido constitucionalmente como indispensável ele deve ser observado e o seu exercício encorajado. FLEINER⁷ afirma que “pertence à dignidade do homem o respeito à sua singularidade e à sua individualidade”, percebe-se, por conseguinte, que o ser humano deve ter sua liberdade de escolha respeitada. Mais do que isso, o princípio da dignidade humana garante ao homem sua integridade física e o direito à não discriminação – em razão de raça, cor, sexo ou religião. Ele impõe o reconhecimento e o respeito as raízes da existência de cada indivíduo, ou seja, à sua identidade histórica que compõe a sua dignidade interior.

Para COSTA⁸, a dignidade, em seu caráter objetivo, “é o respeito da comunidade pelo sujeito”, e com fundamento na teoria de Kant a jurista afirma que “a dignidade deixa de ser atributo individual e interno para alcançar a comunidade, devendo ser, por ela, protegida”. Ela afirma, também, que “a todos, interessa, portanto, proteger e garantir a dignidade de cada um”, pois acredita que “a dignidade é atributo fundamental para a estrutura social e normativa criada para conquista e preservação dos direitos humanos”.

Por fim, é importante salientar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁹ e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos admitem que a liberdade, a justiça e a paz no mundo têm fundamento no reconhecimento da dignidade de todos os seres humanos. O que deixa evidente a relevância deste direito e a importância de reconhecê-lo e respeitá-lo. Além disso, depreende-se desta informação que a base da sociedade nacional e internacional está no respeito à dignidade inerente a todos os membros da família humana.

⁶ Observar a redação do inciso III do art. 1º da Constituição de 1988, in verbis: art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana; (...). BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Vade mecum Saraiva. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷ FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 12.

⁸ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Dicionário de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php>>. Acesso em: 20 out 2014.

⁹ BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 21 out 2014.

A capacidade do homem de viver de forma livre e autônoma é também um dos direitos fundamentais garantidos a cada membro da espécie humana. Constituindo inclusive um dos aspectos da dignidade humana, neste sentido se posiciona FLEINER¹⁰,

Esta liberdade interior de poder reconhecer segundo sua própria razão qual é a decisão correta e a possibilidade de decidir de acordo com seu próprio julgamento somente estão presentes – pelo menos em tal amplitude – no homem. Quando essa liberdade é invadida por outrem, o homem tem sua dignidade violada. A dignidade humana pressupõe o respeito do âmbito da liberdade que as pessoas necessitam para formar suas opiniões e, de acordo com estas determinar suas ações. **Ademais, é mister dar ao homem a possibilidade de desenvolver-se segundo seus projetos de vida.** Qualquer medida coercitiva que prejudique essencialmente a sua liberdade de decisão se constitui num ataque contra a dignidade humana. **A liberdade de decisão (autodeterminação) faz parte do núcleo essencial do ser humano.** (grifo nosso)

Ou seja, a liberdade e autonomia privada devem ser reverenciadas em razão da capacidade de autodeterminação do homem. Pois o homem deve ter respeitado as suas vontades, desde que não conflitantes com outros direitos fundamentais de interesse coletivo, como forma de se afirmar como ser humano detentor das proteções estatais.

Os princípios da bioética, em geral, ditam diretrizes a serem seguidas no manejo das circunstâncias e valores envolvidos nas relações entre profissionais de saúde e seus pacientes. E, como será demonstrado nesse estudo, o princípio de respeito à autonomia está intimamente ligado aos direitos fundamentais das parturientes. Nota-se que o respeito à autonomia,

requer consciência do direito de a pessoa possuir um projeto de vida próprio, de ter seus pontos de vista e opiniões, de fazer escolhas autônomas, de agir segundo seus valores e convicções. Respeitar a autonomia é, em última análise, preservar os direitos fundamentais do homem, aceitando o pluralismo ético social que existe na atualidade. Este princípio está eticamente fundamentado na dignidade da pessoa humana¹¹.

Sob a ótica da bioética, a autonomia é a habilidade de uma pessoa em buscar o que ela julga ser o melhor para si. Mas, para exercer sua autonomia é preciso o preenchimento de dois requisitos; a) capacidade de compreender e deliberar para decidir entre alternativas apresentadas; e b) liberdade para decidir, portanto, ausência de imposição capaz de influir na tomada de decisão.

¹⁰ FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

¹¹ LOCH, Jussara de Azambuja. **PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA.** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Medicina e Odontologia. BIOÉTICA. Disponível em: <www.pucrs.br/bioetica/cont/jussara/principiosdebioetica.doc>. Acesso em: 20 abril 2015, p. 3.

Portanto, o princípio da autonomia de vontade reflete em diversas legislações com o propósito de intensificar a escolha do ser humano, de modo a não possuir qualquer tipo de vício nesse momento, pois somente, assim, irá consistir em um ato de vontade real.

O PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO PERANTE A RESOLUÇÃO 368/2015 DA ANS

Ao falar sobre direito à informação Marlon Alberto Welchert¹² ensina que o direito à informação compreende o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado, ou o direito à verdade.

Segundo ele o direito de informar “é o direito público subjetivo e individual de transferir informações a terceiros” sem que, contudo seja desrespeitada a dignidade, a honra e a imagem da pessoa humana. Por outro lado,

O direito de se informar tem como objeto a liberdade de busca de dados ou documentos. É o direito individual ou coletivo de buscar, perante o Estado ou bancos de dados públicos, informações de interesse pessoal ou coletivo. É, também, o **direito individual de buscar, em bancos de dados particulares, informações de interesse particular**¹³. (grifo nosso)

Já o direito de ser informado é a capacidade de receber do Estado informações fidedignas sobre quaisquer fatos de interesse público, além de garantir o pleno acesso a elementos mantidos em arquivos públicos, de interesse público ou particular.

Por sua vez, o Tratado Internacional de 1966 da ONU estabeleceu em seu art. 19, *in verbis*,

Artigo 19 – 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; **esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza**, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de escolha¹⁴. (grifo nosso)

Ou seja, a liberdade de informação deve ser garantida, também, no âmbito das relações privadas como forma de consolidar a ideia do ser humano livre, capaz de gozar de sua dignidade e de suas liberdades.

¹² WEICHERT, Marlon Alberto. **Dicionário de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

¹³ WEICHERT, Marlon Alberto. **Dicionário de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php>>. Acesso em: 20 out 2015.

¹⁴ BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de**. Disponível em: <[1966http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf](http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf)>. Acesso em: 21/10/2014.

Sabendo que a liberdade de informação deve ser entendida como um direito fundamental para o desenvolvimento do ser humano não se pode admitir qualquer restrição ou suspensão deste direito. Todavia, a dignidade da pessoa humana, além de alicerce deste direito é também o limite ao seu exercício, isto porque quando houver ameaça à intimidade, à privacidade ou à imagem – ou seja, quando a dignidade for ameaçada – existe uma afronta a um interesse público superior que justifique a não divulgação daquela informação.

É evidente que não é qualquer comunicação que irá satisfazer o direito de receber informação com relação a um determinado assunto. É fundamental fazer essa consideração nas relações contratuais entre particulares. Sendo assim, considerando que trata-se de um direito fundamental, portanto um direito coletivo em seu sentido lato, torna-se viável recorrer ao micro sistema do direito coletivo para compreender com mais clareza a abrangência deste direito.

Sendo assim, considerando que o Código de Defesa do Consumidor¹⁵ (CDC), integra o micro sistema do direito coletivo e tendo conhecimento de que seus dispositivos são genéricos, evitando restringir sua aplicação, iremos usar esta legislação para compreendermos o direito de informação na relação entre particulares.

Isto posto deve-se observar que o CDC em vários dispositivos¹⁶ aponta como direito do cidadão a obtenção de informação adequada, clara e prévia sobre os produtos e, ou, serviços objeto da relação firmada entre os particulares.

Pelo exposto, verifica-se que a restrição ao direito de informação representa uma violação a um direito fundamental, tal restrição pode ocorrer entre particulares, já que o artigo 5º, inciso XIV da Constituição afirma que “é assegurado a todos o acesso à informação¹⁷”. Este direito garante ao homem o exercício de outros direitos fundamentais, tais como o da liberdade de pensamento, de autodeterminação, da personalidade, da dignidade, entre outros.

Em nosso país o sistema de saúde envolve o Sistema Único de Saúde (SUS) e o sistema de saúde suplementar. O SUS foi criado pela Constituição de 1988, dando acesso a toda população brasileira ao atendimento público de saúde. Antes da Constituição o atendimento à saúde era restrito aos empregados que contribuía para a previdência social. Logo, a Constituição Federal garantiu a todos os cidadãos brasileiros acesso universal, integral e gratuito ao sistema de saúde.

Atualmente o SUS é um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo pois abrange desde atendimento ambulatorial à transplante de órgãos soma-se a isto o fato de que o SUS não oferece apenas consultas, tratamentos, remédios ele também faz campanhas de vacinação

¹⁵ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Vade mecum Saraiva.7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁶ Destaca-se os arts. 4º, IV; 6º,III; 8º; 9º; 12; 14; 30; 31 e 46, dentre outros.

¹⁷ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Vade mecum Saraiva.7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

e ações de prevenção e vigilância sanitária. Ou seja, o SUS alcança toda a população Nacional. Por sua vez, a ANS foi criada pela Lei 9.961/2000 com o objetivo de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. Além disso, a ANS tem a função de regular as operadoras de saúde suplementar, as relações entre os fornecedores/prestadores e consumidores e também deve contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Esta é uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde e age como órgão de normatização, regulação, fiscalização e controle das atividades relacionadas à assistência suplementar à saúde, incluindo a autorização do rol de procedimentos médicos. Ela é responsável pela fiscalização dos planos de saúde.

Apesar de estar vinculada ao Ministério da Saúde esta agência possui autonomia administrativa, financeira e patrimonial. No Brasil mais de trinta e sete milhões de pessoas utilizam planos privados de assistência à saúde e o setor de saúde suplementar reúne mais de duas mil empresas operadoras de planos de saúde, inúmeros médicos, dentistas e outros profissionais da área, além de hospitais, clínicas e laboratórios¹⁸.

Diante deste enorme mercado a ANS tem a função de promover o equilíbrio nas relações do setor para que junto com a sociedade possa construir um mercado concreto, equilibrado e socialmente justo. Para tanto, deve dar condições para que o usuário obtenha consciência sanitária.

Outrossim, a ANS pode estabelecer parâmetros e indicadores de cobertura e qualidade em assistência à saúde, propor diretrizes e regras para a regulação do setor de saúde suplementar, fiscalizar as atividades das operadoras de plano, zelar pelo cumprimento das normas referentes ao funcionamento das operadoras e principalmente articular-se com os órgãos de defesa do consumidor buscando a proteção e defesa dos usuários de serviços privados de assistência à saúde.

Diante disso, não se pode negar que a ANS tem o papel de contribuir com o desenvolvimento das ações de saúde no Brasil e, compreendendo tal situação, foi criada a Resolução 368/2015, no intuito de dispor sobre o direito de acesso à informação das parturientes aos percentuais de cesáreas e de partos normais, “por operadora, por estabelecimento de saúde e por médico e sobre a utilização do partograma, do cartão da gestante e da carta de informação à gestante no âmbito da saúde suplementar”¹⁹.

Nota-se que a Resolução Normativa demonstra que sempre que a parturiente precisar

¹⁸ BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2014.

¹⁹ BRASIL. **Resolução 368/2015**. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=2892>. Acesso em 20 abril de 2015.

ou querer saber sobre os percentuais ou mesmo à proporção de partos normais e cirurgias cesáreas, deve ser disponibilizada tal informação. Além disso, é importante dizer que para a parturiente entender a necessidade dessa informação ou ao menos se interessar para tanto, deverá haver uma política de informação dos próprios médicos, no sentido de até mesmo, incentivar tais mães a optarem por partos normais, o que, infelizmente, não ocorre atualmente por conta de diversos fatores, sendo um deles, o “mercado de partos”. A situação que o Brasil se enquadra hoje é devastadora, uma vez que a OMS demonstra que os partos por cesariana devem estar dentro de um percentual de 15%, o que reflete em um quadro oposto enfrentado por um país que é considerado recordista mundial de cirurgias cesáreas.

Isso é lastimável, tendo em vista que os médicos deveriam ter a consciência da necessidade de informar as parturientes durante a gravidez sobre os prós e contras da cesariana e do parto normal, para que ela tenha a possibilidade de optar por alguma. O mercado consumista vai contra essa corrente, apesar de ser considerada mais adequada para as parturientes e até mesmo recomendada pela OMS e agora, pela ANS na Resolução Normativa 368/2015.

A questão da comercialização, do tempo, da captação de dinheiro em relação a um parto normal e uma cesariana, será notada uma certa diferença pelos médicos, o que não se caracteriza como algo importante a ser priorizado, pois para o mundo capitalista e globalizado como o de hoje, tudo torna-se descartável, proporcionando com que direitos fundamentais sejam esquecidos em detrimento do capital.

Posto isto, a Resolução Normativa 368/2015 da ANS foi de grande valia para a situação atual, uma vez que o quadro é emergente e deve ser modificado, introduzindo informações a parturiente e até mesmo a proteção de seu direito de escolha, à saúde, dentre outros, garantidos pela Constituição Federal.

A RELAÇÃO ENTRE A PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO ADEQUADA À PARTURIENTE COM O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA DE VONTADE

A concepção contemporânea de direitos humanos, assim denominada por PIOVESAN²⁰, se consolidou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, adotada e proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

A Declaração de 1948 deixa claro o interesse internacional de garantir ao homem principalmente a sua dignidade e liberdade²¹. Adotada logo após a 2ª Guerra Mundial, ela

²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Dicionário de direitos humanos**: direitos humanos. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos+humanos>>. Acesso em: 23 ago 2014.

²¹ **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da

reflete o interesse de garantir uma sociedade justa e livre de abusos e atrocidades como as que foram cometidas no período. Simboliza uma reconstrução dos direitos humanos e a necessidade de respeitá-los.

Este documento estabelece que os direitos humanos são indivisíveis, universais e ir-renunciáveis. Estabelecendo como requisito exclusivo para a titularidade destes direitos a qualidade de pessoa, primando assim pela dignidade e igualdade de todos os homens.

Em nosso ordenamento os direitos e garantias fundamentais foram estabelecidos principalmente no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil. Todavia, admite-se que estes direitos estão presentes em toda a Carta Magna do nosso Estado, neste sentido observar que um dos fundamentos da república é a dignidade da pessoa humana²².

Hoje os atributos da personalidade demonstraram uma habilidade genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Mas dá-se a estes atributos um sentido de universalidade, pois esta habilidade é reconhecida a todo ser humano. Sobre este aspecto é importante destacar que a personalidade não constitui um direito, dela irradiam-se direitos. A personalidade constitui o fundamento de todos os direitos e obrigações.

Os direitos ora tratados nos permite compreender a pessoa como ela existe, destacando cada elemento que a compõe, individualizando todos os predicados que compõem cada indivíduo. Permitindo assim que se reconheça a sua individualidade.

PEREIRA²³ afirma que,

Em linhas gerais, os direitos da personalidade envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à incolumidade física, à proteção de intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo e tudo mais que seja digno de proteção, amparo e defesa na ordem constitucional, penal, administrativa, processual e civil.

Outrossim, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966²⁴ da ONU em seu art. 16 prevê que “toda pessoa terá direito em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”, demonstrando a relevância deste direito fundamental para o reconhecimento da existência de cada um da espécie humana.

Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Representação da UNESCO no Brasil. Brasília, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 20 abril 2015.

²² A dignidade da Pessoa Humana foi estabelecida como um dos fundamentos da república no art. 1º, inciso III da Constituição da República.

²³ SILVA, Caio Mario da. **Instituições de direito Civil**. vol 1. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005.p. 243.

²⁴ BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de**. Disponível em: <[1966http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf](http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf)>. Acesso em: 21 out 2014.

Tendo em vista ser este um valor reconhecido constitucionalmente como indispensável este direito deve ser observado e o seu exercício encorajado. FLEINER²⁵ afirma que “pertence à dignidade do homem o respeito à sua singularidade e à sua individualidade”, percebe-se, por conseguinte, que o ser humano deve ter sua liberdade de escolha respeitada. Mais do que isso, o princípio da dignidade humana garante ao homem sua integridade física e o direito à não discriminação.

Por fim, é importante salientar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos admitem que a liberdade, a justiça e a paz no mundo têm fundamento no reconhecimento da dignidade de todos os seres humanos. O que deixa evidente a relevância deste direito e a importância de reconhecê-lo e respeitá-lo. Além disso, depreende-se desta informação que a base da sociedade nacional e internacional está no respeito à dignidade inerente a todos os membros da família humana.

O obstetra tem o dever de, acima de tudo, garantir a dignidade da parturiente e do nascituro até os momentos após o nascimento. Devendo garantir atendimento humanizado à parturiente e seus familiares.

Ele deverá assegurar à parturiente a sua autonomia de vontade, nela compreendida a liberdade de escolha segundo sua cultura, religião e experiências sociais. Como forma de garantir a autonomia da vontade o médico tem o dever de prestar todas as informações necessárias de forma clara e precisa, respondendo fundamentadamente todas as perguntas que lhes forem feitas pela parturiente e pelos seus familiares. Ele deve agir em conformidade com os preceitos da boa-fé e respeitando também os direitos da parturiente.

Buscando a humanização do nascimento o médico deverá adotar medidas alternativas ao parto cirúrgico que só deverá ser usado nos casos de extrema necessidade. Conseqüentemente o médico estará obrigado a fornecer todas as informações acerca do serviço, suas características, qualidades, riscos e outros, de modo claro e preciso, não se admitindo falhas ou omissões²⁶. O obstetra é obrigado a adotar as medidas adequadas ao caso, evitando procedimentos desnecessários e que possam causar grave prejuízo à paciente, ele deverá agir segundo os seus deveres, garantir a integridade física dos envolvidos e principalmente da mulher e deverá adotar meios que garantam o respeito à dignidade da parturiente. Lembrando que ela está em inegável situação de vulnerabilidade.

Para que a escolha seja feita de modo consciente é preciso que tenham sido dadas todas as informações necessárias a fim de que haja uma manifestação de vontade da mulher e seja livre de qualquer dúvida.

²⁵ FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 12.

²⁶ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.136.

No momento da escolha, a mulher deve estar livre de qualquer interferência ou restrição para que possa exercer sua autonomia da vontade, e assim possa se sentir “dona” deste momento. Contudo, NOVAES²⁷, ao dizer:

Como ter uma visão ampla das humanidades envolvidas no parto se ortodoxa é a sociedade e, assim como ela, as escolas de Medicina. Além disto, desde a Idade Moderna exaltou-se o fascínio pelo tecnológico, quando o protótipo do homem moderno passou a ser incorporado pelo homem-máquina. Homem sem alma. Homem sem tempo. Corpo sem Ser. Desde então, vive-se um esquecimento da integralidade dor ser humano, que apresenta emoções e que tem aspirações de felicidade e reconhece sua característica de ser mortal. Não é de espantar que eu não houvesse sequer sido apresentado a estes temas, lá nos meus tempos de escola. Que dizer então sobre conhecê-los.

Demonstra com clareza um problema que também é uma preocupação quanto a mudança de mentalidade no tocante à escolha do procedimento pela parturiente, isso porque ele aponta um problema social, e por que não dizer educacional.

Quando as escolhas ocorrem fundadas em um cenário de intimidação por parte do médico que tenta impor sua vontade, de obscuridade do universo dos diversos procedimentos de parto ou de falta de informação quanto a saúde física da parturiente e do nascituro, não há dúvidas de que esta vontade está viciada pelo desrespeito à autonomia da vontade da parturiente.

Por outro lado, quando é garantido à parturiente o direito à informação clara, precisa e irrestrita, a sua dignidade e autonomia de vontade estão sendo respeitadas. Ainda que a parturiente opte em fazer cesariana não haverá que se falar em desrespeito aos seus direitos, pois até os partos cirúrgicos podem ser humanizados.

Se for feita uma má escolha a parturiente e o nascituro poderão correr mais riscos do que eventualmente correriam se tivesse optado por partos mais simples. Pois,

para as especialistas, seria improvável que as mulheres escolhessem uma cesárea se recebessem todas as informações baseadas em evidências a respeito dos riscos desse procedimento para elas e seus filhos. A insistência dos médicos em querer controlar sua própria prática com pouca ou nenhuma interferência da comunidade também deve ser revista para diminuir as estatísticas de parto cirúrgico. Na medida em que os médicos controlam o parto, as mulheres não estão no comando e a humanização do nascimento não vai acontecer. Elas continuarão desamparadas e persistirá o desperdício de recursos profissionais e financeiros²⁸.

²⁷ NOVAES, Paulo Batistuta. **Parto**: uma dimensão do gozo feminino. 2006. Disponível em: <http://www.paulo batistuta.com.br/texto_frame.htm>. Acesso em: 17 set. 2014.

²⁸ JACINTO, Vanessa. **Mãe tem o direito de escolher**. Disponível em: <http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_8/2009/08/30/em_noticia_interna.id_sessao=8&id_noticia=125236/em_noticia_interna.shtml>. Acesso em: 12 nov 2014.

Outra importante consequência da escolha do parto é o impacto social que elas produzem quanto a isso é possível vislumbrar duas vertentes. A primeira trata de um impacto negativo já que “na medida em que os médicos controlam o parto, as mulheres não estão no comando e a humanização do nascimento não vai acontecer. Elas continuarão desamparadas²⁹”, esse desamparo demonstra que a sociedade e o Poder Público estão dando pouca, ou nenhuma importância aos direitos da parturiente e a humanização do parto.

Contudo, a segunda vertente demonstra a capacidade de transformação do cenário atual já que o compartilhamento de informações e experiências é capaz de motivar outras mulheres a viverem essas práticas aumentando o número de adeptas do parto humanizado.

Outrossim, não podemos dizer que a escolha pelo parto cirúrgico, quando não decorrer exclusivamente, pelo estado de saúde da parturiente e/ou nascituro, pode acarretar maiores riscos para a mulher e para o feto já que,

a ciência vem comprovando que o parto humanizado é melhor para a saúde da gestante e do bebê e que o excesso de intervenções tecnológicas durante o parto pode não ser tão seguro. Alguns estudos apontam que um parto de baixo risco realizado por uma parteira ou em casos de parto é tão seguro ou mais do que os partos realizados em hospitais ou maternidades³⁰.

Nosso objetivo aqui é alertar à sociedade sobre o descaso com os direitos da parturiente, incentivando a humanização deste acontecimento, pois queremos que seja garantida a autonomia de vontade da parturiente, de modo que possa ser gozada plenamente, o que só é possível quando à ela for garantida o acesso à informação.

O primeiro grupo diz respeitado às políticas de conscientização das parturientes já que muitas desconhecem os seus direitos. Essas políticas teriam como público alvo as parturientes, em que a elaboração seria de responsabilidade do poder público e dos hospitais privados, dentro de suas dependências. Tais políticas tornariam possível a fiscalização quanto ao respeito aos direitos da parturiente por qualquer mulher que poderia desde logo exigir seus direitos.

Em conjunto com aquelas deverão ser desenvolvidas políticas de conscientização da sociedade quanto à necessidade de respeito aos direitos da parturiente. Isso porque, como já foi dito, a sociedade exerce um papel importante na aplicação e garantia desses direitos e tal situação não pode ser uma escolha ou um induzimento do médico, mas sim da própria

²⁹ JACINTO, Vanessa. **Mãe tem o direito de escolher**. Disponível em: <http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_8/2009/08/30/em_noticia_interna.id_sessao=8&id_noticia=125236/em_noticia_interna.shtml>. Acesso em: 12 nov 2014.

³⁰ **Parto Humanizado: respeito a escolha da mulher**. Pró-Matrix. Disponível em: <<http://www.pro-matrix.com.br/spip.php?article64>>. Acesso em: 12 nov 2014.

parturiente, tendo em vista os riscos oferecidos e os parâmetros da OMS, até porque, o parto não poder ser uma questão mercadológica, mas de cuidado.

Portanto, é inegável a necessidade da prestação da informação adequada, conforme a expresso na Resolução 368/2015 da ANS, pelo médico à parturiente para que, assim, haja uma escolha real e consciente na hora de decidir qual parto deverá ser realizado, oferecendo menos risco tanto a parturiente, quanto ao nascituro.

A MENTALIDADE DE UMA SOCIEDADE DESCARTÁVEL QUE EVIDENCIA O RISCO A PARTURIENTE E AO NASCITURO

A cesárea é um tipo de intervenção cirúrgica e por isso o ideal é que seja realizada apenas quando houver motivação clínica, por exemplo: desproporção entre o tamanho do feto e da bacia óssea da parturiente, lesão por herpes no momento do trabalho de parto, feto na posição errada e cordão enrolado no pescoço do feto³¹.

Há uma crítica ao uso indiscriminado e excessivo de cesariana. Quanto a isso é importante dizer que muitas mulheres e médicos optam em fazer esse tipo de parto não por indicações clínicas mas para evitar a dor ou porque o tempo até o nascimento é muito menor. Neste sentido vê-se que,

Por todo o mundo, verifica-se um grande aumento de nascimentos por via cirúrgica, o que é chamado por alguns de “epidemia de cesáreas” - a cesariana, passou em menos de um século de uma cirurgia que invariavelmente causava a morte materna a baixo risco. Mas como toda cirurgia, seus riscos não devem ser ignorados, e aumentam a cada nova cesariana. Os riscos maternos incluem aderências, infecções, hematoma, hérnia, lesão na bexiga ou outros órgãos, hemorragia, acidentes anestésicos, tromboembolismo, os fetais incluem cortes acidentais, desconforto respiratório, maior necessidade de UTI neonatal, dificuldade na amamentação³².

A cirurgia cesariana apresenta muitos riscos e desvantagens tais como: recuperação mais lenta e mais dolorosa, atraso na produção do leite (lactação), a mãe não participa ativamente do parto, mais dores após o parto, a cada nova cesariana o risco aumenta, entre tantas outras³³.

