Coleção CONPEDI/UNICURITIBA

Vol. 3

Organizadores
Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa
Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira
Profª. Drª. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr

Coordenadores
Profª. Drª. Monica Neves Aguiar da Silva
Prof. Dr. Wilson Engelmann
Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira

BIODIREITO

2014 | Curitiba

Clássica Editora

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

B615

Biodireito
Coleção Conpedi/Unicuritiba.
Organizadores : Orides Mezzaroba / Raymundo Juliano Rego Feitosa / Vladmir Oliveira da Silveira / Viviane Coêlho Séllos-Knoerr.
Coordenadores : Wilson Engelmann / Mônica Neves Aguiar da Silva / José Sebastião de Oliveira.
Título independente - Curitiba - PR . : vol.3 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014.
631p. :

ISBN 978-85-99651-91-9

1. Direito – biologia - vida. 2. Dignidade – respeito. I. Título.

CDD 341.34782

Nossos Contatos

São Paulo

Rua José Bonifácio, n. 209,

cj. 603, Centro, São Paulo – SP

CEP: 01.003-001

Acesse: www. editoraclassica.com.br

Redes Sociais

Facebook:

http://www.facebook.com/EditoraClassica

Twittter:

https://twitter.com/EditoraClassica

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Allessandra Neves Ferreira
Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioly
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
Jonathan Barros Vita
José Edmilson Lima
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Lafayete Pozzoli
Leonardo Rabelo
Lívia Gaigher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão
Luiz Eduardo Gunther
Luisa Moura
Mara Darcanchy
Massako Shirai
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Nilson Araújo de Souza
Norma Padilha
Paulo Ricardo Opuszka
Roberto Genofre
Salim Reis
Valesca Raizer Borges Moschen
Vanessa Caporlingua
Viviane Coelho de Séllos-Knoerr
Vladmir Silveira
Wagner Ginotti
Wagner Menezes
Willians Franklin Lira dos Santos

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgtroy
Capa: Editora Clássica

XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/ UNICURITIBA
Centro Universitário Curitiba / Curitiba – PR

MEMBROS DA DIRETORIA
Vladmir Oliveira da Silveira
Presidente
Cesar Augusto de Castro Fiuza
Vice-Presidente
Aires José Rover
Secretário Executivo
Gina Vidal Marcílio Pompeu
Secretário-Adjunto

Conselho Fiscal
Valesca Borges Raizer Moschen
Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
João Marcelo Assafim
Antonio Carlos Diniz Murta (suplente)
Felipe Chiarello de Souza Pinto (suplente)

Representante Discente
Ilton Norberto Robl Filho (titular)
Pablo Malheiros da Cunha Frota (suplente)

Colaboradores
Elisangela Pruencio
Graduanda em Administração - Faculdade Decisão
Maria Eduarda Basilio de Araujo Oliveira
Graduada em Administração - UFSC
Rafaela Goulart de Andrade
Graduanda em Ciências da Computação – UFSC

Diagramador
Marcus Souza Rodrigues

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 15

ANOREXIA NERVOSA E DIREITO: POSSIBILIDADES DIALÓGICAS EM UM CONTEXTO DE RELEITURA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES (Maria dee Fátima Freire de Sá e Maíla Mello Campolina Pontes) 19

INTRODUÇÃO 20

ANOREXIA NERVOSA: REVISÃO DOS PRINCIPAIS ASPECTOS CLÍNICOS E TERAPÊUTICOS 21

APARATO DOGMÁTICO A LEGITIMAR A ATUAÇÃO EM NOME DE OUTREM: A GESTÃO DE NEGÓCIOS 24

INTERDIÇÃO JUDICIAL: MEDIDA RAZOÁVEL? 26

O EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL E A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO 36

O ARTIGO 1.780 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CURATELA DO ENFERMO OU PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA 39

CONCLUSÃO 41

REFERÊNCIAS 43

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE USUÁRIOS DE CRACK: ENTRE O UTILITARISMO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (Luciana Ferreira de Mello) 49

.