Contudo não se pode negar que também apresenta algumas vantagens, por exemplo, o parto demora menos, o aparelho genital é preservado, é possível marcar hora e data para que

³¹ RODRIGUES, Bruno. **Tipos de Parto: Parto cesárea ou cesariano**. Disponível em: <http://guiadobebe.uol.com.br/parto/parto_cesarea.htm>. Acesso em: 20 dez 2014.

³² **Cesária: crítica**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cesariana>>. Acesso em: 16 nov 2014.

³³ **Cinquenta Motivos para evitar uma cesariana desnecessária**. Sobre(viver) a Cesariana. 11 dez. 2006. Disponível em: <<http://sobcesaria.blogspot.com/2006/12/50-motivos-para-evitar-uma-cirurgia.html>>. Acesso em: 20 dez 2014.

ocorra o parto, ou seja, a mãe e o médico podem decidir quando se dará o parto, a mulher não sente dor na hora do parto e no trabalho de parto³⁴.

Cada tipo de parto possui suas vantagens e desvantagens, indicações e contraindicações. Por isso não se deve impor que uma mulher escolha uma ou outra forma de parir é preciso que as pessoas envolvidas no parto avaliem as condições de cada caso para só então dizer de que forma a mulher deverá dar à luz.

Ou seja, inexistente um tipo de parto que seja bom para todas as mulheres isso porque para fazer esta escolha é preciso analisar as condições físicas e psicológicas de cada mulher, a saúde materna e a do feto, as condições da sociedade em que a parturiente está inserida entre tantas outras variáveis.

Mas para que a parturiente tenha condições de escolher o tipo de parto ela precisa estar informada sobre todas as possibilidades, as circunstâncias em que esta envolvida. Deve saber os riscos e os benefícios de cada procedimento para que então possa exercer sua autonomia de vontade de forma fundamentada e consciente. Ainda que por motivos de saúde o médico esteja limitado à realização de um único tipo de parto a mulher deverá ser informada dos motivos.

Muitas mulheres ao escolherem o tipo de parto a que se submetem aquela opção que garanta um maior conforto, aqui entendido como ausência de dor, o que é perfeitamente possível naqueles partos que nada mais são do que uma intervenção cirúrgica ou então nos casos em que o médico utiliza anestesia. Contudo, é possível afirmar que uma mulher segura de todo processo tem condições de sentir menos dor do que uma mulher assustada e tensa.³⁵

Vale lembrar que quando a parturiente tem acesso a todas as informações necessárias ela entrará mais segura na sala, aliviando a tensão o que permite um estado de relaxamento o que ameniza as dores, neste sentido devemos observar que:

O parto sem dor pode começar no pré-natal onde a mãe deve receber as informações necessárias de como reconhecer as contrações verdadeiras, a hora de ir para o hospital e o que acontecerá com ela no hospital. Se tiver um acompanhante na hora do parto, tensão e a insegurança da mamãe também diminuem, suavizando dores. Outro fator é atenção dada à mamãe quando chega ao hospital.³⁶

³⁴ VEIGA, Ainda. **Sem dor e sem culpa**: Mais simples e mais segura, a cesariana perde a fama de opção de luxo e conquista a confiança de obstetras que só a admitiam em casos de absoluta necessidade. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/020501/p_060.html>. Acesso em: 20 dez 2014.

³⁵ Nos Estados Unidos foi desenvolvida uma técnica fundada em treinamento de técnicas respiratórias, de relaxamento e de concentração das gestantes com o objetivo de deixar a parturiente preparada e segura para o parto. **Parto sem dor**. Disponível em: <http://guiadobebe.uol.com.br/parto/parto_sem_dor1.htm>. Acesso em: 16 nov 2014.

³⁶ RODRIGUES, Bruno. **Parto sem dor**. Disponível em: <http://guiadobebe.uol.com.br/parto/parto_sem_dor1.htm>. Acesso em: 16 nov 2014.

Por isso, para garantir a dignidade da parturiente é preciso que sejam respeitos os seus direitos, principalmente o direito à informação, evitando-se um sofrimento desnecessário.

O ideal é que a parturiente tenha um parto humanizado pois assim terá a garantia de que seus direitos estão sendo observados e sua dignidade respeitada. Evitando-se ao máximo o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais à existência do ser humano.

Entendemos que hoje o Brasil sofre com a banalização do momento do parto pois, não raro, vemos que os médicos, bem como os hospitais e planos, recomendam, e porque não dizer que tentam impor, um determinado tipo de parto apenas visando objetivos econômicos como: necessidade de desocupar rapidamente leitos, menor gasto de tempo, possibilidade de programar a agenda e por tantos outros motivos.

Todavia, é possível perceber que cada vez mais as pessoas se preocupam com a humanização de todo o processo. Cada vez as mulheres de todo o mundo se mostram interessadas nas formas alternativas de parturição³⁷. Apesar de esta corrente estar ganhando adeptas no Brasil, este movimento ainda se mostra tímido já que a taxa de cesariana, nos hospitais privados, chega a 80%³⁸ e a maioria dos partos normais são feitos em hospitais³⁹.

Sem dúvida o principal motivo para o contrataste existente entre a realidade brasileira e a de outros países está principalmente na cultura, na educação, no pouco acesso à informação adequado e necessária, a falta de ambiente adequado e a na falta de legislação que resguarde os direitos da parturiente. Quadro que sem dúvida precisa ser mudado com a máxima urgência.

37 “O modelo americano é o que mais se assemelha ao brasileiro... no entanto a taxa de cesárea nos EUA não passa dos 25% e, mesmo assim, é considerada alta. É muito raro, por exemplo, que um parto normal seja realizado numa sala de cirurgia, como é de praxe no Brasil. Já existe um nível de consciência e questionamento por parte das mulheres americanas que faz com que práticas como movimentar-se e usar o chuveiro ou a banheira para aliviar as dores durante o trabalho de parto sejam amplamente difundidas e aceitas. Países como Holanda e Inglaterra, com índices de mortalidade materna e infantil baixíssimos, ainda baseiam toda a assistência ao parto na figura da obstetriz ou parteira. Nestes países os médicos obstetras são considerados especialistas que tratam apenas de eventuais complicações e das gestações de risco. As obstetras cuidam do pré-natal e fazem o parto normal da grande maioria das mulheres.” DUARTE, Ana Cris. **Parto na água**. Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/partonagua.html>>. Acesso em: 16 de nov 2014. “Na Holanda, 35% de todos os bebês nascem em casa.. Lá, o parto domiciliar é quase rotina. A taxa de cesárea é menor que 10%. A gravidez tende a ser vista como uma fase especial na vida de uma mulher e não como uma doença. O parto é visto como um processo normal: doloroso mas compensador. O uso da anestesia peridural ainda é raro e cursos de preparação para o parto (normal) proliferam”. PRADO, Andrea A. **O parto na Holanda**. Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/poutras5.html>>. Acesso em: 16 nov 2009. “A Suécia é um país que encara a gestação e o parto como fenômenos naturais na vida de uma mulher. Quem dá assistência às mulheres são as parteiras, com formação específica para esta função. A cesariana é reservada para os casos onde é realmente necessária, sendo que a taxa nacional é de 11%”. PRADO, Andrea A. **O parto na Suécia**. Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/poutras6.html>>. Acesso em: 16 nov 2014.

38 **Campanha incentivo ao parto normal**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/campanhas_publicitarias/campanha_detalhes.cfm?co_seq_campanha=1765#>. Acesso em: 14 nov 2014.

39 DUARTE, Ana Cris. **Parto na água**. Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/partonagua.html>>. Acesso em: 16 nov 2014.

Para que a escolha seja feita de modo consciente é preciso que tenham sido dadas todas as informações necessárias a fim de que haja uma manifestação de vontade da mulher e seja livre de qualquer dúvida.

No momento da escolha, a mulher deve estar livre de qualquer interferência ou restrição para que possa exercer sua autonomia da vontade, e assim possa se sentir “dona” deste momento.

Contudo, NOVAES⁴⁰, ao dizer:

Como ter uma visão ampla das humanidades envolvidas no parto se ortodoxa é a sociedade e, assim como ela, as escolas de Medicina. Além disto, desde a Idade Moderna exaltou-se o fascínio pelo tecnológico, quando o protótipo do homem moderno passou a ser incorporado pelo homem-máquina. Homem sem alma. Homem sem tempo. Corpo sem Ser. Desde então, vive-se um esquecimento da integralidade dor ser humano, que apresenta emoções e que tem aspirações de felicidade e reconhece sua característica de ser mortal. Não é de espantar que eu não houvesse sequer sido apresentado a estes temas, lá nos meus tempos de escola. Que dizer então sobre conhecê-los.

Demonstra com clareza um problema que também é uma preocupação quanto a mudança de mentalidade no tocante à escolha do procedimento pela parturiente, isso porque ele aponta um problema social, e por que não dizer educacional. O problema é social, pois evidência a frieza da sociedade, a robotização do homem que em razão da falta de tempo perdeu suas emoções.

Quando as escolhas ocorrem fundadas em um cenário de intimidação por parte do médico que tenta impor sua vontade, de obscuridade do universo dos diversos procedimentos de parto ou de falta de informação quanto a saúde física da parturiente e do nascituro, não há dúvidas de que esta vontade está viciada pelo desrespeito à autonomia da vontade da parturiente.

Por outro lado, quando é garantido à parturiente o direito à informação clara, precisa e irrestrita, a sua dignidade e autonomia de vontade estão sendo respeitadas. Ainda que a parturiente opte em fazer cesariana não haverá que se falar em desrespeito aos seus direitos, pois como visto no item 6.4 até os partos cirúrgicos podem ser humanizados.

Se for feita uma má escolha a parturiente e o nascituro poderão correr mais riscos do que eventualmente correriam se tivesse optado por partos mais simples. Pois,

Para as especialistas, seria improvável que as mulheres escolhessem uma cesárea se recebessem todas as informações baseadas em evidências a respeito dos riscos desse procedimento para elas e seus filhos. A insistência dos médicos em querer controlar sua própria prática com pouca ou nenhuma interferência da

⁴⁰ NOVAES, Paulo Batistuta. **Parto**: uma dimensão do gozo feminino. 2006. Disponível em: <http://www.paulo batistuta.com.br/texto_frame.htm>. Acesso em: 17 set. 2014.

comunidade também deve ser revista para diminuir as estatísticas de parto cirúrgico. Na medida em que os médicos controlam o parto, as mulheres não estão no comando e a humanização do nascimento não vai acontecer. Elas continuarão desamparadas e persistirá o desperdício de recursos profissionais e financeiros⁴¹.

Outra importante consequência da escolha do parto é o impacto social que elas produzem quanto a isso é possível vislumbrar duas vertentes.

A primeira trata de um impacto negativo já que “na medida em que os médicos controlam o parto, as mulheres não estão no comando e a humanização do nascimento não vai acontecer. Elas continuarão desamparadas⁴²”, esse desamparo demonstra que a sociedade e o Poder Público estão dando pouca, ou nenhuma importância aos direitos da parturiente e a humanização do parto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante este estudo constatamos que a parturiente goza de proteção Constitucional na medida em que a ela são garantidos direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade.

Percebemos que estas medidas protetivas se mostram necessárias. Mas também, que é preciso informar e conscientizar as parturientes e a sociedade, a fim de fazer serem conhecidos os direitos inerentes a essas pessoas.

Garantir o amplo acesso à informação é também um dos direitos da parturiente, pois, só assim, ela poderá exercer a sua liberdade de escolha e garantir a sua autonomia de vontade.

Essa questão tem sido amplamente tratada pelos diversos ramos da sociedade, mas até a comunidade jurídica tem-se mostrado pouco engajada a este tema, que se mostra extremamente relevante, já que o Brasil, no *ranking* da OMS, é o país que mais realiza partos cirúrgicos no mundo. O que causa uma elevação dos riscos na hora do parto.

É importante lembrarmos que o poder judiciário constantemente é acionado para resolver eventuais lides que se formam. Por isso é inegável a necessidade de intervenção dos operadores de direito.

⁴¹ JACINTO, Vanessa. **Mãe tem o direito de escolher**. Disponível em: <http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_8/2009/08/30/em_noticia_interna,id_sessao=8&id_noticia=125236/em_noticia_interna.shtml>. Acesso em: 12 nov 2014.

⁴² JACINTO, Vanessa. **Mãe tem o direito de escolher**. Disponível em: <http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_8/2009/08/30/em_noticia_interna,id_sessao=8&id_noticia=125236/em_noticia_interna.shtml>. Acesso em: 12 nov 2014.

REFERÊNCIAS

Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 15/11/2014.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Vade mecum Saraiva.7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil.** Vade mecum Saraiva.7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Campanha incentivo ao parto normal.** Portal da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/campanhas_publicitarias/campanha_detalhes.cfm?co_seq_campanha=1765>. Acesso em: 18 nov.2014.

BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 21 out 2014.

BRASIL. **Recomendações da OMS.** Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/oms.html>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. **Resolução 368/2015.** Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=2892>. Acesso em 20 abril de 2015.

Cesária: crítica. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cesariana>>. Acesso em: 16 nov 2014.

Cinquenta Motivos para evitar uma cesariana desnecessária. Sobre(viver) a Cesariana. 11 dez. 2006. Disponível em: <<http://sobcesaria.blogspot.com/2006/12/50-motivos-para-evitar-uma-cirurgia.html>>. Acesso em: 20 dez 2014.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Dicionário de direitos humanos.** Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php>>. Acesso em: 20 out 2014.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Representação da UNESCO no Brasil. Brasília,1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 20 abril 2015.

DUARTE, Ana Cris. **Parto na água.** Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/parto-nagua.html>>. Acesso em: 16 nov 2014.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 12.

JACINTO, Vanessa. **Mãe tem o direito de escolher.** Disponível em: <http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_8/2009/08/30/em_noticia_interna,id_sessao=8&id_noticia=125236/em_noticia_interna.shtml>. Acesso em: 12 nov 2014.

LOCH, Jussara de Azambuja. **PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA.** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Medicina e Odontologia. BIOÉTICA. Disponível em: <www.pucrs.br/bioetica/cont/jussara/principiosdebioetica.doc>. Acesso em: 20 abril 2015.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** 4^aed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.136.

NOVAES, Paulo Batistuta. **Parto: uma dimensão do gozo feminino.** 2006. Disponível em: <http://www.paulo batistuta.com.br/texto_frame.htm>. Acesso em: 17 set. 2014.

PRADO, Andrea A. **O parto na Suécia.** Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/poutras6.html>>. Acesso em: 16 nov 2014.

Parto Humanizado: respeito a escolha da mulher. Pró-Matrix. Disponível em: <<http://www.promatrix.com.br/spip.php?article64>>. Acesso em: 12 nov 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Dicionário de direitos humanos: direitos humanos.** Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos+humanos>>. Acesso em: 23 ago 2014.

RODRIGUES, Bruno. **Parto sem dor.** Disponível em: <http://guiadobebe.uol.com.br/parto/parto_sem_dor1.htm>. Acesso em: 16 nov 2014.

RODRIGUES, Bruno. **Tipos de Parto: Parto cesárea ou cesariano.** Disponível em: <http://guiadobebe.uol.com.br/parto/parto_cesarea.htm>. Acesso em: 20 dez 2014.

SILVA, Caio Mario da. **Instituições de direito Civil.** vol 1. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005.p. 243.

VEIGA, Aínda. **Sem dor e sem culpa:** Mais simples e mais segura, a cesariana perde a fama de opção de luxo e conquista a confiança de obstetras que só a admitiam em casos de absoluta necessidade. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/020501/p_060.html>. Acesso em: 20 dez 2014.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Dicionário de direitos humanos.** Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO: A CONTRATAÇÃO DE UM “ÚTERO” VERSUS A DIGNIDADE DO NASCITURO

DEYSE DOS SANTOS MOINHOS¹

RESUMO

O artigo tem como objetivo explorar polêmico tema da disciplina de Bioética: a maternidade de substituição. São grandes os debates que giram em torno desta disciplina, em razão do progresso da ciência nas áreas da saúde. Essas discussões abrem um leque de argumentos prós e contras ligados à ética, à moral, ao direito, dentre outras ciências, em especial, por conta dos valores humanos envolvidos. Um destes, elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, é a dignidade da pessoa humana. Em especial, o artigo abordará a contratação de um útero para que uma mulher gere um filho para outrem sob a ótica da dignidade do nascituro. Para melhor compreensão, num primeiro momento, serão tecidas considerações a respeito da liberdade de procriar e da autonomia no planejamento familiar, garantia constitucional e legal do indivíduo. Em seguida, será levada em consideração a técnica da reprodução assistida como solução diante da impossibilidade de algumas pessoas de procriar. A reflexão se concentrará na liberdade do indivíduo de ter filhos por meio interposto, ou seja, através de uma “mãe substituta” diante de um diagnóstico de impedimento gestacional. Num terceiro momento, será tratada a questão da contratação do útero, a chamada “gestação de substituição” pelo Conselho Federal de Medicina, destacando o que este órgão normatiza sobre o tema, mesmo que de forma deontológica, bem como qual a posição do ordenamento jurídico quanto à regulamentação deste “contrato”. Por fim, o artigo enfrentará a questão da violação ou não da dignidade do nascituro decorrente de uma contratação de um útero que o possa gerar e, ao final desta gestação, quando do seu nascimento, a sua entrega, como sujeito agora nascido, aos pais contratantes.

Palavras-chave: Maternidade de substituição. Dignidade. Nascituro.

INTRODUÇÃO

E à mulher [Deus] disse: Multiplicarei grandemente a tua dor da tua conceição; com dor darás à luz filhos; e o teu desejo será para o teu marido, e ele te dominará (Bíblia Sagrada, Gênesis 3:16)

A passagem bíblica citada acima nos remete ao castigo que Deus dá a mulher em virtude da desobediência ao comer da árvore proibida no Jardim do Éden: que ela sentiria dor ao dar à luz a filhos.

¹ Mestranda em Direito pelo Unifio/Osasco na área de concentração em Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos. Bolsista CAPES-PROSUP. Especialista em Direito Contratual pela PUC/SP. Graduada em Direito pelo Unifio/Osasco. Docente da Universidade Anhanguera - Osasco/SP. Advogada (deysemoinhos@uol.com.br).

Percebemos que procriar já fazia parte dos planos divinos (mesmo que iniciada através de um ato de desobediência). E a dor não foi o impedimento para que a mulher cultivasse o desejo de perpetuar à sua descendência. E, numa das histórias bíblicas, quando Sara, mulher de Abraão, estava impedida por Deus de gerar (assim ela acreditava), teve a ideia de pedir a seu marido que deitasse com sua escrava Agar para que esta lhe desse um filho (Bíblia Sagrada, Gênesis 16:2).

A maternidade de substituição, portanto, não é uma ideia nova. Há muito já se utilizou de um terceiro para gerar um filho por outrem. Mas hoje, o meio pelo qual esse desejo é realizado não precisa se resumir ao ato sexual.

O avanço da tecnologia médica tem possibilitado mulheres que apresentam inviabilidade gestacional a terem filhos biológicos utilizando-se de um útero contratado, através de técnicas de reprodução medicamente assistida. Não só mulheres, mas também homens (individualmente considerados) e casais, heterossexuais ou homossexuais.

O que não se pode esquecer é que, neste tipo de “negócio” são três as partes envolvidas: quem contrata uma mulher para gerar; a mulher que se dispõe a ceder seu útero para tanto; e o bebê, o resultado tão esperado.

Neste sentido questiona-se: é possível a contratação de um “útero” para que se possa gerar um filho para outrem? E mais: esta contratação poderia violar os direitos fundamentais, em especial, a dignidade do nascituro?

Assim, no texto, num primeiro momento, será tratada a questão da liberdade de procriar e da autonomia no planejamento familiar. Em seguida abordaremos a reprodução assistida como meio de exercer essa liberdade de ter filhos. Após, entraremos na questão da contratação do útero ou da gestação de substituição, como denominado pelo Conselho Federal de Medicina. E, por fim, analisaremos o nascituro, o fim desejado na maternidade de substituição, sob o enfoque do princípio da dignidade humana.

A LIBERDADE DE PROCRUAR E A AUTONOMIA NO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A liberdade é certamente um dos direitos fundamentais que mais propicia ao ser humano o desenvolvimento de sua personalidade.

Quando a pessoa exerce o seu livre arbítrio, ela acredita que tal atitude é o melhor a fazer para si. Corroborando este entendimento, ensina José Afonso da Silva que a “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”².

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 223.

Neste sentido, é notório que a maternidade e a paternidade desencadeiam transformações íntimas e profundas nas pessoas; alterações de toda ordem acontecem nas vidas daqueles que experimentam ter filhos. E esta escolha, de grande relevância e impacto pessoal e social, deve ser tomada única e exclusivamente pela própria pessoa ou pelo casal, com responsabilidade e planejamento.

Dois temas, a princípio, destacam-se aqui. O primeiro ligado a liberdade de procriar. E o segundo o que tange à autonomia no planejamento familiar.

“A procriação representa para a espécie humana – e para qualquer outra espécie – seu futuro no planeta, como símbolo de perpetuação e manutenção da raça humana sobre a Terra”³. Representa, ainda, ver projetado no outro a sua descendência, um pouco de si.

A Constituição da República, em seu art. 226, consagra a família como base da sociedade e determina a sua proteção pelo Estado. Vale registrar que, nos dias atuais, não é só pelo casamento que se constitui uma entidade familiar. O conceito de *família* não é unívoco e, sem dúvida, é um dos institutos jurídicos que mais se transformaram nos últimos tempos, com fundamento, principalmente, na *ideologia do afeto*⁴.

O §7º do referido art. 226, a Constituição dispõe: “*Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas*” (grifos nossos). O Código Civil, em seu art. 1.565, § 2º, também prevê o planejamento familiar, no mesmo sentido da redação constitucional.

O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 9.263/96 que trata do planejamento familiar, conceituando-o da seguinte maneira: “*para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal*”.

³ BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de procriar e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, v. 9, n. 1, jan./jun. EDUNIC Universidade de Cuiabá, 2007. p. 47

⁴ Sérgio Resende de Barros ensina que a ideologia do afeto surge e insurge contra a velha e superada ideologia da família patriarcal, herdada da cultura romana. E continua: “O afeto é que conjuga. Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem história não tenha sido assim” (BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. V. 14, jul./ago./set. 2002. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, 2002, p. 9).

Pelas legislações apontadas, verificamos que o planejamento familiar representa uma garantia da pessoa quanto ao exercício (ou não) da liberdade de ter filhos, seja o homem, a mulher ou o casal. É também um ato de amor, que só pode ser manifestado pelos desejosos na procriação.

A autonomia da vontade é um dos princípios basilares do Direito Privado e está ligado ao poder que a pessoa tem de decidir o seu destino. Verificamos este princípio consagrado na Constituição e na Lei de Planejamento Familiar quando o texto normativo dispõe ser “livre o planejamento familiar”. Portanto, por participar das esferas da liberdade do indivíduo, é direito fundamental e também um “direito personalíssimo dos consortes”⁵.

O exercício desta liberdade (de ter ou não filhos) não pode sofrer interferência do Estado. O art. 2º, parágrafo único da Lei nº 9.263/96 proíbe ações públicas para qualquer tipo de controle demográfico. “Assim, o planejamento familiar não deve conduzir ao induzimento do comportamento social de quantos filhos um casal deve ou pode ter”⁶. Esta escolha é da pessoa, está dentro da esfera de sua autonomia, no caso, a de decidir ou não procriar.

Ao Poder Público caberá desenvolver políticas de educação, informação e esclarecimentos para a população como um todo, bem como disponibilizar serviços que possibilitem a orientação a uma paternidade e maternidade responsável⁷.

Voltando ao texto constitucional, vale ressaltar ainda que o constituinte fixou a premissa que o planejamento familiar está fundado em dois princípios: o da dignidade da pessoa humana e o da paternidade responsável.

Clayton Reis, ao discorrer sobre o tema, sustenta que a norma jurídica ao escolher tais princípios fundamentais no âmbito da estrutura familiar, confere aos consortes uma imensa responsabilidade social, e elenca três razões que levaram o legislador a adotar essa política: a) a primeira está ligada à política de ocupação do território nacional, como igualmente à estratégia de defesa das nossas fronteiras e soberania, pois o Estado brasileiro necessita de mão de obra produtiva qualificada para atuar em prol da nação; b) a segunda se encontra atrelada à responsabilidade social da família, quanto à formação, educação e profissionalização dos filhos (e o Estado se associa com a sociedade familiar, propiciando os recursos para o exercício desse direito); c) o terceiro ponto fundamental é a observância pelo Estado do

⁵ REIS, Clayton. O planejamento familiar – um direito da personalidade do casal. In: **Revista Jurídica Cesar Mestrado**. V. 8, n. 2, jul./dez. 2008. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2008. P. 424-427

⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado; MACHADO, Maria Regina Marrocos. Direito do planejamento familiar. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord). **Direito Ambiental em Evolução**. 1ª ed. (2002), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 317.

⁷ No Brasil a Política Nacional de Planejamento Familiar foi lançada em 2007; para maiores detalhes v.: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acesso em: 28 nov. 2014.

direito de escolha dos consortes – uma questão de dignidade da pessoa humana –, pois não deve interferir nas decisões íntimas ou pessoais do casal⁸.

Por fim, vale destacar, ainda, que a referida Lei do Planejamento Familiar dispõe em seu art. 9º: “*para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção*” (nossos grifos). Registra-se: mais uma vez, no final do artigo, a lei consagra a liberdade da pessoa.

A lei não esclarece quais serão estes métodos e técnicas de concepção, mas a ciência se encarrega de colocá-los à disposição dos indivíduos, nos casos de infertilidade e contra-indicação à gravidez.

REPRODUÇÃO ASSISTIDA: UMA SOLUÇÃO DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE PROCRIZAR

O princípio do desenvolvimento científico é consagrado na Constituição da República em seu art. 218⁹ e, no campo da saúde, apresenta significantes avanços com as técnicas de reprodução humana assistida¹⁰.

Essas técnicas fogem dos padrões humanos tradicionais e normais de procriação, até então realizada através do ato sexual.

Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, discorrendo sobre espécies de filiação, diferencia filiação resultante da procriação carnal da procriação assistida, considerando, respectivamente, a presença ou não da relação sexual. Em especial, a reprodução assistida, continua o autor,

“decorre do curso à técnica reprodução medicamente assistida – chamadas por alguns de reprodução ou procriação artificial -, ou seja, sem qualquer contato sexual entre homem e mulher, mas logicamente contando com emprego de material fecundante para permitir a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* ou qualquer outra técnica que permita a fecundação do óvulo pelo espermatozoide e, assim, a produção do embrião que deverá ser desenvolvido no corpo de uma mulher para posteriormente ensejar o nascimento da criança”¹¹.

⁸ REIS, Clayton. O planejamento familiar – um direito da personalidade do casal. In: **Revista Jurídica Censumar Mestrado**. V. 8, n. 2, jul./dez. 2008. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2008. P. 424-426.

⁹ Com a nova redação da Emenda Constituição nº 85/2015, dispõe o texto da CF/88: “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.

¹⁰ Para saber mais sobre as técnicas de reprodução assistida, indicamos o site do Instituto Brasileiro de Reprodução Assistida. Disponível em: <http://www.ibrra.com.br/>. Acesso em 28 nov. 2014.

¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais**: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. P. 472-473.

Portanto, as pessoas que, por algum motivo, não puderem gerar filhos de maneira natural em decorrência, por exemplo, de sua infertilidade, poderão contar com a ciência médica que coloca à sua disposição as referidas técnicas de reprodução humana assistida, “devolvendo ao homem e à mulher o direito à descendência”¹².

Longe de aprofundar-se na explicação dessas técnicas, mas apenas para contextualizar o tema, registra-se que a manipulação do material genético pode acontecer fora ou dentro do corpo da mulher, com material genético dos futuros pais biológicos ou de um terceiro-doador.

Como exemplo de R.A. (Reprodução Assistida), cita-se a F.I.V. (fertilização *in vitro*) e a inseminação artificial. Maria Helena Diniz explica sobre a reprodução assistida e suas técnicas, em breve síntese, da seguinte forma:

[Reprodução Assistida é a] manipulação em laboratório de componentes genéticos da fecundação, que pode dar-se por inseminação artificial homóloga ou heteróloga, inoculando-se, na mulher, sêmen do marido ou de terceiro, ou por ectogênese ou fertilização *in vitro*, que pode ser homóloga, se feita com componentes genéticos advindos do casal, ou heteróloga, se com material fertilizante de terceiro (sêmen do marido e óvulo da esposa; sêmen e óvulo de estranhos), cujo embrião pode ser implantado no útero da esposa ou de terceira pessoa. A inseminação artificial processa-se mediante o método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer), por ser fecundação *in vitro*, ou seja, inoculação do sêmen na mulher sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião. A fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer), que consiste na retirada do óvulo da esposa ou de outra mulher para fecundá-la na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra.¹³

No campo jurídico, registra-se que não há legislação específica sobre o tema reprodução assistida (e as conseqüentes dela decorrentes), em que pese os avanços tecnológicos da medicina, em ritmo acelerado.

O Código Civil foi extremamente tímido ao abordar o tema da reprodução humana assistida fazendo constar referências em seu art. 1.597, incisos III, IV e V ao tratar da filiação^{14 15}.

¹² DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 5ª ed. rev. aum. atual. Saraiva: São Paulo, 2008. p. 521.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008, p.170-171.

¹⁴ Código Civil, art. 1.597. “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

¹⁵ O Enunciado nº 257 aprovado na III Jornada de Direito Civil admoesta a respeito da interpretação da referida legislação, dispondo que: “Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição”. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2015.

Existem alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional sobre o assunto, desde o ano de 1997¹⁶. Dentre eles, o mais atual, o Projeto de Lei nº 115/15 que *Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais*.

O referido projeto, em seu artigo 2º conceitua Reprodução Humana Assistida como “aquela que decorre do emprego de técnicas médicas cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, viabilizando a fecundação e a gravidez”¹⁷.

O termo reprodução assistida é utilizado para especificar o conjunto de técnicas para tratamento da infertilidade, “que vai desde a introdução de gametas masculinos no aparelho genital feminino por meio de diferentes da cópula carnal até as técnicas mais sofisticadas de fertilização *in vitro*”¹⁸.

O Conselho Federal de Medicina já vem regulamentando a matéria há algum tempo (desde 1992, com a Resolução nº 1.358, ora revogada). Atualmente está em vigência a Resolução nº 2.013/2.013 que dispõe sobre a adoção de “normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida”¹⁹; mesmo sem força de lei (mas de cunho deontológico) é a norma mais especial a mercê do Judiciário para balizar suas decisões.

Essas técnicas, portanto, alteram as vias naturais de concepção e “surtem como um meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril”²⁰.

Sendo assim, clínicas especializadas em reprodução humana assistida trabalham com o sonho de muitos que almejam ser biologicamente pai e/ou mãe, mesmo que através de um terceiro, como é o caso da gestação de substituição, que trataremos a seguir ^{21 / 22}.

¹⁶ BRASIL, Câmara dos Deputados. “Árvore de Apensados e Outros Documentos da Matéria” demonstrando todos os projetos de lei apensados sobre reprodução humana assistida. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_arvore_tramitacoes?idProposicao=118275. Acesso em: 8 mar. 2015.

¹⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 115/2.015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015. Acesso em: 08 mar. 2015.

¹⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 364.

¹⁹ Disponível no Portal Médico em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 28 nov. 2014.

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 26.

²¹ Segundo a reportagem do Globo ciência, *on line*, o custo de uma FIV (Fertilização *in vitro*) é em média de R\$ R\$ 16,5 mil e de uma cessão de útero o equivalente a R\$ 15 mil. Reportagem: Quanto custa a reprodução assistida? Atualizada em 31/05/14. Disponível em <http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2013/05/quanto-custa-reproducao-assistida.html>. Acesso em: 28 nov. 2014.

²² O Ministério de Saúde baixou a Portaria Nº 426/GM em 22/02/2005 que “*Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências*”. Todavia, a técnica é realizada de forma gratuita através de nove hospitais que recebem recursos do Estado (três deles em São Paulo). No ano de 2012, segundo a Portaria/MS 3.149 de 28/12/2012, foram destinados aos referidos estabelecimentos de saúde R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html. Acesso em: 28 nov. 2014.

CONTRATAÇÃO DO ÚTERO: A CHAMADA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

As técnicas de reprodução assistida permitiram uma reformulação e inovação no campo da família, dentre elas, a chamada *gestação de substituição ou cessão temporária do útero*. Aliás, diversos são os nomes atribuídos para esta técnica: maternidade de substituição, maternidade sub-rogada, cessão temporária do útero ou a nomenclatura popular “barriga de aluguel”, entre outras.

Através deste fenômeno ocorre uma quebra na regra da até então intangível *mater semper certa est*, que desafia os conceitos tradicionais jurídico-familiares. Há uma cisão entre gestação e maternidade. Estamos diante da possibilidade da contratação de um útero pelo casal (heterossexual ou homossexual) ou por uma única pessoa para que esta “mulher contratada” gere um bebê que, após o seu nascimento, será entregue aos pais (ou pai ou mãe) contratantes.

O material genético utilizado na maternidade de substituição, interpretando a Resolução do CFM nº 2.013/2.013²³ é o dos pais contratantes (ou *pais genéticos*, como são chamados). A mulher que cede o útero não tem vínculo biológico com o nascituro.

A referida Resolução do CFM traz alguns critérios para que seja realizada a “cessão temporária do útero”, dentre os quais que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética ou em caso de união homoafetiva; que a doadora pertença à família dos pais genéticos num parentesco consanguíneo até o 4º grau (respeitada a idade limite de 50 anos); que o contrato não tenha caráter lucrativo; que se assine o Termo de Consentimento Informado e, dentre outros requisitos, que se firme um *contrato* entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança.

Estamos diante de um contrato de gestação por outrem, cujo objeto é a cessão temporária do útero, com a finalidade maior de alcançar o bebê desejado pelos pais contratantes que será gerado pela “mãe contratada”.

Neste sentido questiona-se se seria legalmente possível esse negócio jurídico. Afirma-se que no Brasil não há regulamentação específica sobre o tema, apenas a referida Resolução do CFM, de caráter, como dito, deontológico.

Com relação à possibilidade jurídica da realização deste contrato²⁴, parte da doutrina se manifesta contrário ao negócio jurídico da maternidade em substituição, levantando como

²³ A Resolução do CFM nº 2.013/2.013 adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 28 nov. 2014.

²⁴ Sobre argumentos prós e contra v.: SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1997. p. 105-108; e; RAPOSO, Vera Lúcia. De mãe para mãe: questões legais e ética suscitadas pela maternidade de substituição. Portugal: Coimbra, 2005. P. 47-88.

principal argumento sua ilicitude diante da impossibilidade da vida como objeto contratual (frisa-se que outros argumentos contrários pairam sobre o tema). Neste sentido Francisco Vieira Lima Neto²⁵ e Belmiro Pedro Welter²⁶.

Aos que admitem o referido contrato, o trabalho argumentativo vem carregado de algumas restrições, como opina Aline Mignon de Almeida que defende que “só é jurídica e eticamente aceitável o útero de aluguel quando a mulher não pode gestar o filho”²⁷.

Quanto à remuneração, vale frisar que o CFM proíbe a atividade lucrativa na gestação de substituição, o que é acompanhado por grande parte da doutrina, a exemplo de Maria Helena Diniz que sustenta ser “injustificável [...] qualquer contrato oneroso de gestação, em que o casal venha alugar ventre ou a comprar prestação de serviço de gestação”²⁸.

Porém, encontramos opiniões em sentido contrário, como é o caso de Maria Berenice Dias que sustenta que “apesar deste verdadeiro arsenal de vedações, nada justifica negar a possibilidade de ser *remunerada* quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de todo ordem”²⁹ (grifo do autor).

Sobre a remuneração, destacamos ainda o olhar favorável de Aline Mignon de Almeida:

No que diz respeito à remuneração da mãe de aluguel ferir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), não tem sentido, porque o que se paga não é a criança, porque esta não tem preço e uma pessoa não é objeto, está fora do comércio; a remuneração é pela prestação do serviço de locação do útero. O direito ao corpo é indisponível mas a sua utilização da maneira que melhor aprouver o dono não é vedado, contanto que seja utilizado de maneira ‘normal’, por exemplo, o auto flagelo é uma penitência corporal em que a pessoa bate em si mesma, mas este ato não é proibido por lei, embora não seja uma atitude comum³⁰.

Guilherme Freire Falcão de Oliveira, em obra específica sobre o tema, compila alguns argumentos prós e contras discutidos na doutrina estrangeira³¹, que, a título de exemplo, relacionamos quatro dentre outros pontos de discussão:

²⁵ LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 144.

²⁶ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 240.

²⁷ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000. p. 47.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 554.

²⁹ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 379.

³⁰ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000. p. 54.

³¹ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe há só uma-duas: o contrato de gestação**. Portugal: Coimbra Editora, 1992. P. 23-35

O pagamento da gestação e da entrega do filho traduz-se numa coisificação da pessoa e, por isso, é contrário à dignidade humana. Para os defensores do caráter oneroso do contrato, não se trata de combinar o preço de um bebê, de comprar uma criança. Trata-se apenas de pagar um serviço de caráter pessoal.

O risco da exploração econômica das mulheres pobres. Por outro lado, sustenta-se de forma contrária, que as mulheres que se prestam a fazer o serviço de gestação poderiam ganhar a vida de outro modo e que elas não seriam demasiadamente pobres, pois deveriam reunir condições mínimas de saúde aos olhos dos contratantes.

Os opositores da gestação lucrativa afirmam também que a tentação de uma vantagem patrimonial viciaria o consentimento da mulher geradora, que, diante de uma fraqueza humana ambiciosa assumira obrigação manifestamente desproporcional. Em sentido contrário, sustentam outros pensadores que as ambições pecuniárias estão por todo o lado e determinam muitas das decisões importantes das nossas vidas.

A possibilidade de rejeição do bebê pelo casal contratante quando este não dê garantias de vir a ser um indivíduo normal (como quer que se defina este padrão). Alguns alegam que, infelizmente, a rejeição de recém-nascidos ou de crianças é um fenômeno mais vasto do que o das “mães hospedeiras” e os acordos de gestação para outrem não acrescentariam a estatística dolorosa dos abandonos.

Poderíamos continuar enumerando muitos outros argumentos a favor e contra, pois não se trata de um tema fácil e pacífico no mundo jurídico. Mas, diante do propósito do trabalho, paremos por aqui, e registremos, por fim, a regulamentação nacional quanto à maternidade de substituição.

Como já afirmado, não há lei disciplinando tal matéria. O Projeto de Lei nº 115/15³² em trâmite na Câmara dos Deputados, em seus artigos 21 a 26 regulamenta a Cessão Temporária do Útero. Autoriza a cessão “nos casos em que a indicação médica identifique qualquer fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento” (art. 21).

Além disso, há outras restrições impostas pelo projeto: o caráter gratuito (art. 22 e 25), que a cessionária pertença a família dos contratantes, em um parentesco até o 2º grau, admitida excepcionalmente a gestação por terceiro, após prévio parecer do Conselho Regional de Medicina (art. 23); celebração de um pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação (art. 24)³³.

³² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>. Acesso em: 29 nov. 2014.

³³ Dos projetos de lei que se encontram apensados sobre o tema “Reprodução Assistida”, somente o de nº 1184/03, em seu art. 3º proíbe a gestação de substituição, tornando inclusive fato típico: “art. 19. Constituem

Portanto, percebe-se que há resistência da doutrina em admitir o contrato, pacto de gestação ou cessão temporária do útero; em contrapartida, há (e, diga-se de passagem, há tempos – desde 1992) a regulamentação do procedimento pelo Conselho Federal de Medicina; e, também iniciativa de positivá-lo em nosso ordenamento, desde que, e somente se, observadas algumas restrições, como acaba de ser mencionado.

Será que esta regulamentação fere ou viria a ferir (se aprovado o projeto de lei) a dignidade do nascituro? É o que será exposto a seguir.

A QUESTÃO DA DIGNIDADE DO NASCITURO NO CONTRATO DE CESSÃO DO ÚTERO

Embora disponha o Código Civil que a personalidade jurídica comece a partir do nascimento com vida (art. 2º), com ressalva às clássicas teorias que discutem o início desta personalidade (natalista, concepcionista e da personalidade condicional), há no ordenamento jurídico um sistema de proteção ao nascituro. A proteção do nascituro vem da qualidade de ser este um “ser humano”, mesmo que ainda (temporariamente) numa vida intrauterina, merecedor, portanto, de todo respaldo estatal³⁴.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) reconhece a proteção à vida do nascituro desde a concepção (art. 4º, 1). Considera, também, pessoa todo ser humano (art. 1º, 2), o que inclui o nascituro, reconhecendo sua personalidade jurídica (art. 3º) e sua dignidade (art. 11).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948) em seu art. 1º proclama que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...]”.

Assim, é indiscutível a questão da proteção dos direitos do nascituro.

A questão levantada neste tópico é a reflexão a respeito da dignidade do nascituro na qualidade de fim almejado no contrato de gestação de outrem.

crimes: III – participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015. Acesso em: 03 mai. 2015.

³⁴ Situações especiais envolvendo embrião e nascituro foram julgadas pelo STF: a ADI 3510 que declarou constitucional o art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), confirmando a possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias e a ADPF 54 que decidiu favorável à antecipação terapêutica do parto em casos de fetos anencefálicos. Em contrapartida, há decisões que demonstram a tendência do Judiciário de acolher a teoria concepcionista, reconhecendo a personalidade civil do nascituro desde a concepção, como é o caso do RESP 1415727-SC em que o Ministro Luis Felipe Salomão, acompanhado pelos revisores, reconheceram ao nascituro a qualidade de “pessoa” e, conseqüentemente, a titularidade de direitos (STJ, j. 30/10/14) e a decisão do TJ/SP, no caso da Wanessa Camargo (cantora) no que tange ao direito do seu filho à danos morais quando ainda era nascituro diante da ofensa praticada pelo apresentador Rafinha Bastos no Programa “CQC” (Apelação nº 0201838-05.2011.8.26.0100, j. em 06/11/12, atualmente em fase de recurso no STJ, REsp nº 1487089 / SP).

Primeiramente, quanto à dignidade, lembramos que se trata de fundamento da República previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal na forma de princípio.

Ingo Wolfgang Sarlet ostentando a dignidade da pessoa humana como valor e princípio constitucional fundamental, entende que:

[...] a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³⁵.

Assim, acreditamos que o nascituro, por ser considerado um ser humano (repita-se, ainda que com vida intrauterina) já deve ter reconhecida a proteção à sua dignidade. Afinal, não é pelo fato de não ter nascido ainda, que não é um ser digno.

Feitas estas considerações, deixando de pensar na liberdade e no direito de procriar da pessoa para focar o olhar no nascituro, uma pergunta continua pairando no ar: a contratação de um útero para gerar um bebê fere a sua dignidade?

Continuando nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet, destacamos:

Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, como também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças, sejam tais atos oriundos do Estado, sejam provenientes de atores privados³⁶.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, analisando o contrato de gestação entende que:

[...] devem-se valorizar os princípios constitucionais da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da prevalência do interesse do menor sobre qualquer outro, desestimulando assim a prática de contratos de gestação devido ao caráter ético que resguarda, tendo em vista a prática predatória do homem no sentido de coisificar o seu semelhante³⁷.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 1º, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar, F; STRECK, Lenio, L.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 126.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 1º, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar, F; STRECK, Lenio, L.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 125.

³⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 171.

Ao contrário da referida autora, acreditamos que o processo gestacional por substituição não pode significar violação à dignidade do nascituro, quando acontecido dentro de um ambiente familiar, respeitoso, fraterno e com algumas limitações contratuais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 7º e 8º, preocupa-se com o período gestacional, estabelecendo medidas de proteção à gestante (e conseqüentemente ao nascituro) e dispondo sobre o direito à vida e à saúde com a efetivação de políticas públicas que garantam um nascimento sadio e harmonioso. Por analogia, é a mesma preocupação no contrato de gestação de substituição quando realizado entre pessoas da mesma família: o ambiente em que o bebê será gerado, assim se pressupõe, será o melhor para ele, pois estará perto dos pais biológicos que poderão acompanhar e participar de todo o período gestacional, prestando todo auxílio e propiciando bem-estar a gestante e ao bebê. Diferente seria, acreditamos, se fosse gerado por um terceiro, cujo interesse se resumiria, apenas, no aspecto financeiro e não num ato de amor. É como bem coloca Vera Lucia Raposo:

Uma vez que a mãe de substituição transporta no útero um filho com o qual pode não sentir qualquer afinidade (já que no final está destinado a ser entregue a outrem) o risco de tomar comportamentos arriscados para o feto é maior do que nos casos normais de gravidez. Abuso de álcool, tabaco ou estupefacientes, exercício físico demasiado rigoroso, actividades fisicamente arriscadas, dietas rígidas, tudo isso são comportamentos que há que controlar. Há quem alegue que a fiscalização do comportamento da mãe de substituição configura uma opção legal demasiado protectora dos interesses dos pais contratantes. Todavia, o que fundamenta tal controlo não é tanto o interesse destes, mas sim o interesse do novo ser, precisamente a parte mais frágil desta relação e a mais carente de protecção (sic)³⁸.

Tem-se que um familiar que aceita submeter-se a este procedimento (como por exemplo, uma mãe em nome de sua filha e de seu genro), assim o faz por amor e compaixão ao seu parente impedido de gerar. Quanto ao nascituro, vemos que estará dignificado com tamanho ato de nobreza.

Neste sentido, pensemos por outro lado: quantas mães que não desejavam a gravidez e tratam indignamente seu filho que ainda encontra-se no seu útero, maltratando-o e também à si mesma, chegando ao ponto de praticar o aborto ou até mesmo de abandoná-lo em uma lata de lixo após o seu nascimento? Isso sim podemos chamar de indignidade.

Agora, não vemos indignidade no fato de um bebê ser gerado por outrem, desde que, como já foi dito, haja um ambiente de amor e fraternidade, que respeite o nascituro pelo ser humano que ele é, e, também, que haja limites nesta contratação do útero.

³⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe: questões legais e ética suscitadas pela maternidade de substituição**. Portugal: Coimbra, 2005. p. 90-91.

Certamente um dos limites necessários para a maternidade de substituição é que a mulher contratante do útero esteja impedida de gerar, seja por infertilidade ou por qualquer outro motivo cientificamente comprovado.

Como a maior parte da doutrina, acreditamos que o contrato não pode ser oneroso, sob pena de ofender a dignidade do nascituro que estará servindo de meio para se chegar a uma vantagem financeira da mãe que gerará o bebê. Sem contar o “comércio” que poderia ser instalado³⁹ ⁴⁰, com riscos às graves consequências psicológicas que poderão advir sobre a criança. Neste caso, cai por terra o fim altruístico, colocando em risco a vida e saúde do nascituro, um ser extremamente vulnerável.

O melhor interesse do nascituro no contrato de gestação é o que importa. Para tanto, é de extrema importância que as partes contratantes, antes da efetivação do contrato de gestação, passem por acompanhamento através de uma equipe multidisciplinar (composta, por exemplo, por psicólogo, assistente social, médico, advogado, etc.) com intuito de explicar-lhes o procedimento e consequências da contratação, na tentativa, mais uma vez, de não prejudicar o nascituro.

E, qualquer conflito, mesmo que entre familiares, que possa surgir a partir da contratação deve ter como parâmetro de solução que *o nascituro é o ser mais valioso* na relação contratual e que tudo será resolvido em nome do seu bem-estar.

Assim, respeitadas algumas limitações em prol dos interesses do nascituro, em especial a proteção da sua dignidade, não vemos óbice ao estabelecimento da contratação. O Brasil não proíbe expressamente negócios jurídicos envolvendo a gestação por outrem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

São indiscutíveis as transformações que vem acontecendo nos últimos tempos com o avanço da medicina. E tudo o que é novo traz consigo o medo das suas consequências.

A maternidade de substituição, através da reprodução medicamente assistida, é uma forma de possibilitar a pessoa impedida de gerar por infertilidade ou contra-indicação à gravidez de exercer sua liberdade de procriar e planejar a sua família.

Muito embora não haja legislação específica a respeito do tema, o que faz com que os profissionais analisem e apliquem as regras e princípios gerais do Direito, procuramos de-

³⁹ Notícia veiculada na Revista Veja registra que o contrato de barriga de aluguel gira em torno de R\$ 40.000,00, mas há casos em que o valor chega à R\$ 100.000,00 (o que pode variar de caso para caso). Disponível em: http://veja.abril.com.br/070508/p_140.shtml. Acesso em: 29 nov. 2014.

⁴⁰ Também porque a onerosidade da gestação encontra obstáculo no art. 199, § 4º da C.F. que expressamente proíbe a comercialização de órgãos, tecidos ou substâncias humanas.

monstrar que a maternidade de substituição não precisa ser vista com olhos tão negativos, prendendo-se a formalismos que sustentam a ilicitude da cessão do útero para realização do sonho de um terceiro.

Por outro lado, também não se ousa aqui sustentar que a qualquer custo, sem qualquer critério, a gestação de substituição poderá acontecer. E um dos principais fundamentos para estas restrições é que o resultado desse sonho é uma vida, cujos interesses devem ser protegidos em primeiro plano. Sustenta-se que algumas dessas restrições girem em torno da impossibilidade de gerar; da gratuidade da cessão; que ocorra somente dentro de um ambiente familiar com vínculo extremamente próximo; e que os contraentes envolvidos passem por um acompanhamento relativamente duradouro e rigoroso, conduzido por uma equipe de profissionais multidisciplinar composta, por exemplo, de médicos, psicólogos, assistente social e assistente jurídico, capaz de expor todas as consequências futuras, em suas respectivas áreas, da referida contratação. Tudo isso para diminuir os riscos com relação à ofensa aos direitos do nascituro, dentre eles, a sua dignidade.

Temos a convicção de que estes e outros avanços no meio da Medicina tendem a se tornar, dia a dia, mais comuns, pressupondo, desde já, um alargamento gradual na legislação e nos conceitos morais e éticos atualmente vigentes.

O tema não se esgota aqui (até porque inúmeros pontos problemáticos surgem com a maternidade de substituição), mas o que se pretendeu com este estudo foi chegar a uma reflexão do contrato sob a ótica da liberdade de procriar, do planejamento familiar e da dignidade do nascituro, aspecto este último que divide opiniões e, certamente, revolucionará o mundo jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do feto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. V. 14, jul./ago./set. 2002. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, 2002, p. 5-10.

BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de procriar e o princípio da dignidade da pessoa humana. *In*: **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, v. 9, n. 1, jan./jun. EDUNIC Universidade de Cuiabá, 2007. p. 37-58

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 9^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 5ª ed. rev. aum. atual. Saraiva: São Paulo, 2008.

_____. **Dicionário jurídico**. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 120-149.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado; MACHADO, Maria Regina Marrocos. Direito do planejamento familiar. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord). **Direito Ambiental em Evolução**. 1ª ed. (2002), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 313-329

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

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe há só uma-duas: o contrato de gestação**. Portugal: Coimbra Editora, 1992

RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe: questões legais e ética suscitadas pela maternidade de substituição**. Portugal: Coimbra, 2005

REIS, Clayton. O planejamento familiar – um direito da personalidade do casal. *In*: **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. V. 8, n. 2, jul./dez. 2008. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2008. P. 424-413-435.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito "in vitro"**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 1º, III. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar, F; STRECK, Lenio, L.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

UN BALANCE DE LA DIRECTIVA EUROPEA 2010/53/EU SOBRE DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS

ANTONIO PELE¹

RESUMO

A doação e o transplante de órgãos nos e entre os países da União Europeia (UE) conseguiram objetivos importantes mas continuam tendo alguns problemas relativos à qualidade e à segurança dos procedimentos que acompanham essas práticas. Afim de responder à preocupações resultante dessas questões, foi aprovada em 2010, a Diretiva 2010/53/EU “relativa a normas de qualidade e segurança dos órgãos humanos destinados a transplantação”. O objetivo desse texto é a harmonização das distintas legislações e experiências nacionais, por meio de um marco legal europeu vinculante, coerente e transparente. Nosso trabalho quer fazer um balanço geral do panorama jurídico da doação e do transplante de órgãos nos países europeus, e analisar as contribuições, os limites e as primeiras implementações da Diretiva europeia na matéria.

Palavras-Chaves: Doação. Transplante. Órgãos.

INTRODUCCIÓN

El problema de la escasez de órganos en la UE no viene de las diferencias de las opiniones públicas en relación con la donación ni de los distintos niveles de mortalidad. Cada año, se realizan alrededor de 40.000 trasplantes en la Unión Europea pero 61.000 personas están a la espera de un órgano en 2015, eran 56.000 en 2009 y cada día, mueren 12 personas que esperan un trasplante.² La primera causa es debida a la falta, en muchos países europeos, de un marco jurídico sólido que debería acompañar cada etapa, de la donación al trasplante de órganos. Como consecuencia, existe una gran heterogeneidad jurídica no sólo entre países, sino también entre las distintas regulaciones de aquellas etapas, dentro del mismo país. Por un lado, una intervención jurídica vinculante por parte de los poderes públicos parece necesaria y urgente. Por otro, se debe conceder cierta flexibilidad (con normas no vinculantes) para que los profesionales del sector puedan cumplir con su misión de salud pública participar y fomentar el progreso científico en este sector. Unas normas jurídicas demasiado estrictas en algunas etapas podrían ser contraproducentes. Su falta en otras etapas (y como es el caso actualmente) genera una situación de penuria e inseguridad.

¹ PUC-Rio, Departamento de Direito / Pós Graduação em Direito. E-mail: antonio.pele.rj@gmail.com.

² Ver Comisión Europea, Proyecto EFRETOS: trasplantes más seguros y eficaces, <http://bit.ly/1PEScuz> consultado el 13.05.15. Y Comisión Europea, Plan de acción sobre donación y trasplante de órganos (2009-2015): cooperación reforzada entre los Estados miembros; 2008; p. 3. <http://bit.ly/PlanAccionOrganosES> . Acceso en: 10.05.15.

EL PANORAMA ANTERIOR A LA DIRECTIVA

La Comisión Europea en su *Plan de acción sobre donación y trasplante de órganos (2009-2015): cooperación reforzada entre los Estados miembros* señaló varios avances en algunos países europeos tomando como ejemplo el mismo caso español. Sin embargo, subraya también las disparidades de las prácticas médicas y de las regulaciones jurídicas entre los Estados miembros.³ Por otro lado, con vistas a homogeneizar el espacio europeo en materia de donación y trasplante de órganos, el Consejo de Europa ya se manifestó con la adopción del Protocolo adicional a la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina sobre Trasplante de Órganos y Tejidos de Origen Humano, firmado en Estrasburgo el 24 de enero de 2002, en vigor desde 2006.⁴

Ya en 2003, la Dirección General de Salud y Protección de los Consumidores de la Comisión Europea (SANCO) realizó un estudio importante sobre el trasplante de órganos en 29 países de la Unión Europea.⁵ Los datos de este informe, a pesar de ser de 2003, no han variado mucho, como lo confirman, por ejemplo, los informes de 2006 y de 2008. Estos dos últimos insisten, además, en la necesidad de implementar una Directiva sobre este tema, con el fin de armonizar y regular la donación y el trasplante de órganos a nivel europeo.⁶ También, el *Eurobarometer* de 2009 sobre este tema indica que la donación de órganos no ha aumentado a nivel europeo en los últimos años. Entre las causas se encuentra la falta de transparencia de los sistemas legales nacionales y la desconfianza que se genera entre los ciudadanos y ciudadanas em relación con las manipulaciones del cuerpo humano.⁷

En relación con el marco legal general, el informe de la SANCO se interesa primero por la protección del donante. La gran mayoría de los países han adoptado en este sentido normas jurídicas vinculantes para proteger el anonimato, la confidencialidad de los datos

³ Curiosamente, esta observación aparece en la versión inglesa del Plan de Acción, pero no en su versión em castellano. Véase, European Commission, Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States; p. 3. <http://bit.ly/ActionPlanOrgans> . Acceso en: 03.05.15.

⁴ Véase Angoitia Gorostiaga, V., El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina: Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina y el Protocolo Adicional sobre Trasplante de órganos y tejidos de origen humano. En: Romeo Casabona, C. M^a, coordinador. El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos. Granada: Comares; 2005. p. 95-135.

⁵ European Commission Directorate-General Health and Consumer Protection Public Health and Risk Assessment Directorate Unit C6 Health Measures. Human Organ Transplantation In Europe: An Overview; 2003. Enlace: <http://bit.ly/surveyhumanorgantransplantation> . Acceso en: 10.05.15.

⁶ Health & Consumer Protection, Directorate General. Report on the Open Consultation: Policy options for organ donation and transplantation at EU Level; 2006. Enlace: <http://bit.ly/SANCO2006> . Acceso en: 01.05.15. RAND Corporation - Health & Consumer Protection, Directorate General. Improving Organ donation and transplantation in the European Union: <http://bit.ly/SANCO2008> . Acceso en: 01.05.15.

⁷ European Commission. Eurobarometer 72.3 : <http://bit.ly/Eurobarometer2009> . Acceso en: 02.05.15.

(genéticos em particular), y el carácter gratuito de la donación. Se cubren legalmente los principios éticos básicos que deben proteger al donante. En relación con el consentimiento del donante vivo, el marco jurídico está en su gran mayoría vinculante, exigiendo en particular un consentimiento informado con incluso, la previa autorización de un profesional.⁸ En relación con el donante fallecido, 28 de los 29 países encuestados aplican igualmente una normativa vinculante. Las diferencias aparecen no obstante en relación con el tipo de consentimiento exigido: éste puede ser presunto o no, con la autorización previa o no de los familiares, etc. Otra heterogeneidad aparece en los tipos de registros que cada país posee. Por ejemplo, 41 % tienen un registro de donantes, mientras que 24 % tienen un registro de no-donantes y 28 % mantienen un registro que combinan ambos datos (el 7 % restantes poseen un registro de otro tipo). Otra disparidad relevante aparece a la hora de certificar la muerte de un individuo (y por tanto potencial donante de órganos). Por un lado, una gran mayoría de países han establecido normas vinculantes en relación con el procedimiento y quiénes pueden establecer una muerte cerebral. Sin embargo, y por otro lado, los criterios aplicados son muy heterogéneos en cuanto, primero, las pruebas aplicadas para constatar dicha muerte y, segundo, el número de médicos y profesionales implicados en el proceso. Em relación con la muerte debida a un fallo cardíaco, solamente 45 % de los países tienen una normativa vinculante al respecto, generando una clara situación de disparidad jurídica entre esos mismos países y, por consiguiente, una seria repercusión en la condición de donante potencial.⁹ Un caso ejemplar es el de España, donde la certificación de la muerte ha pasado por dos etapas. En un primer momento, el único criterio clínico utilizado fue el de la muerte cerebral, después, se asumió la parada cardiorrespiratoria como un segundo criterio de defunción.¹⁰

Las disparidades jurídicas se acentúan en relación con la obtención, el trasplante, el intercambio y la trazabilidad de los órganos. En esos cuatro ámbitos, la mayoría de las normas que regulan aquellos procedimientos no son vinculantes. Consisten en pautas de conducta y recomendaciones que no vinculan a aquellos y aquellas que intervienen en cada una de las etapas de esos procedimientos. Al mismo tiempo, sí se requiere una autorización específica (y vinculante) para determinar cuáles pueden ser los centros de obtención y trasplantes de órganos. Se trata una condición importante pero que no es en absoluto suficiente para garantizar

⁸ Franchineau H. Débat sur le don d'organe: Nous devons garder notre rigueur éthique. Le Monde. 15.06.09. Disponible en: <http://bit.ly/DonOrgane> . Acceso en: 10.05.15.

⁹ Sanford Jh. When are you dead?. Stanford University School of Medicine; 2011; 28(1); 28-34.

¹⁰ El artículo 5.1 de la Ley 30/1979 de 27 de octubre determina como único criterio de defunción, la "irreversibilidad en las lesiones cerebrales". En este mismo sentido se manifiesta el artículo 10 del Real Decreto 426/1980 de 22 de febrero que desarrolla la Ley 30/1979 de 27 de octubre. Es a través del artículo 3.4 del Real Decreto 2070/1999 de 30 de diciembre por el que se incorpora el criterio de la parada cardiorrespiratoria como nuevo criterio de defunción.

la seguridad y la calidad de la donación y del trasplante de los órganos. Del mismo modo, que el respeto legal de los principios éticos que protegen al donante no son en absoluto suficientes para poder garantizar la donación de órganos, el reconocimiento legal de un centro de obtención y trasplante no garantiza en absoluto la seguridad y la calidad de los órganos. En efecto, y como ejemplos, sólo seis países europeos de los veintinueve encuestados tienen un marco legal vinculante que instaura un control de calidad de los órganos. También sólo ocho países tienen un mecanismo de notificación y gestión de eventos y reacciones adversos graves.¹¹

El estudio de la SANCO se interesa también por los aspectos organizativos de la donación y de los trasplantes en cada país. Muestra en este sentido que 25 de los 29 países tienen un organismo público nacional encargado de esos asuntos. Sin embargo, sólo tres de estos organismos tienen un sistema descentralizado y 14 desarrollan igualmente sus actividades a nivel internacional con organismos tales como *Eurotransplant International Foundation*, *Scandiatransplant* y *Balltransplant*. Además, y como recuerda el *Plan de Acción* de la Comisión Europea, “sigue habiendo grandes diferencias entre el número de órganos intercambiados entre los Estados miembros que han creado organismos y establecido normas para el intercambio internacional de órganos como *Eurotransplant* y *Scandiatransplant*, y los demás Estados miembros. Los participantes en la zona de *Eurotransplant* intercambian entre sí en torno al 20 % de todos los órganos que se trasplantan cada año (unos 3 300), mientras que solamente el 2 % de esos órganos salen o entran en la zona *Eurotransplant*. Los Estados miembros que no tienen este tipo de acuerdos globales intercambian muchos menos órganos, si bien el índice puede aumentar si se establecen acuerdos bilaterales”.¹² Por otro lado, más de 80% de aquellos organismos nacionales desarrollan también sus actividades en el campo de las células y los tejidos humanos, lo que tiene algunas consecuencias -tanto positivas como negativas- en relación con el cruzamiento de datos personales de un donante y de un receptor de órgano. En relación con los criterios (geográficos y/o clínicos) para otorgar (o no) un órgano a un receptor, éstos son legalmente vinculantes solamente en 17 países. Además, 10 de los 29 países encuestados no han proporcionado ninguna información al respecto, lo que plantea un problema de transparencia.

También, el informe de la SANCO analiza algunos aspectos técnicos. Muestra primero que la selección del donante –tanto vivo como fallecido- obedece mayoritariamente a principios

¹¹ Human Organ Transplantation In Europe: An Overview, op.cit., pp. 9-11. España ya ha implementado un sistema nacional de notificación y registro de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario. Al respecto, se puede consultar el Informe de 2009 del Ministerio de Sanidad y Política Social Español: <http://bit.ly/SistemaEventosGravesSanidad>. Acceso en: 10.05.15.

¹² Comisión Europea. Plan de acción sobre donación y trasplante de órganos (2009-2015)..., op.cit., p. 16.

no vinculantes. Incluso, la evaluación del riesgo (de enfermedad, etc.) sigue la misma tendencia normativa. A pesar de este marco, las pruebas médicas se cumplen de forma rutinaria. Existe, sin embargo, una importante y preocupante disparidad en relación con la detección de marcadores tumorales.¹³ Por fin, en relación con la recuperación, la caracterización, el transporte, la documentación de los órganos y la auditoría de los posibles eventos adversos, todos esos procesos están, en la mayoría de los países europeos definidos por normas y reglas de conductas no vinculantes. En este sentido, y por ejemplo, sólo dos (2) países europeos tienen un marco legal vinculante en relación con los dispositivos y métodos de conservación de los órganos.¹⁴ Por todos estos motivos, pareció razonable, replantear el marco normativo que define la calidad y la seguridad de los trasplantes de órganos a nivel europeo.

LOS AVANCES DE LA DIRECTIVA

A) RESPONSABILIZAR A LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

La *Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante* (a continuación como “Directiva”), pretende ser considerada como una oportunidad para que los Estados tomen sus responsabilidades en este ámbito de la salud pública.¹⁵ La Directiva prevé varios ámbitos de apoderamiento de las autoridades públicas nacionales. Se concreta en particular en una transposición obligatoria de la Directiva a través de disposiciones nacionales de carácter legal, reglamentario y administrativo cuyo plazo máximo fue el 27 de agosto de 2012. En efecto, una de las razones que explicaría la escasez de órganos a nivel europeo, y otros riesgos vinculados con la falta de seguridad y de control de calidad de aquéllos, derivaría de la relativa implicación de las autoridades públicas nacionales a lo largo de los procedimientos que van desde la obtención de los órganos, al trasplante y la gestión (posterior) de riesgos y éxitos. También, la Directiva debe ser evaluada como una consecuencia y una aplicación del compromiso asumido en el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* por parte de los Estados miembros y la Comisión para “garantizar un alto nivel de protección de la salud humana” y más precisamente instaurar “medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano (...)”.¹⁶ La Directiva constituye

¹³ Human Organ Transplantation In Europe: An Overview, op.cit., p. 17.

¹⁴ Human Organ Transplantation In Europe: An Overview, op.cit., p. 18.

¹⁵ Disponible en: <http://bit.ly/directivatrasplante>. Acceso en: 12.05.15. Tener en cuenta la corrección de errores: <http://bit.ly/ErroresDirectivaOrganos>. Acceso en : 04.05.15.

¹⁶ Artículo 168. Disponible en: <http://bit.ly/TFunioneuropea>. Acceso en : 25.04.15.

igualmente una concretización del *Plan de acción* de la Comisión Europea que, en su objetivo número 5, insiste en mejorar la calidad y la seguridad de la donación y trasplante de órganos.¹⁷ El objetivo de la Directiva consiste en buscar un equilibrio entre los logros obtenidos hasta ahora, la propuesta de medidas concretas y vinculantes para garantizar la seguridad y la calidad durante todas las fases del trasplante de órganos, y el trabajo eficaz y coordinado entre el sector privado y las autoridades públicas.

De acuerdo con el texto de la Directiva, los Estados miembros deben definir y hacer respetar un marco legal y vinculante de calidad y de seguridad que regula cada fase desde la donación hasta el trasplante del órgano (art. 4). Deben por tanto establecer normas que instauran sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en los casos en los que no se respeten las disposiciones legales que definen este marco (art. 23). Por tanto, en relación con la obtención de órganos, los Estados deben definir a) los requisitos previos para su organización, b) velar por la supervisión médica y efectiva de dicha obtención (por parte de un donante vivo o fallecido) y c) controlar la formación y las competencias del personal médico implicado en el proceso.¹⁸ Sin embargo, en cuanto a estas obligaciones, la Directiva se presenta ciertamente vaga tanto respecto al requerimiento de que el personal sanitario que procede a la extracción de un órgano sea especialista en la rama, como en la necesidad de que el centro de obtención (y de trasplante) cuente con unidades de atención específica.

Segundo, en relación con el transporte de órganos, los Estados deben controlar que los procedimientos llevados a cabo por las empresas y los organismos encargados de esta tarea sean adecuados para proteger la integridad de los órganos (art. 8). Tercero, en cuanto los centros de trasplantes, los Estados deben por un lado definir claramente los requisitos exigidos para seleccionar aquellos centros y, por otro, indicar qué prácticas pueden o no llevar a cabo, en función de los objetivos de la Directiva (art. 9). Cuarto, los Estados deben instaurar un sistema de trazabilidad que permita identificar los donantes y los receptores, buscando un equilibrio entre el objetivo de seguridad y el respeto del principio de confidencialidad de los datos personales (art. 10 y 16). Quinto, los Estados deben crear un marco de notificación y gestión de eventos y reacciones adversos graves, instaurando en particular un sistema de seguimiento de donantes y receptores (art. 11 y 15.4). Este marco de calidad y seguridad está supervisado por una o varias autoridades competentes nacionales. Éstas tienen como misión, en particular, de crear y mantener el marco legal de autorización y suspensión de los centros de obtención y de trasplante de órganos. Incluso, deben instaurar un sistema de auditorías

¹⁷ Comisión Europea. Plan de acción sobre donación y trasplante de órganos (2009-2015)..., op.cit., p. 12.

¹⁸ Véase los artículos 5, 6, 7, 12 y 14 de la Directiva.

que controle la actividad de esos centros (considerando 9 y art. 17). También, deben crear y actualizar un registro (a partir del cual realizarán un informe anual) que describa a) las actividades de estos centros, b) el número de donantes y receptores y c) la cantidad y los tipos de órganos trasplantados y eliminados. Aquella o aquellas autoridades nacionales pueden, a su vez, delegar parte o la totalidad de sus actividades a otros organismos, tanto nacionales como europeos e internacionales (art. 17). Esta posibilidad de delegación permite por un lado, incrementar la calidad y la seguridad del trasplante de órganos, gracias a la intervención de otros organismos más competentes en ciertos campos del procedimiento. No obstante, y por otro lado, se debe mantener cierta vigilancia para que no se disuelva la cadena de responsabilidades y, segundo, evitar cualquier intromisión de intereses privados existentes en este campo de la salud pública. Por esta razón, la Directiva señala que los acuerdos pasados entre una autoridad nacional competente y una organización europea de intercambio, debe tener, al menos, como requisitos, la realización de actividades y tareas específicas que desarrollen este marco de calidad y de seguridad y en particular cuando se prevé un intercambio con un país tercero, como destinatario o como procedencia (art. 20 & 21). Estas disposiciones son importantes y deben intentar cambiar una realidad donde “unas vidas (...) se adueñan de otras”, con “una solidaridad convertida exclusivamente en justificación para reducir unas vidas, las de quienes proporcionan los órganos, al modelo del cálculo económico, con la aparición de una novísima forma de canibalismo civilizado, el de los ricos que devoran el cuerpo de los pobres”.¹⁹ Además de responsabilizar las autoridades públicas, la Directiva fomenta la calidad y la transparencia de la información para poder garantizar la seguridad de los trasplantes de órganos.

B) INFORMACIÓN, CALIDAD, CIRCULACIÓN Y PROTECCIÓN

La Directiva se focaliza en tres aspectos esenciales: incrementar la disponibilidad de los órganos, garantizar la calidad y la seguridad de estos órganos y mejorar la eficacia y la accesibilidad de los sistemas de trasplantes en la UE. Para poder establecer este marco de calidad y seguridad, la Directiva crea medidas para definir, mantener, actualizar y a veces compartir ciertos tipos de información y ciertos datos que enmarcan varios niveles del procedimiento. Primero, veremos qué tipos de relaciones se establecen entre los Estados miembros y la Comisión en esos ámbitos. Segundo, señalaremos las características del intercambio de información entre los distintos organismos nacionales. Tercero, destacaremos el papel

¹⁹ Rodotà S. *La vida y la reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. de Andrea Greppi; Madrid: Trotta; 2010. p. 150.

fundamental de la calidad de la información para garantizar la calidad y la seguridad de la donación de órganos. Cuarto, insistiremos en este mismo papel de la información en materia de transporte y trasplante de órganos.

Por tanto, y primero, en cuanto las relaciones Estados - Comisión, la Directiva prevé un marco de intercambio de información. Por un lado, y como objetivo de control, la Comisión puede, por ejemplo, solicitar a los Estados cualquier información sobre las medidas que han tomado en relación con los requisitos elegidos para la organización de la obtención de órganos, los tipos de requisitos nacionales para autorizar o no un centro de trasplante, o exigir de que se le transmite los datos contenidos en los registros de una autoridad nacional competente (art.18). También, a partir de 2013 (y luego cada tres años), cada Estado miembro debe realizar un informe de actividades que transmitirá a la Comisión para que ésta pueda redactar (en 2014) un primer informe sobre la aplicación de la Directiva. Se prevé también la creación de una red de autoridades nacionales competentes, donde podrán intervenir igualmente otros actores (art. 19).

Igualmente, a nivel internacional, cuando ocurre un intercambio entre dos países miembros de la UE o entre un país miembro y un país tercero, un sistema de caracterización, de trazabilidad y de notificación de reacciones y eventos adversos graves debe ser implantado (art. 7, 20 y 29).

Segundo, se contempla un sistema de intercambio de información entre varios organismos nacionales. Por un lado, para la notificación y la gestión de eventos y reacciones adversos graves, una red de información debe establecerse entre la autoridad nacional competente, los centros de obtención y los centros trasplantes (art. 11). Por otro, y a nivel transversal, se puede instaurar una interconexión (electrónica por ejemplo) de datos con el sistema de calidad y de seguridad de células y tejidos humanos previsto por la Directiva 2004/23/CE (Considerando 16 y art. 11).²⁰ Se puede recordar, como hemos visto, que según el informe de la SANCO, más de 80 % de las autoridades nacionales competentes para la donación y el trasplante de órganos, se encargan también de supervisar la gestión de las células y los tejidos humanos.

Tercero, el papel de la información es esencial en relación con la propia donación de un órgano. Por un lado, y en relación con el donante, la directiva insiste en el carácter fundamental del consentimiento informado pero no emite ninguna preferencia a favor o en contra de los varios sistemas nacionales de consentimiento (“inclusión opcional” o “exclusión opcional”,

²⁰ Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

por ejemplo).²¹ No obstante sí insiste en tres principios fundamentales. Se tratan (a) del principio de donación voluntaria, (b) del anonimato y (c) del principio de confidencialidad. De acuerdo con el primer principio (a), la donación de un órgano no podría ser motivada por razones económicas (aunque sí se prevén ciertas compensaciones económicas)²² y ello por dos razones principales. Por un lado, la Directiva se fundamenta en unas razones de orden ético: el cuerpo humano y sus

partes no pueden ser objetos de lucro, en caso contrario se vulneraría la dignidad de la persona humana.²³ Por otro, justifica la prohibición de la donación retribuida en a partir de un argumento utilitarista: el fin lucrativo perjudicaría la calidad y la seguridad del proceso de donación. Ambos argumentos parece complementarse pero son en sí contradictorios. En este sentido, se puede mencionar una vez más las palabras de Stefano Rodotà:

(...) es precisamente aquí, en la pretensión de que la gratuidad excluya la entrada de cualquier otro principio, donde es posible observar la aparición de un conflicto entre solidaridad y gratuidad, subrayado por quienes han señalado la ineficiencia social del don. Las crecientes posibilidades abiertas por la cirugía de trasplantes no se ven correspondidas por una adecuada disponibilidad de órganos: una asignación eficiente de este recurso, cuya escasez se debería precisamente al hecho de tener un vínculo con la gratuidad, sería posible si se llegara a reconocerse a todos el derecho a disponer libremente de su cuerpo, con el único límite que supone el respeto a una integridad física entendida y reducida, al mantenimiento de las funciones biológicas. Eso supondría el rechazo del paternalismo legislativo, contrario a la autonomía individual, y el desarrollo de un mercado eficiente y, por eso mismo solidario.²⁴

La propia Directiva admite de hecho la posibilidad de una compensación económica debida, a ciertos gastos generados por los posibles perjuicios generados (pérdida de ingresos, etc.), criterios suficientemente amplios para asimilar esta compensación a una retribución.²⁵ Para poder evaluar este consentimiento, el intercambio de información entre, por un lado, el donante y sus familiares (por ejemplo) y, por otro, el equipo médico especializado, debe ser la más acertada posible y transmitida con la máxima rapidez. En este sentido, cuando se trata de un donante vivo por ejemplo, todas las consecuencias médicas, psicológicas, sociales,

²¹ Véase el Considerando número 21.

²² Véase igualmente el artículo 13.

²³ Véase el Considerando 19. Hace referencia en particular al artículo 3.2. c) de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* que estipula, bajo el título del “Derecho a la integridad de la persona humana”: “la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro”. Véase también Comisión Europea, Plan de acción sobre donación y trasplante de órganos (2009-2015)..., op.cit., p. 7.

²⁴ Rodotà S. La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho, op.cit., p. 150.

²⁵ Art. 13.

económicas, etc. deben ser facilitadas al donante para que tenga precisamente un consentimiento informado.²⁶ La Directiva justifica este requisito “a fin de cumplir los requisitos de calidad y de seguridad”. Hubiera tenido que justificarla primero por el mero respeto de la dignidad humana del donante. En efecto, la dignidad humana requiere no sólo la protección (moral y física) de la persona, sino también el respeto de su autonomía, y en particular, en relación con el ejercicio de la libertad de elección y de decisión.²⁷ Para que el consentimiento esté suficientemente informado, en primer lugar, tendría que ser valorado por un psicólogo mediante un informe preceptivo, ya que la Directiva exige únicamente la participación de un médico pero no de un psicólogo. En segundo lugar, la Directiva podría haber aprovechado la ocasión para sugerir la constitución de Comités éticos asistenciales - en hospitales o áreas sanitarias - a aquellos Estados miembros que aún no cuenten con estos servicios, pues con su supervisión cierran y garantizan el procedimiento de donación de vivo.

El segundo principio (b), es decir, el anonimato, debería regular las reglas de la donación. En este sentido, el donante y el receptor no se conocen, pero algunas excepciones están aceptadas por la Directiva.²⁸ El tercer principio (c) es el de la confidencialidad y se relaciona directamente con la limitación del uso y acceso a ciertos datos personales, de carácter genético en particular.²⁹ Con el fin de crear un marco de calidad y de seguridad, instaurando en particular un sistema de trazabilidad, de notificación y gestión de riesgos, los datos personales de los donantes y de los receptores pueden ser conservados en formato electrónico, durante un periodo superior a 30 años e incluso cruzados con otros datos relativos a células y tejidos humanos.³⁰ No obstante, la Directiva insiste en que la protección de esos datos personales constituye un derecho fundamental. En efecto, su almacenamiento debe responder a los criterios de confidencialidad (con una limitación de las condiciones de acceso en particular) y de seguridad (con el uso de medidas técnicas adecuadas en particular) previstos por la Directiva 95/46/CE.³¹ También, el tratamiento de esos datos debe responder exclusivamente a los objetivos de la Directiva 2010/53/UE, y no puede conseguir otros fines, incluso de

²⁶ Véase el Considerando 23.

²⁷ “A fin de cumplir los requisitos de calidad y seguridad establecidos en la presente Directiva, el equipo médico procurará obtener toda la información necesaria de los donantes vivos, y a tal efecto facilitará a estos últimos la información que necesiten para comprender las consecuencias de la donación. (art. 7.3) “Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para garantizar la máxima protección posible de los donantes vivos con el fin de asegurar plenamente la calidad y la seguridad de los órganos para el trasplante (art. 15.1).

²⁸ Considerando 22.

²⁹ Art. 16.

³⁰ Art. 10.

³¹ Se tratan de los artículos 16 y 17 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Disponible en: <http://bit.ly/europalegislation> . Acceso en: 28.04.15.

carácter médico.³² Para que esos principios sean respetados, los Estados deben introducir en este sentido sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. No obstante, aparece aquí conflicto serio: “Esta descomposición y dislocación del cuerpo en sedes diferentes plantea además el problema de su recomposición. En las sociedades de la vigilancia, el control, la selección social, la segmentación de las personas con fines de mercado existe una muy fuerte tendencia a la recogida más completa posible de informaciones a través de la interconexión de los bancos de datos en que las informaciones son conservadas. El cuerpo se recompone así atendiendo a exigencias ajenas al sujeto y con finalidades que pueden estar en conflicto con sus intereses”.³³ Se trata de un serio problema que puede ser solucionado solamente mediante el compromiso social y político de las autoridades públicas, junto con un diálogo con los distintos actores privados de este sector.

Cuarto, la información tiene un papel muy relevante en relación con la caracterización, el transporte y el trasplante de los órganos. En relación con la primera fase, la Directiva insiste en la importancia de la relación riesgo – beneficio en el momento de decidir sobre el trasplante. Indica de forma muy atenta de que “debido a la escasez de órganos, al riesgo de muerte inherente a las enfermedades que abocan a la necesidad de los trasplantes de órganos y al gran beneficio que supone el trasplante, se aceptan más riesgos que en el caso de la sangre o de la mayoría de los tratamientos basados en tejidos y células”.³⁴ Para poder responder a la necesidad de recoger la información relevante sobre las características del donante, para poder evaluar la idoneidad de la donación, y responder a las características de la relación riesgos – beneficios, la Directiva crea (Anexo A) un formulario (no vinculante) de datos mínimos que deberían ser recogidos para cada donación. Crea también otro formulario (Anexo B) relacionado con datos complementarios. Esos formularios tienen el gran mérito de ser claros y definidores de un marco práctico de calidad y de seguridad. Además, y como recuerda la propia Directiva, podrían ser sujetos a ciertos cambios, debidos por ejemplo, a los avances de los progresos científicos en este ámbito.³⁵ En relación con la segunda fase, el transporte de órganos, la Directiva contempla unos requisitos básicos que muestra cómo una información transparente permite garantizar la calidad y la seguridad de los órganos. Así, en los contenedores que transportan los órganos, se deben identificar el origen del órgano (centro de obtención), su destino (centro de trasplante), el tipo de órgano contenido (con las recomendaciones necesarias para la manipulación del contenedor), y también un

³² Véase el artículo 8, apartados 2 y 3 de la Directiva 95/46/CE

³³ Rodotà S. La vida y la reglas. Entre el derecho y el no derecho, op.cit., p. 102.

³⁴ Considerando 11.

³⁵ Véase el considerando 26 y los artículos 7 y 24.

informe sobre la caracterización del órgano y del donante.³⁶ Por fin, antes del trasplante, el centro debe comprobar tanto la caracterización adecuada del órgano como el respeto de las condiciones de transporte.³⁷

PRIMEROS EFECTOS DE LA DIRECTIVA

Cinco años después de su aprobación (2010) y tres años después de su obligatoria incorporación en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la UE, parece legítimo, identificar algunos primeros efectos de la Directiva. Las informaciones que tenemos sobre la transposición de la Directiva son escasas, pero demuestran un esfuerzo grande de transparencia y de control tanto por parte de la Comisión como de los Estados Miembros. Así, de acuerdo con el último informe a nuestra disposición (mayo de 2015), publicado por la octava reunión de las Autoridades Competentes en materia de Donación y Trasplantes de Órganos de la UE, en marzo de 2014, la gran mayoría de los Estados miembros hubiera transpuesto la Directiva, a través de un sistema de cuestionario y de control creado específicamente por la Comisión (*transposition check*). Se creó igualmente otro instrumento de control en verano de 2014 (*implementation check*) con el fin de comprobar si los Estados Miembros implementaron todos los requisitos de la Directiva.³⁸ Los procesos de transposición y de implementación de la Directiva están estrictamente controlados por aquellas reuniones a nivel Europeo de las Autoridades Nacionales Competentes. Por otro lado, otra Directiva fue aprobada en 2012, con el fin de definir mejor algunos aspectos de la Directiva de 2010. En este sentido, la Directiva 2012/25/EU³⁹ establece nuevos procedimientos en tres ámbitos concretos: i) información sobre el órgano humano y características del donante (art. 5) ; ii) información para garantizar la trazabilidad de los órganos humanos ; iii) notificación de acontecimientos y reacciones adversas graves (art. 7).

Gracias a la consolidación del proyecto “EFRETOS”, continua desarrollándose (en 2015) la creación de un registro paneuropeo de datos sobre los resultados de los trasplantes. Se realizó así un inventario europeo (con datos específicos y definiciones comunes y consensuadas entre los Estados miembros) para que estos mismos países pudieran realizar u mejorar sus propios registros nacionales.⁴⁰ Con este dialogo seguro y eficaz entre registros nacionales

³⁶ Art. 8.

³⁷ Art. 9.

³⁸ Eighth Meeting of Competent Authorities for Organ donation and transplantation. Summary Report. Disponible en: <http://bit.ly/ReportMarch2014> Acceso en: 12.05.15.

³⁹ Texto disponible en inglés en la página siguiente: <http://bit.ly/1IzpZFc> . Acceso en: 13.05.15.

⁴⁰ Consultar <http://www.efretos.org>. Acceso en: 13.05.15.

y el registro paneuropeo se espera poder seguir y controlar a todos los pacientes de la UE con órganos trasplantados. Finalmente, el programa ACCORD (*Achieving Comprehensive Coordination in Organ Donation throughout the European Union*) se desarrolló entre mayo de 2012 y noviembre de 2015, con la colaboración de 23 países miembros de la UE.⁴¹ Su objetivo consistió en identificar y aportar soluciones a tres ámbitos: i) reforzar la protección de los donantes vivos, mejorando los sistemas de información gracias al uso de unos mismos criterios nacionales ii) promover la donación de órganos de personas fallecidas, mejorando la cooperación entre los personales de salud y los coordinadores encargados de trasplantes y donantes ; iii) compartir conocimientos prácticos, experiencias y herramientas entre países, a través de iniciativas “twinning” (proyectos de la UE entre dos países miembros).⁴² La fase actual (2015) relativa a la Directiva de 2010 puede ser entendida como de transición, donde junto a las posibles dificultades inherentes a todo proceso legislativo de este tipo, se juntan varias iniciativas públicas y privadas (financiadas por la UE) con el fin de mejorar y aumentar todas las posibilidades de mejora contenidas en la Directiva de 2010.

⁴¹ <http://www.accord-ja.eu>. Acceso en: 13.05.15

⁴² Más información: http://ec.europa.eu/enlargement/tenders/twinning/index_en.htm. Acceso en: 13.05.15.

A PROBLEMÁTICA DA TRANSFUSÃO SANGUÍNEA EM PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

VITOR BERMOND VARGAS¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo trazer à tona o conflito que se origina a partir da obrigação do médico em salvar vidas, abstendo-se de quaisquer ditames religiosos, frente à liberdade religiosa e a autonomia do paciente em recusar determinados tratamentos. A medicina, por ser uma ciência laica, acaba por colidir diretamente com certos princípios religiosos, principalmente no que diz respeito ao atendimento de casos emergenciais. O Brasil, ao adotar uma postura laica, proporcionou que diversas religiões emergissem em seu território, haja vista o princípio da liberdade religiosa, que se encontra consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dentro dos diversos segmentos religiosos que aqui se propagaram, têm-se as Testemunhas de Jeová, que almejam tratamentos médicos que se abstenham do uso de sangue e seus derivados, em decorrência de suas crenças religiosas. Neste contexto, será feita uma abordagem acerca dos diversos danos, tanto morais quanto psicológicos que os tratamentos transfusionais podem trazer a esses religiosos, tendo em vista que, ao serem submetidos a tais procedimentos clínicos acabam por desprezar alguns dos mandamentos de seu Profeta, Jeová. Para tanto, refletir-se-á sobre as origens da recusa ao uso do sangue por parte das Testemunhas de Jeová, bem como os princípios primordiais que regem suas vidas. A abordagem bioética será o caminho para a compreensão dessa questão, a partir de seus princípios, examinando os conflitos que se originam a partir dos avanços da medicina e que, conseqüentemente, acabam por colidir com questões éticas. Por fim, o presente trabalho traz algumas alternativas ao uso do sangue em procedimentos cirúrgicos, bem como os diversos benefícios que tais alternativas podem trazer aos pacientes.

Palavras-chave: Testemunhas de Jeová. Bioética. Transfusão de sangue.

INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste estudo é abordar a questão da recusa da transfusão de sangue por parte das Testemunhas de Jeová, que alegam que a alma do homem está no sangue, e sendo assim, não se pode passá-la a outrem, pois, neste caso, estariam infringindo a um de seus mandamentos, qual seja: o de amar a Deus com toda a alma.

Por outro lado, há a obrigação do médico em salvar vidas e o exercício de seu trabalho, pautado no sentido de salvar a vida de seus pacientes, abstendo-se de quaisquer ditames religiosos. Contudo, deve haver o devido respeito e observância do direito do paciente em se recusar ao tratamento, prevalecendo a sua autonomia.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

Nesse contexto é que se procura refletir sobre a obrigação do médico em salvar seus pacientes em caso de iminente risco de vida, independentemente do consentimento do paciente, como pode ser observado no Código de Ética Médica Brasileiro em seus capítulos IV e V.

Entendido a Medicina como sendo uma ciência laica, muitas vezes, os procedimentos dos profissionais da saúde acabam por confrontar-se diretamente com as crenças religiosas, como o caso da utilização de sangue em certos tratamentos, principalmente os emergenciais. Deste modo, diversas são as incertezas que dominam os profissionais que se deparam com o assunto, tendo que escolher o caminho mais certo e seguro a tomar ao se deparar no risco iminente de morte de seu paciente.

Dentro desse cenário, o Brasil adotou uma posição em favor da laicidade do Estado, ou seja, os cidadãos tem o livre arbítrio de escolherem suas respectivas linhas religiosas. Tal laicidade, junto ao princípio democrático, proporciona o surgimento de diversas religiões que convivem, em sua maioria, de forma harmônica.

Assim, há de se fazer menção ao princípio da liberdade religiosa, garantido expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso VI, assegurando a inviolabilidade das crenças religiosas, havendo proteção legal aos locais de culto, bem como para com as liturgias.

Assim sendo, a presente pesquisa tem por objetivo responder à seguinte indagação: em que medida deve prevalecer a recusa por parte de paciente Testemunha de Jeová de tratamentos que envolvam transfusões sanguíneas em casos de atendimento de emergência diante da obrigação do médico em salvar seus pacientes em casos de risco de vida?

Adotou-se o aporte teórico de Tereza Rodrigues Vieira no sentido de que as Testemunhas de Jeová são religiosos que almejam um tratamento médico, porém, sem a utilização de sangue alogênico, necessitando de profissionais da saúde que tratem do problema clínico ou cirúrgico em harmonia com a sua religião e consciência.

Do mesmo modo, para a compreensão do ponto de vista das Testemunhas de Jeová, adotou-se o marco teórico de Emmanuel Lévinas sobre a questão da importância de se colocar no lugar do outro para se confrontar, diretamente, com suas angústias e preocupações. Desse modo, surge a necessidade de se ver o mundo a partir dos olhos do Outro para que se aplique a questão da Alteridade e Infinito, assuntos estes tratados de forma ampla na obra do autor supracitado.

Pacientes que seguem os ditames da organização religiosa dos Testemunhas de Jeová, como será abordado ao longo desta pesquisa, ao serem submetidos à transfusões sanguíneas, significa passar para uma condição de impureza, não tendo mais uma vida digna, o que acaba

por acarretar em danos emocionais, psicológicos, e sociais irreparáveis para essas pessoas. Portanto, outro princípio constitucional estaria sendo desrespeitado, qual seja: princípio da dignidade humana, assegurado na Constituição da República Federativa Brasileira em seu artigo 1º, inciso III.

Adotou-se a metodologia fenomenológica heideggeriana (HEIDEGGER, 2009, p.66) como fio condutor da presente pesquisa, que buscou desvendar os fundamentos das Testemunhas de Jeová para a recusa de transfusão sanguínea.

Deste modo, a partir deste trabalho, é possível a compreensão dos fatos através do ponto de vista do outro, pois, a partir do momento em que o médico se coloca no lugar de seu paciente, poderá ser optado um determinado tratamento que atenderá as exigências de ambos, ou seja, o médico poderá salvar a vida de seu paciente, ao ponto que este poderá, por exemplo, se abster de tratamento que utilizem o sangue e seus derivados, como é o caso das Testemunhas de Jeová.

DA ÉTICA À BIOÉTICA

Para que se entre no campo na Bioética, faz-se mister compreender, primeiramente, o que vem a ser a Ética, sendo esta o conjunto de princípios, de ordem moral e valorativa, que irão disciplinar e orientar os indivíduos (ARGOLLO, 2010, p. 80).

Contudo, na medida em que a medicina foi avançando, inevitavelmente ocorreram algumas colisões para com o campo ético, no que diz respeito às experiências biomédicas realizadas com seres humanos (ARGOLLO, 2010, p. 80).

BIOÉTICA

A bioética, portanto, surge exatamente nesse contexto de conflitos entre os avanços da medicina e as barreiras encontradas para com a ética, emergindo na década de 1970 mediante a necessidade de se padronizar as divergências morais advindas da assistência à saúde (ARGOLLO, 2010, p. 80).

Em linhas gerais, esta ciência irá se dedicar a estudar os problemas e decorrências morais que se originam a partir das pesquisas da medicina e afins. Compreende, ainda, questões advindas do senso moral e ético, como a questão de experimentos científicos em seres vivos, a legitimidade do aborto e da eutanásia, o campo da medicina genética, transgênicos e pesquisas com células tronco (MALUF, 2013, p. 6).

PRINCÍPIOS BIOÉTICOS

No ano de 1979 foram definidos os quatro princípios básicos da Bioética, que passaram a guiar as relações existentes entre os profissionais da saúde e seus pacientes. Estes princípios passaram a servir como diretrizes para as decisões de conduta entre a relação médico-paciente (ARGOLLO, 2010, p. 80).

A ética médica contemporânea faz-se valer do pressuposto de que os pacientes adultos têm o livre arbítrio de decidir sobre seu corpo. No entanto, no que se refere aos pacientes menores ou incapazes, deverá prevalecer a vontade de seu representante legal (ARGOLLO, 2010, p. 81), levando em consideração suas convicções morais e religiosas.

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Por meio do princípio da autonomia, é reconhecido ao paciente o direito de decidir sobre sua própria vida (corpo e mente), devendo ser respeitada sua intimidade e suas convicções morais e religiosas. Assim, a autonomia diz respeito à capacidade de o indivíduo ter reconhecida sua vontade, livre de pressão e coação externa (MALUF, 2013, p. 11).

PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

Beneficência, em linhas gerais, significa fazer o bem, ou seja, o profissional da saúde deve buscar fazer o que for melhor para o seu paciente, levando em consideração seu bem-estar, interesses pessoais e evitando danos às suas convicções.

PRINCÍPIO DA NÃO MALEFICÊNCIA

Por este princípio, o médico tem o dever de, intencionalmente, cuidar do paciente e não causar mal e/ou danos a ele. Trata-se, portanto, de um princípio moral que rege os profissionais da saúde, onde esse profissional deve ter o mínimo do senso ético. Sendo este princípio desrespeitado, surge para o médico a configuração de uma conduta negligente (ARGOLLO, 2010, p. 81-82).

PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

O termo Justiça, a partir de uma análise filosófica, diz respeito a um modo justo e equitativo de tratar as pessoas. Deste modo, significa dizer que cada pessoa deverá fazer jus àquilo que lhe diz respeito, tendo em vista suas necessidades, mérito, convicções e decisões (ARGOLLO, 2010, p. 90).

Portanto, é necessário que haja a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios da prática médica, procurando evitar a discriminação (MALUF, 2013, p. 11).

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Os direitos fundamentais, como bem explica Alexandre Guimarães Gavião Pinto (2010, p. 1), constituem prerrogativas legítimas que consolidaram as requisições de liberdade, igualdade e dignidade dos homens, certificando aos seres humanos uma convivência digna, livre e isonômica.

Portanto, esses direitos acarretam em limitações aos poderes do Estado na medida em que surge o dever de garanti-los aos seus cidadãos, sendo invioláveis e indelegáveis, pautando-se nos pilares da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, cujos conceitos foram sendo construídos a partir dos movimentos que se destinaram à reforma do Estado, dando início e formação ao Estado Democrático de Direito (PINTO, 2010, p. 1).

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo de uma perspectiva clássica, os Direitos Fundamentais consistem em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado, estando consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, compreendidos dos artigos 5º ao 17. Contudo, este não pode ser caracterizado como sendo um rol restritivo dos direitos fundamentais (PLAFFENSELLER, 2007, p. 93).

Dentro desta abordagem, surge ainda a expressão “Direitos Humanos”, que são direitos essenciais à manutenção de uma vida humana sustentada pelo princípio da dignidade a ela inerente (PLAFFENSELLER, 2007, p. 94).

Os Direitos Fundamentais, portanto, serão aqueles vigentes em um determinado ordenamento jurídico, ou seja, os direitos fundamentais são os direitos do homem, garantidos e limitados espaço-temporalmente (PINTO, 2010, p. 1).

Por outro lado, os direitos do homem são os que derivam da própria natureza humana, sendo invioláveis, intemporais e universais, logo, são válidos em todos os tempos e para todos os povos (PINTO, 2010, p. 1).

DA LIBERDADE RELIGIOSA

A partir do princípio da liberdade religiosa, se compreende que a religião é um complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adorações do homem para com Deus.

Dentro deste contexto, Silva (2007; p. 145) se pronuncia no sentido de que o “constrangimento à pessoa humana, de forma a constrangê-lo a renunciar sua fé, representa desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofia e a própria diversidade espiritual”.

DO DIREITO À VIDA

O direito a vida está consagrado no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo garantido a todos, independentemente de nacionalidade, sexo ou posição social. A vida é tida ainda como um Direito Fundamental, fazendo jus a sua inviolabilidade.

No entanto, o direito a vida é colocado, pelo Estado Brasileiro, em um patamar de superioridade em relação aos demais direitos, utilizando-se do fundamento de que constitui a essência (ou condição) para a existência de todos os demais, muito embora tal condição não esteja expressa em nosso ordenamento.

Assim, não basta apenas garantir a vida biológica do indivíduo, é necessário que se resguarde suas liberdades individuais, bem como sua crença religiosa e seus valores éticos e morais. Pois, como bem colocado por Elaina de Araújo Argollo (2010, p. 48), ninguém consegue ser um “vazio”, ou seja, um indivíduo não pode ser desprovido de valores e objetivos, porque são os valores individuais que dão sentido à vida das pessoas.

DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este princípio compreende o que diz respeito ao valor interno de cada indivíduo, pertinente ao campo moral e espiritual, estritamente individual, que goza de proteção da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo elevado à categoria de Princípio Fundamental Constitucional, além de sua previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, assinada pelo Brasil. (SILVA, 2007, p. 145-146).

Dignidade, portanto, abarca toda a questão da liberdade de escolha de cada um, remetendo à possibilidade de escolha do melhor tratamento médico de acordo com suas convicções, bem como à recusa do mesmo. Deste modo, não é possível se falar em dignidade quando uma pessoa é desrespeitada nos seus valores espirituais, desprezada em suas convicções ou excluída socialmente (ARGOLLO, 2010, p.42).

Logo, de nada adianta proteger a vida biológica em detrimento da dignidade, haja vista que, com isso, se estaria sentenciando uma pessoa a um eterno sofrimento espiritual, que pode ocasionar na morte advinda do suicídio. Logo, não é plausível admitir e permitir que os valores e convicções que uma pessoa constrói, bem como suas crenças religiosas, sejam

desprezadas em prol de falsas verdades, como acontece com quem é submetido à tratamentos médicos alheios à sua vontade, princípios e valores.

DA APARENTE COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Um caso de princípios colidentes só poderá ser suprimido se: ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações sejam efetuadas ou sacrifícios sejam feitos, a questão é como isso deve ocorrer (ALEXY, 1999, p. 73).

Assim, ao longo dessa pesquisa, tentar-se-á limitar os princípios que, aparentemente, se encontram em situação de colisão para que, ao final, se possa chegar a um desfecho que satisfaça tanto os médicos quanto os pacientes com convicções religiosas que divergem à certos procedimentos clínicos.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

A atual organização das Testemunhas de Jeová teve início no final do século XIX com um pequeno grupo de estudantes da Bíblia, que realizaram um estudo sistemático da Bíblia, nas mediações de Pittsburgh, Pensilvânia, Estados Unidos. Este grupo começou a comparar os mandamentos lecionados pelas igrejas com o que a Bíblia realmente ensinava, e, a partir disso, começaram a publicar suas próprias conclusões em livros, jornais e na revista que hoje é chamada A Sentinela Anunciando o Reino de Jeová².

Dentre os membros desse grupo de estudantes da Bíblia, destacava-se Charles Taze Russell, nascido nos Estados Unidos, no ano de 1852, e que cresceu sob influência religiosa. Em 1874 iniciou o seu próprio movimento religioso denominado “Religião Organizada”. Escreveu ainda uma obra de sete volumes, intitulada de “Estudos nas Escrituras”, muito divulgada e até hoje utilizada (SILVA, 2007; p. 139).

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A TRANSFUÇÃO SANGUÍNEA

Os seguidores dessa religião trazem consigo, como princípio religioso, decorrente da interpretação de passagens bíblicas, a impossibilidade de realização de tratamentos médicos que importem em transfusão de sangue, mesmo que esteja em risco a vida do paciente/crente (WILLEMANN, 2009, p. 69). Deste modo, percebe-se que os Testemunhas de Jeová são contrários à transfusão sanguínea, alegando que com tal feito terão uma vida indigna e impura.

² QUEM fundou a sua religião?. Disponível em: <<http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/>>. Acesso em: 09 maio 2015.

PRINCÍPIOS BÍBLICOS DEFENDIDOS

Primeiramente, faz-se necessário definir o que vem a ser um princípio bíblico, sendo possível defini-los como verdades absolutas, ao contrário das leis, que são criadas para circunstâncias específicas (Deuteronômio 22:8). Diante deste entendimento, é imprescindível usar nossa capacidade de discernimento para compreender como um princípio se aplica em cada situação específica (Provérbios 2:10-12)³.

Tendo em vista o acima exposto, e de acordo com a Bíblia Sagrada desta organização, extraem-se dois princípios de suma importância.

O primeiro desses princípios traz à tona o objetivo principal da vida humana, que é, basicamente, conhecer a Deus, amá-lo e servi-lo fielmente. Não obstante, extrai-se ainda o ensinamento de que este princípio deve ser observado em todas as decisões dos fiéis (Provérbios 3:6)⁴.

O segundo princípio, contudo, estabelece a maneira como as pessoas devem tratar seus semelhantes (1 Coríntios 13:4-7). Assim sendo, busca-se imitar o modo como Deus trata as pessoas (Mateus 7:12; 22:39, 40)⁵.

O PORQUÊ DA RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE

Para entender esta complexa resposta, faz-se mister recorrer à Bíblia Sagrada, voltando até os tempos bíblicos de Adão e Eva, quando Caim, seu filho, começa a adolecer uma fúria incontrolável contra Abel, seu irmão mais novo. Diante desse cenário, Jeová se voltou para Caim e lhe disse esta raiva acabaria por levá-lo a cometer um grave pecado. Contudo, Caim ignorou a advertência de Jeová e “atacou Abel, seu irmão, e o matou” (Gênesis 4:3-8)⁶.

Após essa barbárie, Jeová lhe disse: “O sangue do seu irmão está clamando a mim desde o solo.” (Gênesis 4:10). Nota-se que quando Deus falou do sangue de Abel, na verdade Ele fazia referência à vida de Abel. Caim havia tirado a vida de seu irmão e tinha de ser punido. Era como se o sangue, ou a vida, de Abel clamasse a Jeová por justiça⁷.

³ COMO os princípios bíblicos nos beneficiam? 2. O que são Princípios Bíblicos? Disponível em <[http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/boas-noticias-deus-voce/principios-biblicos-nos-beneficiam/#?insight\[search_id\]=c249a204-16a3-4f41-905f-4acb6e87738e&insight\[search_result_index\]=1](http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/boas-noticias-deus-voce/principios-biblicos-nos-beneficiam/#?insight[search_id]=c249a204-16a3-4f41-905f-4acb6e87738e&insight[search_result_index]=1)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

⁴ COMO os princípios bíblicos nos beneficiam? 3. Que dois princípios são muito importantes? Disponível em <[http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/boas-noticias-deus-voce/principios-biblicos-nos-beneficiam/#?insight\[search_id\]=c249a204-16a3-4f41-905f-4acb6e87738e&insight\[search_result_index\]=1](http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/boas-noticias-deus-voce/principios-biblicos-nos-beneficiam/#?insight[search_id]=c249a204-16a3-4f41-905f-4acb6e87738e&insight[search_result_index]=1)>. Acesso em: 29 abr. de 2015.

⁵ Idem.

⁶ O CONCEITO de Deus sobre a vida. Respeito pela vida. Disponível em <<http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/biblia-ensina/respeitar-vida-conceito-de-deus-sobre-aborto-sangue/>>. Acesso em 29 abr. 2015.

⁷ O CONCEITO de Deus sobre a vida. Respeito pelo sangue. Disponível em <<http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/biblia-ensina/respeitar-vida-conceito-de-deus-sobre-aborto-sangue/>>. Acesso em 29 abr. 2015.

Mais tarde, nos tempos bíblicos de Noé, a relação entre vida e sangue tornou-se à tona após o Dilúvio, pois antes as pessoas comiam apenas frutas, vegetais, cereais e nozes. Contudo, depois do Dilúvio, tendo em vista a vasta devastação da Terra, Jeová se dirigiu a Noé e seus filhos e lhes disse: “Todo animal que se move e que está vivo pode servir-lhes de alimento.” Entretanto, Deus lhes impôs uma restrição, qual seja: “Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida.” (Gênesis 1:29; 9:3, 4)⁸. Notoriamente, ao estabelecer essa restrição Jeová instituiu uma linha tênue entre a vida e o sangue de uma criatura.

Assim, em decorrência dessas reflexões é que se enfrenta a questão de nossa pesquisa no próximo capítulo

RECUSA A TERAPIA TRANSFUSIONAL E AS ALTERNATIVAS MÉDICAS ISENTAS DO USO DE SANGUE

A transfusão sanguínea, como próprio nome já sugere, é uma prática médica que consiste na transferência dos fluidos sanguíneos de um doador para o receptor. Esta terapia tem se mostrado eficaz em situações clínicas de choque, hemorragias e doenças sanguíneas, além de casos cirúrgicos, traumatismos e demais ocorrências em que haja uma perda excessiva de sangue (MALUF, 2013, p. 363-364).

Contudo, atualmente é possível encontrar algumas alternativas médicas ao uso do sangue, que frequentemente são denominados de “sangue artificial”, visando o preenchimento de volume líquido do sangue, além do transporte de oxigênio e demais componentes gasosos vitais à manutenção do bem estar do organismo (MALUF, 2013, p. 365). Deste modo, com os avanços tecnológicos surgem métodos de cirurgias e demais tratamentos que se abstém do uso de componentes sanguíneos, dando oportunidade às pessoas de optarem por um tratamento alternativo ao convencional.

A TERAPIA TRANSFUSIONAL E O PRINCÍPIO BIOÉTICO DA AUTONOMIA

Como já abordado nesta pesquisa, o princípio da autonomia consiste no reconhecimento ao paciente do direito de decidir sobre sua própria vida (corpo e mente), devendo ser respeitada sua intimidade e suas convicções morais e religiosas. Assim, a autonomia diz respeito à capacidade de o indivíduo ter reconhecida sua vontade, livre de pressão e coação externa (MALUF, 2013, p. 11).

⁸ O CONCEITO de Deus sobre a vida. Respeito pelo sangue. Disponível em <<http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/biblia-ensina/respeitar-vida-conceito-de-deus-sobre-aborto-sangue/>>. Acesso em 29 abr. 2015.

Em contrapartida, têm-se as questões em que há uma indicação clínica da necessidade da realização de transfusões sanguíneas, que acaba por colidir com o princípio supra, além de confrontar o direito à liberdade religiosa e da dignidade da pessoa humana.

Retomando a discussão de pacientes capazes e incapazes, ao paciente capaz é reconhecido o direito de exercer sua autonomia, ao passo que aos menores e incapazes, prevalecerá à vontade de seus representantes legais.

Contudo, agindo em contrário sensu ao disposto por este princípio, o Conselho Federal de Medicina acabou por regulamentar o caso nos parâmetros de sua resolução 1.021/80, que será abordado no próximo tópico desta pesquisa, desrespeitando completamente a autonomia de seus pacientes.

A PROBLEMÁTICA DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Boa parte dos médicos ainda se sentem inseguros no que diz respeito à recusa de tratamento por estes pacientes, temendo um processo administrativo por parte do Conselho Regional de Medicina ou uma sanção legal por omissão de socorro, delito previsto no artigo 135 do Código Penal Brasileiro.

Portanto, se faz mister analisar, ainda, a problemática da aplicação do Código Penal⁹ e do Código de Ética Médica¹⁰ nos casos que abarcam pacientes Testemunhas de Jeová, haja vista que deve haver um a opinião dos pacientes, prevalecendo sua autonomia. Por conseguinte, um tratamento compulsório pode trazer danos emocionais irreparáveis para essas pessoas.

⁹ Código Penal:

Art. 135 – Deixar de prestar assistência, quando é possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o auxílio da autoridade pública: Pena – detenção de um a sus meses, ou multa de trezentos cruzeiros a dois mil cruzeiros.

Parágrafo único – A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Art. 146 – Constranger alguém, mediante violência, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. Pena – detenção de três meses a um ano ou multa de quinhentos cruzeiros a cinco mil cruzeiros (...).

Parágrafo 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I – A intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida. (...)

¹⁰ Código de Ética Médica:

É vedado ao médico:

Art. 46 – Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida.

Art. 51 - Alimentar compulsoriamente qualquer pessoa em greve de fome que for considerada capaz, física e mentalmente, de fazer juízo perfeito das possíveis conseqüências de sua atitude. Em tais casos, deve o médico fazê-la ciente das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de perigo de vida, tratá-la.

Art. 57 – Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico tratamento a seu alcance em favor do paciente.

Ainda nesse sentido, embora a Constituição da República Federativa do Brasil não tenha se referido de forma expressa à integridade psíquica (moral ou emocional), é notória a intenção do legislador em preservar a integridade da pessoa humana como um todo (tanto física quanto moral), ao longo do artigo 5º da CF/88, e, deste modo, ao permitir que o termo constasse no gênero, abriu margem de interpretação através uma hermenêutica extensiva do que significa integridade em todas as suas acepções (ARGOLLO, 2010, p. 102).

Assim, no que compreende o termo “integridade”, encontra-se a integridade moral (psíquica) que se relaciona com a isenção de ameaça ou dano subjetivo de uma pessoa (ARGOLLO, 2010, p. 102).

Diante do acima exposto, verifica-se o surgimento da indagação acerca da aplicação Código de Ética Médica Brasileira, resolução CFM Nº 1931/2009¹¹ e do Código Penal (CP), que, em alguns de seus dispositivos proíbem os profissionais médicos de se recusarem a salvar vidas.

No caso de pacientes inconscientes, necessitando de urgente intervenção médica, o profissional da saúde, muitas vezes, dá como presumido o consentimento do paciente quando não dispuser de um representante legal ou quando já tenha manifestado inequivocamente que rechaçaria a intervenção neste caso.

Com isso, à luz dos ensinamentos de Vieira (2003, p. 229), é possível perceber que o médico, em algumas situações, realiza intervenções e transfusões sanguíneas sem o consentimento do paciente, desconhecendo, ou não, suas convicções religiosas, pautando-se no princípio da beneficência¹². Nestes casos, realizando-se a transfusão sanguínea compulsória, deveria este indivíduo ser acolhido e apoiado pela comunidade das Testemunhas de Jeová com o escopo de ajudá-lo a superar este trauma, pois, sendo esse indivíduo excluído, estaria sendo apenado duas vezes.

Não obstante toda essa questão conflituosa e delicada, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução 1.021/80, trata o tema da seguinte forma:

PARECER PROC. CFM nº 21/80

O problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sanguínea, deverá ser encarada sob duas circunstâncias:

¹¹ É vedado ao médico:

Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida.(grifo nosso)

Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida. (grifo nosso).

¹² Beneficência, em linhas gerais, significa fazer o bem, ou seja, o profissional da saúde deve buscar fazer o que for melhor para o seu paciente. Vide p. 10.

1 - A transfusão de sangue teria precisa indicação e seria a terapêutica mais rápida e segura para a melhora ou cura do paciente.

Não haveria, contudo, qualquer perigo imediato para a vida do paciente se ela deixasse de ser praticada. Nessas condições, deveria o médico atender o pedido de seu paciente, abstendo-se de realizar a transfusão de sangue.

Não poderá o médico proceder de modo contrário, pois tal lhe é vedado pelo disposto no artigo 32, letra “f” do Código de Ética Médica:

“Não é permitido ao médico:

f) exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente resolver sobre sua pessoa e seu bem-estar”.

2 - O paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo.

Em tais condições, não deverá o médico deixar de praticá-la apesar da oposição do paciente ou de seus responsáveis em permiti-la.

O médico deverá sempre orientar sua conduta profissional pelas determinações de seu Código. No caso, o Código de Ética Médica assim prescreve:

“Artigo 1º - A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa...”

“Artigo 30 - O alvo de toda a atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e melhor de sua capacidade profissional”.

“Artigo 19 - O médico, salvo o caso de “iminente perigo de vida”, não praticará intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente e, tratando-se de menor incapaz, de seu representante legal”. Por outro lado, ao praticar a transfusão de sangue, na circunstância em causa, não estará o médico violando o direito do paciente.

Realmente, a Constituição Federal determina em seu artigo 153, Parágrafo 2º que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

Aquele que violar esse direito cairá nas sanções do Código Penal quando este trata dos crimes contra a liberdade pessoal e em seu artigo 146 preconiza:

“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”.

Contudo, o próprio Código Penal no parágrafo 3º desse mesmo artigo 146, declara:

“Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

A recusa do paciente em receber a transfusão sangüínea, salvadora de sua vida, poderia, ainda, ser encarada como suicídio. Nesse caso, o médico, ao aplicar a transfusão, não estaria violando a liberdade pessoal, pois o mesmo parágrafo 3º do artigo 146, agora no inciso II, dispõe que não se compreende, também, nas determinações deste artigo: “a coação exercida para impedir o suicídio”.

Deste modo, em suma, de acordo com o CFM existem dois meios para resolver a problemática dos casos em que há recusa em permitir a transfusão de sangue, devendo o médico,

obedecendo a seu Código de Ética Médica, observar o seguinte: O médico irá analisar se há perigo iminente perigo de vida, caso não haja, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. Em um segundo caso, havendo perigo iminente de vida, o médico deverá praticar a transfusão sanguínea, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Assim sendo, deve o médico entender que, no caso dos pacientes Testemunhas de Jeová, o sangue pode ser suprido por outros fluidos ou não ser utilizado e, por isso, poderá, e deverá, o médico, desenvolver uma forma de tratamento que não sacrifique a vida desses pacientes e não viole seus princípios religiosos.

No entanto nem sempre será possível realizar esta conciliação entre médicos e pacientes, visto que a nossa legislação penal vigente, junto ao Código de Ética Médica, penalizam duramente a omissão de socorro à pessoas em grave e iminente perigo de morte, a exemplo do artigo 135 do Código Penal¹³ (CP). Ao passo que o artigo 146, §3º do CP¹⁴, exclui da categoria de delito a intervenção médica ou cirúrgica, mesmo sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, se essa intervenção for justificada por iminente perigo de vida, desrespeitando gravemente as convicções religiosas das pessoas.

ÉTICA DA ALTERIDADE DE EMMANUEL LÉVINAS

Ao estabelecer sua teoria ética da alteridade, Lévinas coloca em xeque um possível desrespeito para com a identidade (subjatividade) do Outro, considerando que o homem tende ao desejo de reduzir a subjatividade do Outro a um estado de totalidade e objetivação e, com isso, reduzir o Outro (BRAGA, 2009, p 2).

O citado autor vem, através de suas obras, propor a ética da Alteridade que, em síntese, consiste no fato da pessoa se abrir para com o *outro*, principalmente o *outro* que se porta diferentemente. Isso deve ser feito para que não haja indiferenças, descasos, repulsa ou exclusão daquele que é "diferente" aos olhos das pessoas. Seguindo esse pensamento, nota-se a importância que Lévinas atribui ao fator "respeito", não prevalecendo a desigualdade entre

¹³ Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública

¹⁴ Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

as pessoas, pensamento este que se relaciona diretamente com o caput do artigo 5^a da Carta Magna Brasileira, que aborda a questão de que todos são iguais, sem quaisquer distinções.

A importância do reconhecimento e acolhimento da visão do Outro se enquadra perfeitamente neste trabalho, que tem como objetivo trazer à tona o ponto de vista das Testemunhas de Jeová, compreendendo assim a sua negação para com as transfusões sanguíneas e, diante desse contexto de negação e não acolhimento do Outro, é que Lévinas irá buscar um novo sentido para a valorização ética dos homens.

O autor supra, procura pensar na relação entre o Eu e o Outro para além da totalidade:

A relação do Mesmo com o Outro, sem que a transcendência da relação corte os laços que uma relação implica, mas sem que esses laços unam num Todo o Mesmo e o Outro, está de fato fixada na situação descrita por Descartes em que o 'eu penso' mantém com o infinito, que ele não pode de modo nenhum conter e de que está separado, uma relação chamada 'idéia do infinito'.[...] A distância que separa ideatum e idéia constitui aqui o conteúdo do próprio ideatum. O infinito é característica própria de um ser transcendente, o infinito é o absolutamente outro. O transcendente é o único ideatum do qual apenas pode haver uma idéia em nós; está infinitamente afastado da sua idéia – quer dizer, exterior – porque é infinito (LÉVINAS, 1961, p. 35-36).

Portanto, a totalidade diz respeito ao fechamento/isolamento do ser em Si mesmo, ao passo que a Alteridade e o Infinito dizem respeito à exteriorização do Ser para além de Si mesmo, buscando o acolhimento do Outro.

Por outro lado, o infinito é tido como sendo o paradigma teórico que possibilita realizar a ruptura da totalidade e, a partir disso, Emmanuel Lévinas propõe uma alternativa para se refletir acerca da questão da alteridade dentro do viés do pensamento filosófico atual, no qual o Ser não deve mais pensar no Outro a partir da centralidade do Eu, mas sim, a partir de uma subjetividade que possibilite acolher o Outro, em outras palavras, deve abster-se de sua totalidade para acolher a ideia do infinito.

Destarte, faz-se mister a utilização dos pensamentos de Lévinas acima transcritos, colocando-os em confronto com os ditames estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina. Feito isto, será possível chegar a um consenso acerca da utilização de fluidos sanguíneos em situações de atendimento médico de emergência que envolvam Testemunhas de Jeová, haja vista que, como já abordado anteriormente, para estes fiéis é no sangue que está a vida da alma e, diante disso, não doam nem recebem sangue. Isto se dá pelo fato de que ao receber um sangue alheio não poderão adorar a Deus com toda a alma, visto que a alma é o próprio sangue.

TERAPIA TRANSFUSIONAL E SUAS COMPLICAÇÕES

As transfusões sanguíneas, em consonância com MALUF (2013, p. 389), são oriundas de duas fontes: autóloga e homóloga.

A transfusão autóloga consiste em um procedimento em que se utiliza o sangue do próprio paciente, colhido antes do procedimento cirúrgico para ser devolvido ao organismo na medida em que houver perda de sangue. No entanto, apesar de mais seguro, este procedimento não está isento de riscos, haja vista que, ao ser reintroduzido no organismo, o sangue sofre modificações, podendo ocorrer complicações como, por exemplo: anemia, isquemia, miocárdica pré-operatória, hemólise, contaminações diversas, coagulopatia dilucional, dentre outras (MALUF, 2013, p. 389).

Por outro lado, as transfusões homólogas consistem no procedimento médio em que o sangue do doador é transmitido ao receptor, depois de passar por todo um procedimento de controle sobre o sangue, além do teste de compatibilidade entre ambos.

Contudo, deve-se levar em consideração que a transfusão implica em alguns riscos ao receptor, devendo ser realizado de tal modo com que os benefícios sejam muito superiores aos possíveis prejuízos, ainda mais em um quadro de crescentes casos de Hepatite C e AIDS (MALUF, 2013, p. 388).

Dentre as complicações médicas mais corriqueiras, oriundas da terapia transfusional, destaca-se as reações hemolíticas, que podem se dividir entre reações intravasculares, causadas pela incompatibilidade ABO, ou podem ser do tipo extravasculares, decorrentes de uma produção de antígeno eritrocitário e anticorpos IgB (MALUF, 2013, p. 388).

É possível, ainda, a ocorrência de reações imunoalérgicas ao paciente, apresentando quadros de hipotensão arterial, broncoespasmos, urticárias, e outros. Além disso, como já demonstrado, o paciente fica sujeito às possibilidades de transmissões de doenças durante as terapias transfusionais, tais como: Hepatite B, HIV, HTLV, citomegalovírus, AIDS e Hepatite C; salienta-se ainda que, mesmo os casos de transmissões de doenças serem baixos, o risco é real (MALUF, 2013, p. 388).

Portanto, em consonância com o acima exposto, a transfusão consiste em um transplante de tecido líquido, responsável, dentre outras funções, pela imunidade do paciente. Logo, é necessário se atentar a todos os cuidados oriundos de um transplante, visto que as reações podem ocorrer e, caso não sejam diagnosticadas e controladas em um tempo hábil, podem acarretar danos ao paciente, levando até mesmo ao óbito em casos mais graves (MALUF, 2013, p. 389-390).

ALTERNATIVAS MÉDICAS ISENTAS DO USO DE SANGUE

Em decorrência dos conflitos bioéticos, como já mencionado, a classe médica passou a estudar diversas alternativas à transfusão sanguínea, principalmente no que se refere à métodos de tratamento e atendimento emergencial que envolva Testemunhas de Jeová (MALUF, 2013, p. 372).

Ao longo das décadas passadas foram registradas uma sequencia de acontecimentos que, inegavelmente, contribuíram para os avanços da tecnologia e da medicina, com o propósito de se criarem alternativas que não se valessem do uso do sangue.

Atualmente, as equipes médicas já vêm aplicando com sucesso as técnicas sem sangue, em especial nas cirurgias e procedimentos de emergência, tema central deste estudo, que demandavam uma grande quantidade de transfusões sanguíneas. Consequentemente, outras técnicas cirúrgicas foram sendo desenvolvidas e aplicadas com sucesso sem quaisquer utilizações de sangue e derivados, contribuindo para as mais diversas áreas da medicina, como nos casos das grandes cirurgias cardíacas, vasculares, ginecológicas e obstétricas, ortopédicas e urológica (ARGOLLO, 2010, p. 142).

AS VANTAGENS DOS PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS ISENTOS DE FLUIDOS SANGUÍNEOS

Dentre as diversas vantagens desse tipo de procedimento isento de fluidos sanguíneos, é possível destacar duas de suma importância.

Primeiramente, é notório que essa técnica não expõe o paciente a todos os patógenos decorrentes do sangue de terceiros. Além do fato de ser um procedimento cirúrgico mais rápido e eficiente, sendo o pós-operatório menos oneroso para o paciente, haja vista a redução de aproximadamente 25% dos custos decorrentes de uma cirurgia convencional. (ARGOLLO, 2010, p.142).

Em segundo lugar, e não menos importante, é o tempo de recuperação dos pacientes no pós-operatório, que vem se mostrando muito mais rápido e satisfativo, o que, por consequência, acarreta na alta do paciente, não expondo este indivíduo às doenças e infecções que decorrem dos leitos hospitalares (ARGOLLO, 2010, p. 143).

O SANGUE ARTIFICIAL

De acordo com o aporte teórico de MALUF (2013, p. 378), é possível compreender que o sangue é um elemento essencial à vida de seres vertebrados, o que inclui os seres humanos,

tornando-se vital na medida em que é responsável pelo transporte de oxigênio no corpo dos seres vivos, fornecendo nutrientes e sendo filtrado nos rins e fígado, para a eliminação de resíduos e toxinas. Além de todas essas funções, o sangue ainda é responsável pela formação de coágulos, estacando hemorragias decorrentes de cortes e arranhões, por exemplo.

Deste modo, faz-se mister a compreensão sobre o funcionamento e composição do sangue real, para que se possa entender o funcionamento do sangue artificial (MALUF, 2013, p. 378).

O sangue, de acordo com o Centro de Hematologia e Hemoterapia de Santa Catarina (HEMOSC)¹⁵, é um tecido vivo que circula pelo organismo dos seres vivos, levando nutrientes essenciais à manutenção da vida para dos os órgãos do corpo.

Além disso, ele é produzido na medula óssea, sendo composto, basicamente, por plasma, hemácias, leucócitos, plaquetas e fatores de coagulação¹⁶.

Contudo, as terapias transfusionais são acarretadas de desafios que podem impossibilitar o seu devido fornecimento, haja vista que o sangue humano deve ser mantido em temperaturas baixas e possui validade de, no máximo, 42 dias (MALUF, 2013, p. 379).

Logo, torna-se impraticável o seu transporte por equipes médicas de atendimento emergencial em ambulâncias, por exemplo (MALUF, 2013, p. 379).

Visando suprir essa necessidade, principalmente após as duas grandes Guerras mundiais e as descobertas da hepatite e do vírus da imunodeficiência humana (HIV), houve um crescimento no interesse do desenvolvimento do sangue artificial (MALUF, 2013, p. 380).

Deste modo, o sangue artificial utiliza a difusão passiva dos gases no corpo humano, que consiste na tendência dos gases de se moverem de áreas de maior concentração para àquelas de menor concentração, para que se obtenha um equilíbrio, haja vista que, em condições normais, o oxigênio se move dos pulmões (alta concentração) para o sangue (baixa concentração) e, depois, se move do sangue (alta concentração) para os tecidos (baixa concentração). Deste modo, o sangue artificial consegue ser um substituto viável ao sangue humano (MALUF, 2013, p. 380).

Por fim, denota-se que apesar do fato de que o sangue artificial não possa realizar todas as funções do sangue, ele pode realizar o transporte de oxigênio em situações onde os glóbulos vermelhos do paciente não consigam suprir toda a demanda do organismo. Não obstante, o sangue sintético pode ser esterilizado, além da possibilidade de ser dado ao paciente independentemente de seu tipo sanguíneo, bem como ser mantido a temperaturas ambiente e possuírem uma vida útil bem superior ao sangue real (MALUF, 2013, p. 379-380).

¹⁵ SANGUE. Disponível em: <<http://www.hemosc.org.br/sangue>>. Acesso em: 17 maio 2015.

¹⁶ Idem.

ATENDIMENTO MÉDICO DE URGÊNCIA, QUE NECESSITE DA TRANSFUÇÃO DE FLUÍDOS SANGUÍNEOS, EM PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

Como já fora dito, todo procedimento cirúrgico pressupõe riscos, mesmo que mínimos, para o paciente. Deste modo, é oportuno dizer o médico é a “mão que nos mantém vivos” e que qualquer deslize pode ocasionar em uma hemorragia descontrolada, que será procedida de queda de pressão e morte, como supramencionado.

Contudo, caso esse quadro clínico venha a se instaurar, o campo da medicina dispõe de recursos que podem ajudar a estabilizar o paciente, com um processo de restauração do sangue que poderá ser feito com: sangue total, plasma sanguíneo ou solução salina de fluidos expansores (ARGOLLO, 2010, p. 149), que ajudarão a expandir o volume sanguíneo do paciente, a fim de manter seus órgãos vitais em bom e pleno funcionamento.

Através do fornecimento de volume sanguíneo por expansores, o paciente é capaz de tolerar níveis baixos de hemoglobina (MALUF, 2013, p. 374).

Contudo, caso a perda de sangue tenha como consequência a queda do nível de hemácias, cujo fornecimento de oxigênio se torne ineficaz mesmo com o uso de expansores de volume, será necessária a realização de terapias de oxigênio.

Como opção de expansores para o volume de plasma, a medicina dispõe ainda do Haemaccel, que é utilizado para ponderar ou evitar a insuficiência circulatória decorrente da deficiência de volume de plasma/sangue absoluta, como nos casos de hemorragias, ou relativa, resultantes de deslocação do volume plasmático entre os compartimentos circulatórios¹⁷.

De acordo com o exposto, é notório que a recusa à terapia transfusional acabou por fornecer diversas alternativas ao uso do sangue, fazendo com que a ciência da Medicina passasse a buscar outros meios de tratamento e atendimento que atendessem às necessidades de todos os pacientes.

Voltando-se para dados práticos, foram realizadas experiências cuja finalidade fora comprovar que estes fluidos, além de casos emergenciais, beneficiaram pacientes em casos de grandes operações, por exemplo. Diante desse quadro de grandes cirurgias, observou-se que cem pacientes perderam, cada um, uma média de 1.000 ml de sangue ao longo do procedimento cirúrgico. Para reverter o quadro de hemorragia, esses pacientes recebem de 2 a 3 litros de solução de Hartmann, ou seja, de duas a três vezes o valor sanguíneo “perdido”, acarretando em resultados positivos e demonstrando que as taxas de mortalidade e a mor-

¹⁷ HEAMACCEL: o que é e como se utiliza. Disponível em: <<https://www.diagnosia.com/pt/droga/haemaccel>>. Acesso em: 14 maio 2015.

bidade, no pós-operatório, não foram comprometidas em decorrência da não utilização de sangue na recomposição (ARGOLLO, 2010, p. 153).

Como já mencionado, esses fluídos não biológicos do sangue são relativamente baratos e podem ser conservados por longos períodos de tempo, o que permite a sua produção em larga escala para atender toda a demanda de pessoas que repelem a utilização de sangue em procedimentos cirúrgicos.

Por fim, é importante ressaltar que esses fluidos não biológicos, ou seja, que não são derivados do sangue, proporcionam ao paciente os mesmos riscos hospitalares à que são submetidos os pacientes de transfusões convencionais. Logo, não estão isentos da ocorrência de uma infecção bacteriana ou viral, por exemplo, além das reações transfusionais e a sensibilização ao fator Rh (ARGOLLO, 2010, p. 154).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando tudo o que fora exposto, é cabível a delimitação dos princípios que, aparentemente, se apresentam como sendo colidentes. Deste modo, tem-se: o direito a vida, direito a liberdade religiosa e o direito da dignidade humana. Assim, faz-se necessário invocar o princípio da proporcionalidade, visto que este se mostra como sendo de suma importância nos casos de colisão de ditames constitucionais, emanando diretamente os ideais de justiça, igualdade. Portanto, tem-se a aplicação justa da Lei, servindo como referência de interpretação para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Robert Alexy (1999, p. 77-78), a questão de uma intervenção em direitos fundamentais deve ser realizada por meio do mandamento da ponderação, que corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão.

Noutra vertente, tem-se o primeiro mandamento, que faz jus à idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido. Ao passo que o segundo mandamento, se perfaz pela necessidade desse meio, visto que um meio não será necessário se houver um meio menos interventor (ALEXY, 1999, p. 77-78).

Diante do princípio supra, Alexy (1999, p. 77-78) entende que o princípio da proporcionalidade, em seu sentido estrito, deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais é a seguinte: quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, mais graves devem ser as razões que a justificam.

Segundo os ditames da lei da ponderação, esta deve se suceder em três momentos distintos. Primeiramente, deve ser determinada a intensidade da intervenção. Posteriormente,

tratar-se-á da importância das razões que justificam a intervenção. E, por fim, suceder-se-á à ponderação em seu sentido estrito e próprio (ALEXY, 1999, p. 78).

Em uma Constituição em que são reconhecidos diversos direitos fundamentais sociais, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas, que não se deixam cumprir completamente, simplesmente como sendo normas não vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos (ALEXY, 1999, p. 78-79).

De acordo com a Teoria dos Princípios, declarar-se-á as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são subordinados a uma “reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade” (ALEXY, 1999, p. 78-79).

Deste modo, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação, sendo capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais, possibilitando um meio-termo entre vinculação e flexibilidade (ALEXY, 1999, p. 78-79).

No entanto, como demonstrado nessa pesquisa, o núcleo do problema não se perfaz nos ditames constitucionais, mas sim nos valores intrínsecos de cada pessoa, na sua mais alta intimidade.

Em todo caso, ainda que seja encarado por alguns como uma colisão de princípios constitucionais, deve-se levar em conta a ponderação acima descrita, colocando em pauta a dignidade da pessoa humana e o direito a vida. Ora, em nenhum momento a norma suprema do Ordenamento Jurídico se posiciona expressamente no sentido de que a vida prepondera sobre os demais princípios, o que abre margem de interpretação extensiva para o intérprete da Lei.

Assim, cada caso deverá ser analisado de forma isolada, se atentando para cada uma de suas peculiaridades, e, desta forma, evitando que se chegue a um resultado injusto e insatisfatório. Deve-se, portanto, levar em consideração o fato de que uma vida vivida sem dignidade, para muitos, não é viver, mas sim se tornar um ser pecaminoso e que não merece ser acolhido pelos olhares de Deus, tampouco pelos seus iguais.

Logo, o Estado, na qualidade de representante da sociedade, deve se atentar a cada parcela específica de sua população, fazendo o possível para acolher as mais variadas minorias e seus anseios, independentemente do quão estranhos possam parecer aos olhos de alguns.

Porém, esta pesquisa não objetiva minimizar a importância da vida fundando-se no princípio da ponderação, pelo contrário, vem tentar demonstrar, sobre um viés diferente, o quão importante ela (vida) é, desde que observados cada indivíduo em sua particularidade. Portanto, a Vida não se perfaz apenas em “ser vivida”, mas sim, ser vivida de acordo com as convicções religiosas e pessoais de cada um.

Deste modo, não há de se falar exclusivamente em princípios colidentes, mas sim no livre arbítrio de cada ser humano pelo procedimento médico ao qual deseja ser submetido, não abalando suas convicções religiosas e pessoais. Frisa-se ainda que essas escolhas devem ser respeitadas e, a partir disso, os médicos não devem medir esforços para encontrar soluções alternativas àquelas que vão de encontro com os ideais de seu paciente.

E, quanto a isso, é notório que a ciência da Medicina vem crescendo cada vez mais, ampliando seu campo de alcance para além dos casos gerais, buscando soluções que satisfaçam o máximo possível os pacientes em cada caso concreto. Logo, o tratamento alternativo isento do uso de sangue não se mostra como sendo algo tão distante do cenário atual, pelo contrário, já vem sendo utilizado em diversos lugares, faltando-lhe apenas o devido reconhecimento e incentivo.

Por fim, são oportunas as palavras de Albert Einstein:

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo” (Albert Einstein)¹⁸

Ou seja, assim como explica Lévinas, é necessário sair da zona de conforto para que se enxergue o mundo com outros pontos de vista, compreendendo o mundo de uma forma alheia àquela usual, reconhecendo e respeitando as diferenças culturais e minorias populacionais, que também almejam o amparo estatal.

Em outras palavras, faz-se mister que o Estado, bem como a área médica, respeitem e garantam os direitos das Testemunhas de Jeová, proporcionando-lhes o direito de escolher o procedimento que mais se harmoniza com suas convicções, devendo o Estado fornecer todos os meios possíveis para que a liberdade religiosa e a dignidade desses religiosos sejam resguardados.

Denota-se, por derradeiro, que o Direito também deve acompanhar o ritmo da sociedade, se adequando e se moldando aos novos anseios que vão surgindo com o passar do tempo, haja vista que o mundo está em um constante ciclo de mudanças. Logo, é inviável nos valermos de um Direito rígido e intolerante, que sobrepõe “falsas verdades” em detrimento dos anseios de parte da coletividade.

Em um mundo que se diz tão globalizado e humano, faz-se necessário que haja o devido respeito para com as mais variadas diversidades, para que, ao final, todos possam coexistir de forma harmônica, fazendo prevalecer o escopo do Estado Democrático de Direito.

¹⁸ <<http://gbarroslima.blogspot.com.br/2014/08/frases-celebres.html>>. Acesso em: 15 maio 2015.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, **Revista de Direito Administrativo** n 217, 1999, p.55-79.

ARGOLLO, Elaina de Araujo. **A Liberdade de Escolha Através do Tratamento Alternativo Sem o Uso de Sangue: Uma Análise do Direito à Vida no Cenário Jurídico Brasileiro**. Lauro de Freitas – BA, 2010. 226 páginas. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053578.PDF>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BÍBLIA SAGRADA. **Tradução do novo mundo das escrituras sagradas**. Disponível em <<http://www.jw.org/pt/publicacoes/biblia/nwt/livros/>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

BRAGA, Daniel Costa. **Alteridade e Reconhecimento: um encontro entre Emmanuel Levinas e Axel Honneth**. X Salão de Iniciação Científica – PUCRS, 2009. Disponível em <http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Humanas/Filosofia/71435-DANIELCOSTABRAGA.pdf> Acesso em: 15 out. 14.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br>>. Acesso em: 27 out. 14.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.com.br>>. Acesso em: 27 out. 14.

_____. Decreto-lei Nº 2.848, DE 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2014.

COMO OS PRINCÍPIOS BÍBLICOS NOS BENEFICIAM? Disponível em <[http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/boas-noticias-deus-voce/principios-biblicos-nos-beneficiam/#?insight\[search_id\]=c249a204-16a3-4f41-905f-](http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/boas-noticias-deus-voce/principios-biblicos-nos-beneficiam/#?insight[search_id]=c249a204-16a3-4f41-905f-)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

HEAMACCEL: o que é e como se utiliza. Disponível em: < <https://www.diagnosia.com/pt/droga/haemaccel>> Acesso em: 14 maio 2015.

HEIDGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

JW.ORG – Site oficial das Testemunhas de Jeová. Disponível em: < <http://www.jw.org/>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Tradução José Pinto Ribeiro, Lisboa- Portugal, Edições 70, 1988.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2^a ed., São Paulo: Atlas, 2013.

O CONCEITO DE DEUS SOBRE A VIDA. Disponível em <<http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/biblia-ensina/respeitar-vida-conceito-de-deus-sobre-aborto-sangue/>>. Acesso em 29 abr. 2015

PLAFFENSELLER, Micheelli. Teoria dos Direitos Fundamentais. **Rev. Jur.**, Brasília, v. 9, n. 85, jun./jul, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller_Rev85.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2015.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. DIREITOS FUNDAMENTAIS – LEGÍTIMAS PRERROGATIVAS DE LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197>. Acesso em: 23 maio 2015.

QUEM FUNDOU A SUA RELIGIÃO? Disponível em: <<http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/>>. Acesso em: 09 maio 2015.

SANGUE. Disponível em: <<http://www.hemosc.org.br/sangue>>. Acesso em: 17 maio 2015.

SILVA, Paulo César Nunes da. Colisão de princípios: a difícil arte de decidir. **Revista Jurídica UNIGRAN**, 2007, p. 139-172.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente testemunha de Jeová em receber transfusão sanguínea. **Revista de Ciências jurídicas e Sociais da UNIPAR**, 2003, p. 221-234.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Recusa a tratamento de saúde com base em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana. O caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová. **Revista de Direito Administrativo**, 2009, p. 67-95.

A RECUSA DA TRANSFUSÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: UMA PSEUDO COLISÃO DE DIREITOS

LYA DE OLIVEIRA MOURA¹

RESUMO

Hodiernamente, não são raras as divergências nos âmbitos médico, jurídico e social acerca da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová, ainda que esta medida seja imprescindível para a manutenção da vida; isso porque a Bíblia adotada proíbe de tomar sangue por qualquer via. Nesse diapasão, o problema a ser enfrentado no presente trabalho é desvendar se um paciente com risco de morte tem o direito de recusar a transfusão de sangue ou se o médico deve realizar todos os procedimentos possíveis para garantir a vida do paciente, independentemente de anuência deste. Insta frisar que, até pouco tempo atrás, a conduta médica era a de ignorar completamente a religião e impor os atos médicos, ocasionando graves traumas no enfermo e até a expulsão da religião. Pertinente destacar ainda, que antes de adentrar à análise do tema central, esta pesquisa tem como objetivo: conceituar os direitos fundamentais, bem como realizar uma abordagem histórica e indicar a natureza jurídica desses direitos; analisar individualmente cada direito fundamental relevante para o entendimento da discussão em tela; apresentar um estudo superficial da religião Testemunhas de Jeová; e, analisar os dispositivos legais pátrio. É válido esclarecer, que a polêmica gerada em torno do tema decorre, principalmente, da falta de conhecimento e informação, ocasionando uma visão distorcida. É preciso ter consciência de que o que pra uns é mero procedimento médico, para outros pode ser um ato determinante para ceifar sua dignidade; e de nada adianta a vida se ela não é digna. Por fim, ao longo da pesquisa, será elucidada que a colisão de direitos é meramente aparente, tendo em vista que não há sacrifício ou supressão de um direito para que o outro seja garantido.

Palavras-chaves: Bioética. Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, não são raras as divergências nos âmbitos médico, jurídico e social acerca da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová, ainda que esta medida seja imprescindível para a manutenção da vida; isso porque a Bíblia adotada proíbe de tomar sangue por qualquer via.

Nesse diapasão, o problema a ser enfrentado no presente trabalho é desvendar se um paciente, com risco de morrer, tem o direito de recusar a transfusão sanguínea ou se o médico deve realizar todos os procedimentos possíveis para garantir a vida do paciente, independentemente de anuência deste. Insta frisar que, até pouco tempo atrás, a conduta médica era a

¹ Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza (FGF), advogada atuante nas áreas civil e previdenciário, e-mail profissional lyamoura@hotmail.com. GT IV – Bioética, Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade.

de ignorar completamente a religião e impor os atos médicos, ocasionando graves traumas no enfermo e até a expulsão da religião.

Então, esta pesquisa tem como objetivos: conceituar os direitos fundamentais, bem como realizar uma abordagem histórica e indicar a natureza jurídica desses direitos; analisar individualmente cada direito fundamental relevante para o entendimento da discussão em tela; apresentar um estudo superficial da religião Testemunhas de Jeová; e, analisar os dispositivos legais pátrio.

Assim, foi utilizada a metodologia hipotético-dedutiva para obter o desenvolvimento desse estudo, haja vista que fora através da análise da legislação pátria que se buscou a possível resposta ao problema apresentado. Ademais, tem-se que através da doutrina, da jurisprudência e do ordenamento jurídico, pode ser visualizado que a recusa das Testemunhas de Jeová possui respaldo jurídico, na medida em que a hipótese em estudo evidenciou que não é possível coagir os adeptos dessa religião, por meio de decisão judicial, a se submeter a procedimento médico que atente contra a dignidade humana, ainda que iminente o risco de vida.

Nessa perspectiva foi necessário também discutir a respeito do direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à autodeterminação do indivíduo, à liberdade, e ao direito de consciência religiosa.

Esse trabalho é relevante, pois analisa o direito que cada indivíduo tem de exercer sua liberdade relacionada às peculiaridades e às particularidades de sua religião. Partindo do princípio de que a proteção ao bem jurídico da vida é de suma importância no direito, tanto sob a ótica individual, quanto sob o coletivo, diante do impacto que a recusa da transfusão sanguínea causa.

É válido esclarecer ainda que a polêmica gerada em torno do tema decorre, principalmente, da falta de conhecimento e informação, ocasionando uma visão distorcida. Assim, é preciso ter consciência de que o que pra uns é mero procedimento médico, para outros pode ser um ato determinante para ceifar sua dignidade; e de nada adianta a vida se ela não é digna.

Desse modo, este trabalho, apresenta com clareza o pensamento das Testemunhas de Jeová, com a intenção de que possa ser apresentado os direitos religiosos e jurídicos, e que seja possível reduzir a ignorância sobre o tema.

Por fim, ao longo da pesquisa, será elucidada que a colisão de direitos é meramente aparente, tendo em vista que não há sacrifício ou supressão de um direito para que o outro seja garantido.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O cristianismo e o judaísmo deram origem às declarações de direitos, entretanto é possível observar a existência de uma disputa entre vertentes filosófico-jurídicas acerca das percepções que justificam os direitos fundamentais (SILVA, 2012). Silva (2012) ainda separa as fontes de inspiração das declarações de direitos em condições reais ou históricas com base nas manifestações do povo em conflito com a monarquia e as condições subjetivas ideais ou lógicas, que utilizam os ideais do cristianismo e o iluminismo.

É notório que o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais surgiu a partir de movimentos sociais e lutas históricas em busca da autodeterminação e de proteção. Por isso, não existem condições de comprovar uma base absoluta para todos os direitos (SILVA, 2012).

Deveras pertinente expor, que é evidente que conceituar os direitos fundamentais e explicar sua evolução é uma difícil tarefa. Nesse sentido, Silva (2012) alerta que esta complexidade ocorre devido a vários termos empregados para apontar esses direitos, como: direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos fundamentais do homem, entre outros.

Nota-se que os direitos fundamentais do homem estão presentes para certificar, principalmente, a dignidade, a igualdade e a liberdade do ser humano. A fim de garantir uma vida digna a todo cidadão, que é aquele mínimo essencial que toda pessoa necessita para sobreviver.

NATUREZA JURÍDICA E ABORDAGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A definição dos direitos fundamentais e a evolução histórica da sociedade estão intimamente relacionados, pois os direitos fundamentais e a sociedade evoluem juntos, sendo passíveis de mutações para acompanhar o crescimento e o desenvolvimento social.

Assim, é possível observar que os direitos humanos não se originaram com a constitucionalização, visto que tais garantias existem desde os primórdios da história humana. Por conseguinte, a Constituição da República Federativa do Brasil vigente é resultado de luta e evolução histórica.

Há divergência doutrinária quanto à primeira positivação sobre os direitos humanos fundamentais. Silva (2012) cita a Magna Carta de 1215 como um símbolo das liberdades públicas, enquanto Pfaffenseller (2007) declara ser o Código de Hamurabi (1690 a.C.) uma das primeiras ações de proteção ao ser humano. Contudo, a visão de ambos demonstra que, na história, há vários exemplos de antecedentes formais das declarações de direito.

Atualmente, destacam-se as declarações de direitos dos Estados Unidos da América. Sob essa perspectiva, Silva (2012) afirma que a Declaração da Virgínia, de 1776, foi a primeira

Declaração de Direitos Fundamentais, tendo em vista que este documento pleiteava a ideologia de um estado democrático, em que o poder emanava da sociedade e os indivíduos eram livres, iguais, independentes, e capazes de limitar o poder do Estado.

Nesse diapasão, Alexandre de Moraes (2012) salienta que os direitos fundamentais são de natureza constitucional, uma vez que sempre se mostraram inseridos nas constituições brasileiras, desde a constituição imperial. Este doutrinador destaca ainda que as Cartas Políticas do Brasil sempre tiveram suporte no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Assim, a partir do momento em que os direitos fundamentais do homem foram estabelecidos na Constituição brasileira, estes passaram a ter força de norma jurídica constitucional, em cada Estado defende a sua constituição. Por isso sabe-se que nem todo direito previsto na Constituição da República Federativa do Brasil tem vigência em outros países, afinal cada direito fundamental disposto em lei obedece ao princípio da soberania popular, devendo ser respeitada a peculiaridade de cada Estado.

Entretanto, como os direitos fundamentais são considerados direitos humanos, apesar de haver diferenças nas previsões das Constituições ao redor do mundo, eles são considerados de interesse internacional, de modo que, apesar de ter que haver respeito pela soberania estatal, a defesa dos direitos humanos se sobrepõe ao direito interno, pois protege as garantias essenciais para conferir dignidade aos homens.

AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como assentado anteriormente, os Direitos Humanos Fundamentais prosperam de acordo com a história e a sociedade, conforme a necessidade de desenvolvimento destes.

Dessa forma, as doutrinas tradicionais costumam classificar os direitos humanos fundamentais em gerações. Contudo, esse termo foi substituído por dimensões pelos estudiosos contemporâneos; isso porque o termo geração remete a uma falsa idéia de que os direitos se sucedem no tempo, quando, na verdade, foram apenas sendo paulatinamente reconhecidas novas garantias, que se adicionam àquelas já perfilhadas.

Deveras pertinente salientar que, apesar de estarem alocados em diferentes classificações, esses direitos se complementam e se mantêm, interagindo constantemente.

A primeira geração dos direitos fundamentais, fundamentada nos ideais iluministas e no jusnaturalismo racional, teve origem com o descontentamento da sociedade, principalmente da burguesia, em relação à monarquia. A revolta burguesa e popular resultou em lutas para o fim do poder absolutista.

Os direitos dessa geração foram identificados como negativos ou formais, pois sobressaía a autonomia do indivíduo, impondo limites ao Estado. Em outras palavras, essas garantias evitam a intervenção do Poder Estatal na liberdade individual, sendo formadas por prerrogativas individuais, civis e políticas.

Percebemos que a primeira geração consiste, basicamente, nas garantias fundamentais da liberdade; assim, inclui os direitos mencionados na Revolução Francesa, pois tem como finalidade o cuidado principal dos direitos à vida, à liberdade, à expressão, à propriedade e de participação política. Observamos esses direitos no *caput*, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988): “Art. 5 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Os direitos da segunda geração originaram-se logo após a Revolução Industrial, diante das precárias condições trabalhistas e humanitárias em que se encontrava o proletariado, são os clamados direitos sociais ou direitos positivos. Esta dimensão surgiu com o intuito de não proteger apenas um indivíduo, mas sim a sociedade, o coletivo.

Por essa questão, é hialino que o Estado interfira nas relações econômicas, com o intuito de manter a justiça social e a igualdade para todos, beneficiando toda a população. Assim, podem ser consideradas garantias de segunda dimensão, os direitos: à saúde, à educação, ao lazer, ao trabalho, à alimentação, à moradia, à previdência social, à habitação, à assistência social, entre inúmeros outros.

Segundo Branco (2010), os direitos da segunda geração são consequências de lutas de classe operária. Ao contrário da primeira geração, percebeu-se que havia a necessidade de uma intervenção estatal a fim de atender o mínimo das necessidades básicas do povo, não de apenas impedir o Estado de práticas lesivas aos direitos do indivíduo.

Os direitos da terceira geração são identificados como sendo de fraternidade ou solidariedade, criados para a proteção da coletividade humana, já que transcende a titularidade coletiva ou difusa, consistindo num interesse comum; sendo englobados os direitos: à comunicação, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, à autodeterminação dos povos, e ao meio ambiente. Enfim, são os direitos transindividuais, metaindividuais ou supraindividuais, que consagram o princípio da solidariedade e da fraternidade, por terem o objetivo de promover o bem estar de todos os grupos sociais, muitas vezes indefinidos e indeterminados.

A partir da exposição das três gerações tradicionais, é interessante citar outras dimensões que foram criadas devido aos avanços tecnológicos. Por serem recentes, os doutrinadores divergem quanto ao fundamento básico ensejador de cada geração; assim, as demais classificações serão apenas pontuadas (SILVA, 2012).

Os direitos de quarta dimensão, no entendimento de Paulo Bonavides (2000), é a globalização dos direitos fundamentais, sendo essa geração definida pelos direitos: à democracia, à informação e ao pluralismo político.

Em contrapartida, há doutrinadores que divergem do precursor da quarta dimensão, como Norberto Bobbio (1996), defendendo que, na realidade, são aqueles direitos ligados ao avanço tecnológico, como direitos: à biossegurança, à biotecnologia, à bioengenharia, envolvendo a pesquisa genética, ao pluralismo jurídico.

Outro posicionamento ainda é adotado por Ingo Sarlet (2012), que entende que as classificações de quarta e quinta gerações como desnecessárias, pois esta trata de questões cibernéticas, que deveriam ser enquadradas na terceira dimensão por estarem ligadas ao direito à informação; e aquela trata de assuntos da bioética, que está enquadrada na primeira dimensão de direitos, já que “bio” significa vida.

Os direitos de quinta dimensão consistem naqueles direitos que surgem com o avanço da realidade virtual, ligado ao desenvolvimento da internet.

Mister enfatizar que a definição das novas gerações de direitos fundamentais geram polêmicas muito maiores que as aludidas; contudo, não é cabível o prolongamento exaustivo dessa matéria, pois diverge do tema central em discussão no estudo em comento.

Observamos, por fim, que cada geração dos direitos fundamentais permanece válida juntamente com os direitos das novas dimensões, ou seja, as gerações de direitos fundamentais estão num mesmo patamar e são simultâneas. O que pode ocorrer é simplesmente uma evolução dos direitos antigos, em que estes se adaptam aos novos acontecimentos devido ao avanço da sociedade.

DIREITO À VIDA

Sem dúvida, o primeiro, o mais conhecido e defendido dos direitos humanos é o direito à vida.

Tal afirmação se dá, pois o direito à vida é o condicionador de todos os demais direitos e garantias fundamentais do homem, tendo em vista ser o mais básico dos direitos, no sentido de que para haver outros direitos, é preciso estar vivo. Por isso, é considerado o direito humano mais sagrado (TAVARES, 2012).

É válido ressaltar, que esse direito possui uma visão dupla, de um lado relacionada ao direito de existir do ser humano, de continuar vivo até a interrupção da vida por suas causas naturais; e de outro lado diretamente ligada à qualidade de vida, que assegura ao ser humano, viver de forma digna, com um nível mínimo existencial, ou seja, tendo assegurados os

direitos à alimentação adequada, à moradia, ao vestuário, à saúde, à educação, à cultura e ao lazer (TAVARES, 2012).

Essa garantia ora abordada consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo, não interrompendo este processo vital por outro meio que não pela morte espontânea inevitável. Sob este prisma, qualquer forma de interrupção do processo vital é punida pela legislação penal. (SILVA, 2012).

Insta salientar, que o artigo 2º, do Código Civil vigente, versa que a personalidade da pessoa natural se inicia com a vida extrauterina, todavia, o ordenamento jurídico ressalva os direitos do nascituro desde a concepção (TAVARES, 2012).

O direito à vida é um direito irrenunciável, intransmissível e indisponível; assim, nenhum ser humano tem o direito de dispor de sua própria vida ou da de outrem.

Por estas três características intrínsecas da garantia ora tratada é que a prática de algumas condutas não são toleradas no nosso ordenamento jurídico, dentre elas: a eutanásia, considerada como conduta ilícita, punida como crime de homicídio; a pena de morte, que é expressamente vedada pela Carta Magna, salvo em caso de guerra declarada; e auxílio, indução ou instigação ao suicídio, tipificados como crime pelo Código Penal.

Não obstante, observa-se que direito à vida assegura ainda: a integridade física e moral, a honra, a privacidade, a dignidade humana e a liberdade individual (PINHO, 2012).

Entretanto, mister acrescentar que esse direito não é absoluto, sendo as condutas praticadas em estado de necessidade e em legítima defesa tidas como excludentes de proteção à vida. O que se vislumbra é a legitimidade de cada indivíduo para defender-se de condutas que atentam contra a sua própria vida ou de outrem (TAVARES, 2012).

É possível observar ainda a não incidência do direito à vida nos casos em que há autorização de sua interrupção na gestação, como a possibilidade de realizar o aborto quando não há outra maneira de salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez é resultante de estupro, ambas as hipóteses previstas no Código Penal (TAVARES, 2012).

Então, podemos observar que não basta termos uma vida se esta não é digna.

AUTODETERMINAÇÃO DO INDIVÍDUO

É importante ressaltar a importância de compreender o significado da palavra autonomia, pois isso faz diferença quando falamos a respeito do ser humano definir para si a liberdade e como vai gerenciar sua vida, refletindo sobre suas escolhas.

José Luiz Telles de Almeida (1999) destaca ainda que o homem é detentor de autonomia, ele é quem decide como vai administrar sua vida, quais os princípios morais acatar, qual

crença vai seguir. Vale pontuar ainda esse autor expõe que esses conceitos de autonomia não esgotam a definição completa desta, sendo cabível outros significados.

Conforme Mill (apud GOLDIM, 2004) o termo autonomia expõe que o indivíduo é soberano quando mostra sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente. Subentende-se que o homem tem liberdade e independência para tomar suas próprias decisões em relação a sua vida, podendo agir como quiser, de acordo com suas escolhas e pensamentos.

Devido a isso, a proteção ao princípio da autonomia é muito importante, afinal cada pessoa é de um jeito, pensa de uma forma individual, tem suas características particulares, e por tais razões o ser humano deve ser respeitado.

Nesse diapasão, a autonomia garante que ninguém poderá impor crenças e condutas a outro indivíduo, quando este é livre pra pensar, acreditar e agir da maneira que lhe convém e de acordo com seus princípios morais.

Não há, então, justificativas capazes de proibir a manifestação da pessoa, no sentido de que desconsiderar os julgamentos de uma pessoa é uma notória falta de respeito com o próximo (GOLDIM, 2004).

Na ótica de Pires e Reis (2010), nem o estado tem direito de interferir nas decisões do homem.

Dessa maneira, cada indivíduo é dono de sua autonomia e sabe o que é melhor pra si mesmo. Almeida (1999, p. 75) assenta que:

[...] o princípio de respeito à autonomia significa, no mínimo, reconhecer o direito do indivíduo de ter sua própria maneira de compreender o mundo, de fazer escolhas, de poder agir de acordo com seus valores e crenças pessoais.

Ademais, sob o viés da Bioética, importante salientar que a ideia de autonomia, que é um princípio fundamental da ética, está intimamente ligada ao respeito à individualidade, de modo a reconhecer que o outro tem o direito de pensar e sentir de maneira própria e deve ser respeitado por isso (SEGRE, 2002).

Ainda, por entenderem que a vulnerabilidade é intrínseca ao homem e está ligada diretamente à fragilidade, que “os bioeticistas em particular preocupam-se com a proteção da saúde e com o acesso justo e eficiente a cuidados de saúde em toda a parte e para todos.” (SASS, 2003).

Essa ideia pressupõe que a vulnerabilidade é um conceito fundamental nos âmbitos da Bioética e da defesa dos Direitos Humanos, e, portanto, diretamente relacionada com a jus-

tiça, por estarem ligadas à ideia de proteção. Nesse sentido, Campbell (2003, p.93) entende que vulnerabilidade é condição humana:

Qual é então a esperança que emerge de nossa vulnerabilidade partilhada? É que comecemos a escutar-nos uns aos outros e, não temendo conhecer o sofrimento, que pode ser para nós um doloroso pensamento, tenhamos coragem de trabalhar juntos pela justiça na assistência médica.

Por todo o exposto, constata-se que todo ser humano deve ser respeitado, independente de sua crença, opiniões ou qualquer outra particularidade, sem interferência de ninguém, nem mesmo do Estado.

DIREITO A LIBERDADE: DE CONSCIÊNCIA E RELIGIOSA

Primeiramente, é preciso asseverar que a liberdade religiosa é muito mais ampla que um mero sentimento, envolve também a liberdade dos fiéis para praticarem ritos, cerimônias, reuniões, e para manterem a fidelidade às tradições e aos dogmas, conforme cada religião (SILVA, 2012).

Em outras palavras, observa-se que a liberdade de culto é a aquela em que cada um tem de professar sua fé segundo sua religião, não podendo haver intervenção estatal nas manifestações e devendo, o Estado, proteger o homem ao professar sua fé.

Ademais, o artigo 208, do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), prevê uma sanção para aquele indivíduo que se incomoda com a religião do outro e não a tolera:

Art. 208 – Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religiosa; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena – detenção, de uma mês a um ano, ou multa.

Nesse ínterim, toda pessoa é livre para manifestar sua fé, porém não é permitido afrontar outra religião; afinal, nenhum ser humano tem mais liberdade que o outro.

Pertinente acrescentar que o direito à liberdade de culto evidencia as peculiaridades de cada religião e o dever de respeito de todo indivíduo com o próximo. Assim, não existe razão para uma pessoa não cultuar sua adoração; o que não pode é permitir que um cristão desdenhe de uma fé por ter outra crença religiosa (GONÇALVES, 2008).

Diante desse contexto, é perceptível a conexão do direito de liberdade com a personalidade do indivíduo, além de ser cristalino que o exercício desse direito auxilia na eficácia plena da dignidade humana. Nesse sentido, Canotilho (apud NERY JÚNIOR, 2010a, p. 7) afirma que:

[...] as liberdades de consciência, de religião, e de culto protegem o núcleo substancial da personalidade porque são constitutivas da identidade pessoal e do direito de desenvolvimento da personalidade como direito fundamental da vida [...]

Por isso, no Brasil, busca-se a eficácia plena dos direitos fundamentais do homem, entre esses o direito da liberdade religiosa; cabendo ao Estado o dever de não intervir nessa decisão e de proteger a manifestação da fé de cada pessoa, garantindo, dessa forma, a dignidade humana.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana possui raízes no pensamento clássico e no ideário cristão. Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podem ser encontradas referências de que “o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus” e que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento (SARLET, 2012)

No decorrer dos tempos, a noção de dignidade vem se completando com o preceito de Immanuel Kant, que afirma que a dignidade parte da autonomia ética do ser humano, sendo esta o fundamento da dignidade do homem. Baseada nesse conceito que a doutrina jurídica encontra bases para uma fundamentação do Princípio da Dignidade Humana.

A Carta Política brasileira traz o referido princípio, no artigo 1º, consagrando o como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Partindo dessa premissa, o constituinte, ao elaborar o texto constitucional, consagrou a dignidade humana como princípio fundamental basilar da República Federativa do Brasil, de modo que se tornou uma norma a ser seguida por todos os direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2012).

Ao alocar a dignidade no patamar de um fundamento da Constituição, o constituinte demonstrou de maneira clara que a finalidade da atuação estatal é a proteção ao ser humano e que todas as normas jurídicas devem ser condutoras da dignidade humana (SARLET, 2012).

A dignidade da pessoa humana é afigurada para proteção do homem, como noção moral e filosófica, independente de crença, raça, etnia ou sexo, sendo primordial conferir respeitabilidade dos homens.

É notória a necessidade de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, com os avanços tecnológicos, os indivíduos estão sujeitos não só a benefícios, mas também a danos irreparáveis, uma vez que aumenta o controle do processo de morte.

DA RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE PELO PACIENTE EM RAZÃO DE CRENÇA RELIGIOSA

O presente artigo analisa o fundamento jurídico dos praticantes da religião Testemunhas de Jeová em recusar-se a se submeter a tratamentos que envolvam a transfusão sanguínea.

Para isso, é necessário explorar as razões pelas quais os adeptos dessa religião não aceitam a realização de tal procedimento médico; preferindo, mesmo em risco iminente de morte, adotar medidas alternativas em detrimento da transfusão.

IDEAIS DEFENDIDOS PELOS PRATICANTES DA RELIGIÃO TESTEMUNHA DE JEOVÁ

Os praticantes que se denominam Testemunhas de Jeová são pessoas que declaram publicamente conceitos dos quais tem certeza sobre Deus, afinal a Bíblia diz que Jeová é Deus (SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS, 2000).

As Testemunhas de Jeová afirmam que a pregação já ocorre em 239 países, ainda sendo minoria em relação a outras religiões, e que a negação à transfusão de sangue é a questão mais polêmica dessa crença (SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS, 2000).

Ainda segundo este artigo, os seguidores afirmam que a Bíblia os proíbe de tomar sangue por qualquer via, seja total ou seus componentes primários, seja como alimento ou por meio de transfusões.

Para justificar seus ideais, se utilizam de textos bíblicos de Gênesis, 9:4; Levítico, 17:14; e Atos, 15:20, vejamos:

Gênesis 9:4: Somente a carne com a sua alma – seu sangue – não deveis comer.

Levítico, 17:14: Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepcionado da vida.

Atos, 15:20: Abstenham-se do sangue.

Antigamente, os médicos asseguravam que a realização de medidas terapêuticas, sem sangue, eram extremistas ou, até mesmo, suicidas; mas hoje em dia, esses profissionais da saúde têm observado que as formas alternativas podem ser eficientes, podendo até diminuir os riscos que uma transfusão sanguínea ocasionaria.

É sabido que a transfusão não é um procedimento altamente seguro, afinal, o sangue a ser transfundido raramente será cem por cento seguro. Isso porque há a possibilidade de uma “janela imunológica” e, assim, a produção de resultados “falso-negativos”, como ocorre com algumas patologias, por exemplo: a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) (SILVA, 2000).

Vale ressaltar, que as Testemunhas de Jeová não são suicidas; pelo contrário, elas prezam a vida e não desejam morrer, tanto é que procuram os hospitais e ajuda médica para se tratar. Entretanto, quando, na ótica médica, há necessidade de transfusão de sangue, os adeptos dessa religião simplesmente buscam formas alternativas para tratar suas enfermidades (BASTOS, 2001 e NERY JÚNIOR, 2010b).

Pelo exposto já é possível perceber quão polêmico é o tema, ocasionando divergências plausíveis entre seguidores e fiéis de outras religiões. Todavia, é preciso ter sempre em mente que toda religião deve ser respeitada, assim como suas demonstrações de fé e seus dogmas.

Assim, aquele que não crê, nem compartilha dos mesmos pensamentos desses religiosos, tem a liberdade de não seguir os Testemunhas de Jeová, mas tem o dever de respeitar a crença alheia.

FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A RECUSA DA TRANSFUÇÃO DE SANGUE DO PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, e por isso deve respeitar os comandos constitucionais e, por conseguinte, agir sempre a fim de resguardar os direitos fundamentais do homem.

O Estado Democrático de Direito se caracteriza por ser um Estado em que o poder emana do povo e a ação estatal está subordinada as leis.

Deveras relevante assentar, que aqueles que discordam do posicionamento dos praticantes da religião em análise, pelo fato destes se absterem de tratamentos que envolvam a transfusão sanguínea, fundamentam sua opinião afirmando que o direito à vida é o bem maior.

De acordo com essa ideia, é possível encontrar a maioria dos entendimentos jurisprudenciais:

INDENIZAÇÃO – Responsável civil – Danos moral e material – Desrespeito a crença religiosa – Transfusão de sangue – Autora Testemunha de Jeová – Não cabimento – Intervenção médica procedida tão somente após esgotados outros tratamentos alternativos – Prevalência da tutela à vida sobre suas convicções religiosas – Recurso não provido – JTJ256/125

LIBERDADE DE RELIGIAO CIRURGIA 1. DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÕES. 2. PROCESSO CIVIL. 3. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – DIREITO À VIDA E A SAÚDE – PRINCIPIOS GERAIS DA ÉTICA E DO DIREITO. PREVALENCIA SOBRE AS ESPECIFICIDADES CULTURAIS E RELIGIOSAS – LIBERDADE DE CONSCIENCIA E DE CRENCA RELIGIOSA. LIMITAÇÕES. 4. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR – AUTORIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICO OU HOSPITALAR. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO – LIMITAÇÕES – DESCABIMENTO – QUANDO CABE – TRANSFUÇÃO DE SANGUE – TESTEMUNHAS DE JEOVÁ – URGENCIA E PERIGO IMINENTE DE VIDA. INCOMPROVADOS EFEITOS – INTERVENÇÃO MÉDICA OU CIRURGICA. REALIZAÇÃO. REQUISITOS. 5- MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. AUTORIZAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. Tribunal de Justiça do RS DATA DE JULGAMENTO: 28/03/1995. O JULGADOR: Sexta Câmara Cível: COMARCA DE ORIGEM: PORTO ALEGRE SEÇÃO: CÍVEL

Em contrapartida, segundo Celso Ribeiro Bastos (2001), o fato de não realizar a transfusão de sangue não configura qualquer ferimento ao direito à vida, afinal o que se busca é a preservação da vida, porém de acordo com as convicções de cada pessoa.

Dessa maneira, vale destacar que o direito fundamental de liberdade religiosa está positivado na Constituição brasileira, de forma que cada indivíduo é detentor dessa liberdade, como também garante um Estado que tem como fundamento a dignidade humana. Por isso, o direito de liberdade religiosa e à vida digna devem ser respeitados.

Nesse diapasão, o ilustre desembargador Sebastião Alves Junqueira (2008) afirma que para fazer valer as leis e definir o que é ou não direito, é preciso levar em conta a parte mais íntima de um indivíduo: sua consciência. Esse estudioso acrescenta ainda, que ao aplicar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento de para solucionar celeumas como a ora debatida, os direitos fundamentais envolvidos, como vida, liberdade religiosa e acesso à saúde, perduram intactos.

Portanto, sendo um direito fundamental que encontra respaldo constitucional, não deveria sequer haver uma discussão sobre a legalidade da negação desses religiosos a aceitarem a transfusão sanguínea pautadas em sua crença.

Ademais, o direito do homem de se autodeterminar, viver suas próprias escolhas é assegurado na Carta Magna, assim como o direito de exercer suas crenças religiosas, não cabendo ao Estado impor que esse indivíduo se submeta a procedimentos que maculem sua própria dignidade. Então, caso o paciente se negue a realizar transfusão sanguínea, ainda que em iminente risco de vida, a vontade dele deve ser obrigatoriamente respeitada.

O grande reconhecimento da autonomia e da autodeterminação dos pacientes nas tomadas de decisão, em relação a procedimentos médicos, é uma das marcas do final do século XX. Como prova dessa afirmativa, basta observar a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade, como a ortotanásia.

Ainda, o Código Civil pátrio (BRASIL, 2002), em seu artigo 15, versa que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

A respeito deste dispositivo legal, Nelson Nery Júnior (2010b) afiança que a questão de haver risco iminente de morte não retira do paciente o seu direito fundamental à liberdade, sendo imprescindível seu consentimento formal para realizar qualquer intervenção médica.

Por fim, concluímos que diante da negativa de consentimento do enfermo em se submeter a procedimentos que envolvam transfusão sanguínea, em razão de sua religião, devem os médicos e os juristas acatar e respeitar a decisão do indivíduo, garantindo a proteção aos direitos de liberdade religiosa, de autonomia e de uma vida digna.

A FALSA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É extremamente relevante salientar que alguns doutrinadores entendem que a recusa da submissão à transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová é uma colisão entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade, nos moldes da Teoria da colisão entre direitos fundamentais ensinados por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

A esmagadora maioria da jurisprudência pátria tem decidido pela transfusão de sangue forçada, contrária à vontade do paciente, sob o argumento que o bem da vida deve prevalecer em detrimento da liberdade, tendo em vista que os demais direitos só se concretizam por meio da vida. Assim, qualquer intervenção médica em caso de emergência estaria constitucionalmente protegida.

Contudo, é pertinente esclarecer que tal conflito é meramente aparente se analisar a questão pela ótica de cada direito antes de tentar decidir qual garantia fundamental deve prevalecer.

Insta frisar, que ambos os direitos que afirmam estar em rota de colisão estão incluídos como sendo de primeira geração, conforme citado em tópico anterior. Assim, ainda que seja pacífico o entendimento de que as dimensões de direitos sejam concomitantes, o fato de se enquadrarem na mesma classificação, obsta qualquer tipo de hierarquia que possam imputar a essas garantias individuais.

Daí o primeiro motivo pelo qual não há hipótese de conflito entre os direitos à vida e à liberdade de religião, já que tais direitos possuem *status* constitucional e são previstos no artigo 5º, da Carta Magna brasileira.

Cabe acrescentar ainda, que é praticamente pacífico entre os doutrinadores, como Nery Júnior (2010a) e Silva (2012), que o direito à vida deve ser baseado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não podendo ser interpretado mais como um direito absoluto, envolvendo somente o aspecto biológico da vida, no sentido de proteger as funções vitais do ser humano. A partir do momento que a dignidade passou a ser adotada como aspecto basilar na proteção dos Direitos Humanos, o direito à vida passou a ser visto e exigido como a garantia a uma vida digna, com preservação da integridade moral e física.

Diante disso, alocando esse conceito ao debate em questão, fica evidente que se uma Testemunha de Jeová for submetida forçadamente à transfusão de sangue, a dor e a tristeza em ter descumprido os preceitos bíblicos serão tamanhas que a dignidade não estará sendo protegida.

Ainda que este cidadão permaneça vivo pelo procedimento realizado, a vida digna não estará sendo protegida, já que esta prática médica poderá ser responsável por ceifar a dignidade do paciente.

Diante disso, importante expor que Nery Júnior (2010b) afirma que a colisão de direitos fundamentais ocorrerá somente quando a realização de um direito fundamental causar dano no direito fundamental do próximo.

Logo, no caso de uma Testemunha de Jeová que nega a se submeter à transfusão de sangue, ela está, simplesmente, exercendo seu direito de liberdade religiosa, não havendo nisso qualquer interferência a outro direito fundamental, já que a recusa na realização da transfusão sanguínea não é sinônimo de rejeição ao direito à vida.

Em relação ao risco de morte sofrido pela pessoa, ainda assim é possível afirmar que se trata de colisão aparente de direitos, pois de nada adianta a manutenção das funções vitais da pessoa pela imposição de um método médico que afronte seus ideais, suas crenças, visto que estará atingindo dignidade desse paciente.

Em outras palavras, se a transfusão de sangue for imposta sem a anuência do enfermo e houver a manutenção da vida deste, de nada adiantaria para esse indivíduo essa sobrevivência, pois retirar do cidadão o direito à vida digna é impedi-lo de viver de maneira plena, seria como se o que o mantém existindo seriam as funções vitais, já que ele se encontra moralmente arruinado.

Dessa forma, o Estado não pode obrigar o paciente a realizar um tratamento ao qual ele mesmo não autoriza. Nery Júnior (2009) confirma que o Estado não pode impor ao indivíduo realizar nenhuma conduta que não queiram, que afetem sua dignidade e sua convicção religiosa.

Outro fator que merece destaque é o fato de não ser possível haver colisão de direitos fundamentais quando se trata de um mesmo indivíduo, visto que para que haja tal colisão é necessário haver, pelo menos, sobreposição de algum direito. O que ocorre no caso do estudo em comento é uma “concorrência de direitos fundamentais”, segundo afirma Canotilho (1999), já que o titular dos direitos não tem a mínima pretensão de dispor de algum desses.

Com isso, é cristalina a inexistência de conflito entre direitos fundamentais, de modo que o direito à vida digna, o direito à autonomia, e o direito à liberdade de religião, quedaram-se intactos, motivo pelo qual não se pode utilizar a teoria do conflito entre direitos fundamentais, já que se um direito for eliminado, haverá um ser humano fracionado (FRANZINE, 2009).

Mister elucidar ainda, que mesmo se houvesse de fato a colisão de direitos, nada mais justo que tal conflito fosse dirimido pelo próprio titular destes. Isso porque “a objeção de consciência é ilegítima sempre que se colocam em perigo direitos de terceiro”, como no caso em tela, só há “colisão de direitos” um indivíduo tal objeção é legítima (DINIZ, 2008, p.214).

Por fim, a vontade do paciente deve ser respeitada, ainda que em iminente risco de vida, tendo em vista que a negação do paciente não é um ato atentatório à vida digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciamos o presente artigo apresentando conceitos relativos aos direitos fundamentais, bem como discriminando cada princípio e garantia que entendemos ser imprescindíveis para o entendimento da celeuma jurídica gerada em torno da rejeição de recebimento de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová.

Adiante, apresentamos os ideais seguidos pelas Testemunhas de Jeová e a fundamentação legal da recusa no recebimento de sangue e de seus componentes.

Neste tópico, demonstramos de maneira clara que os adeptos da religião ora em debate não são suicidas, tanto que buscam auxílio médico para manutenção da vida. Todavia, apenas não aceitam o recebimento de sangue e de seus componentes por qualquer via, não só pela transfusão de sangue.

Observamos ainda que quanto aos direitos fundamentais do homem, os dispositivos legais e constitucionais visam, intrinsecamente, que a dignidade do homem seja assegurada, fazendo com que o indivíduo tenha livre escolha das suas convicções, permitindo-lhe uma vida plena. E, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, devemos tomar como base as leis, respeitando-as e colocando-as em benefício da sociedade.

Insta frisar que a Bioética visa o pluralismo, em que a tolerância e o respeito são imprescindíveis para alcançar este objetivo. No Brasil, é notória a pluralidade de religiões, culturas, etnias, ideais políticos, o que torna iminente a necessidade de respeito e tolerância por comportamentos, pensamentos, crenças e valores diferentes dos próprios.

Em outras palavras, apesar de cada indivíduo possuir particularidades, ele deve ser visto como um integrante de um contexto social e não podemos impor que determinada pessoa que realize conduta diversa da pretendida, ignorando completamente sua vontade e seus ideais.

Diante disso, constatamos como sendo legítima a recusa da transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová, de modo que, sendo a dignidade, princípio constitucional basilar, a expressão da autonomia privada e da liberdade, não possibilita que o Estado imponha a realização de procedimento médico em detrimento da manifesta vontade do enfermo.

Assim, diante da lamentável maioria da jurisprudência que decide por impor a realização da transfusão de sangue, percebemos que o magistrado, ao analisar um caso concreto, não deve deixar prevalecer suas convicções religiosas ou culturais, mas sim julgar sob a ótica da pessoa que está sendo atingida, de modo a garantir o valor democraticamente reconhecido na Constituição Federal.

Ademais, finalizamos o presente estudo afirmando que, diferente do ensinamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy, não há colisão de direitos fundamentais quando ocorre a recusa da transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová, por diversos motivos.

Primeiro, porque não há hierarquia entre o direito à vida e à liberdade, já que ambos estão inseridos expressamente no art. 5º, da Carta Política vigente.

O segundo motivo é pautado no fato de que não há sobreposição de direitos, uma vez que a não aceitação em se submeter à transfusão de sangue não significa que o indivíduo esteja dispondo de seu direito à vida, já que já inúmeros outros procedimentos médicos capazes de substituir este, não havendo o que se falar em colisão de direitos.

Em terceiro lugar, ainda que houvesse real colisão de direitos, o titular dos direitos seria o mais apto a escolher qual direito deveria prevalecer em detrimento de outro.

Dessa maneira, percebemos que os motivos que justificam a negação de procedimentos que envolvam transfusão sanguínea pelas Testemunhas de Jeová, possuem fundamentações jurídicas, uma vez que a transfusão afeta diretamente a dignidade do indivíduo, tendo em vista que ninguém pode ser obrigado a praticar algo que não esteja previsto em lei.

Por isso, restou vastamente demonstrado que os direitos à vida, à liberdade religiosa e à autonomia, permaneceram intactos diante da negativa no recebimento de sangue por meio de transfusão, não cabendo alegação de colisão de direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Telles de. **Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente**. 1999. [Doutorado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública.

BARROSO, Luiz Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová**. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. (Orgs.). Salvador: JusPodivm, 2011. p. 661-707.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 90. vol. 787.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996 (tradução de Carlos Nelson Coutinho).

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 abr 2015.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 26 abr 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Lisboa: Almedina, 1999.

CAMPBELL, Alastair V. **Pessoas vulneráveis**: experiências e esperanças. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). Bioética: poder e injustiça. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p.87-93.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 18 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 5. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue**. Parecer. Cesário Lange: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1994.

FRANZINE, Raquel de Souza. Tratamento médico em pacientes Testemunhas de Jeová: o direito de escolha e a inaplicabilidade da tese da colisão de direitos fundamentais. **Revista Prática Jurídica**, ano VIII, n. 91, p. 32-35, out 2009.

GOLDIM, José Roberto. **Princípio do Respeito à Pessoa ou da Autonomia**. 2004. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/autonomia.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **Direitos Humanos e a (in)tolerância religiosa –Laicismo– Proselitismo–Fundamentalismo–Terrorismo**. 2011. [Doutorado]. Tese de Doutorado na área de concentração de Filosofia do Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

JUNQUEIRA, Sebastião Alves. **O Papel do Poder Judiciário na preservação da Dignidade da Pessoa Humana**. 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-papel-do-poder-judiciario-na-preservacao-da-dignidade-da-pessoa-humana/1858>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____. Transfusão de sangue e o direito de escolha de tratamento: tempo de mudanças. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília. p. 71-74, dez./2009-jan./2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Escolha Esclarecida de Tratamento Médico Por Pacientes Testemunhas de Jeová, como exercício harmônico de direitos fundamentais**. Atualizado conforme o novo Código de Ética Médica – Resolução CFM 1931/2009. São Paulo. 2009.

_____. **Direito de Personalidade. Soluções Práticas – Nery**. Revista dos Tribunais online. v. 1. p. 29-76. São Paulo. Set. 2010a.

_____. **Direito de Liberdade e a Recusa de Tratamento por Motivo Religioso**. Revista de Direito Privado, nº 41, Editora Revista dos Tribunais. 2010b.

PFAFFENSELLER, Michelli. **Teoria dos direitos fundamentais**. Revista Jurídica, v. 9, n. 85, p. 92-107. Brasília, jun/jul, 2007.

PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. In: **CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, 19, 2010, Fortaleza, CE. Anais...Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 8244-8255.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9 ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SASS, Hans-Martin. Promover a educação em saúde para enfrentar a doença e a vulnerabilidade. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). Bioética: poder e injustiça. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p.79-85.

SEGRE, Marco. Considerações críticas sobre os princípios da Bioética. In: SEGRE, M; COHEN, Cláudio (Orgs.). Bioética. 3 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p.35-40.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

SILVA, Helena Maria Porto da. **A conscientização do doador sobre doenças hemotransmissíveis: um desafio para o serviço social**. 2000. Trabalho de conclusão de curso. Trabalho de conclusão de curso do departamento de serviço social da Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina. 2000.

SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Cuidados com a Família e tratamento Médico Para as Testemunhas de Jeová: aspectos éticos/legais**. Cesário Lange, 1995.

_____. **O que a Bíblia Realmente Ensina?**. Cesário Lange, 2005.

_____. **Testemunhas de Jeová: Quem São? Em Que Crêem?**. Cesário Lange, 2000.

_____. **Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas**. Cesário Lange, 1986.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Testemunhas de Jeová e a recusa em receber transfusão de sangue. In: Revista Jurídica Consulex, Brasília, [s.n.], ano XI, n. 261, p. 15-17, 30 nov 2007.