INTRODUÇÃO 50

BREVE LEVANTAMENTO DO CONSUMO DE PSICOTRÓPICOS NO BRASIL 51

POLÍTICAS PÚBLICAS UTILIZADAS PELO ESTADO NO ENFRENTAMENTO AO CRACK 54

INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA SOBRE A ÓTICA DA DOUTRINA UTILITARISTA DE BENTHAM 57

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA SOBRE O PRISMA DA DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA 60

CONCLUSÃO 63

REFERÊNCIAS 66

ANIMAIS: SEM DEIXAR A SOMBRA DOS HOMENS PARA A GARANTIA DE SEUS DIREITOS (Beatriz Souza Costa e Émilien Vilas Boas Reis) 68

INTRODUÇÃO 69

ANIMAIS: PREOCUPAÇÃO ÉTICA E JURÍDICA 69

A QUESTÃO DA DIGNIDADE ANIMAL 74

ANIMAIS: SUJEITOS DE DIREITOS? 80

CONSIDERAÇÕES FINAIS 83

REFERÊNCIAS 84

BIOÉTICA E TRANSEXUALIDADE: O "FENÔMENO TRANSEXUAL" E A CONSTRUÇÃO DO DISPOSITIVO DA TRANSEXUALIDADE (TRANSEXUALISMO) – O PARADIGMA DO "TRANSEXUAL VERDADEIRO" VIGENTE NO DIREITO BRASILEIRO (Carolina Grant) 86

INTRODUÇÃO 87

RETROSPECTIVA HISTÓRICA DO "FENÔMENO TRANSEXUAL": UMA DISPUTA DE SABERES QUE LEVOU À CONSTRUÇÃO DE UM DISPOSITIVO TERAPÊUTICO(PATOLOGIZANTE)-DISCIPLINADOR-ADEQUATÓRIO 88

O TRANSEXUAL VERDADEIRO 101

CONCLUSÃO: "TRANSEXUALISMOS" E CONSENSOS VELADOS – O PARADIGMA PATOLOGIZANTE-BIOLOGICISTA-TERAPÊTICO-ADEQUATÓRIO (OU "PARADIGMA DO TRANSEXUAL VERDADEIRO" 111

REFERÊNCIAS 114

DO BULLYING AO TRANSEXUAL NO SEIO FAMILIAR COMO VIOLÊNCIA VELADA: UMA AFRONTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (Valéria Silva Galdino Cardin e Fernanda Moreira Benvenuto) 116

INTRODUÇÃO 117

DA INTEGRIDADE PSICOLÓGICA DO SER HUMANO 117

DO DANO PSÍQUICO 119

DO ASSÉDIO MORAL 123

DO TRANSEXUAL 125

DO BULLYING NO ÂMBITO FAMILIAR 127

DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRANSEXUAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES 131

CONCLUSÃO 136

REFERÊNCIAS 138

DA POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS ENVOLVENDO A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (Loreanne Manuella de Castro França e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador) 141

INTRODUÇÃO 141

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA 142

DA CONCEITUAÇÃO DO DANO MORAL 145

DAS CAUSAS QUE PODEM ENSEJAR A INCIDÊNCIA DE DANO MORALINDENIZÁVEL NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS ENVOLVENDO A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA 147

CONCLUSÃO 153

REFERÊNCIAS 154

DIREITO FUNDAMENTAL DAS MULHERES "SÓS" A CONSTITUIR FAMÍLIA MEDIANTE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: UMA INVESTIGAÇÃO A PARTIR DA TEORIA EXTERNA DE SUPORTE FÁTICO AMPLO (Pellegrinello, Ana Paula Back e Alessandra) 157

INTRODUÇÃO 158

DO DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA 158

DA TEORIA EXTERNA COMO SUSTENTADA POR VIRGILIO AFONSO DA SILVA À AUTONOMIA PRIVADA EM CONSTITUIR FAMÍLIA 166

INVESTIGANDO O PROJETO MONOPARENTAL DAS "MULHERES SÓS" A PARTIR DA PERSPECTIVA DA AUTONOMIA PRIVADA E DA ISONOMIA E À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO 170

CONSIDERAÇÕES FINAIS 176

REFERÊNCIAS 177

DIREITOS FUNDAMENTAIS E MANIPULAÇÃO DA VIDA INTRA-UTERINA: SUPORTE BIOÉTICO À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL (Arthur Magno e Silva Guerra) 179

INTRODUÇÃO 180

ETIOLOGIA HISTÓRICA DA MANIPULAÇÃO GENÉTICA E DOS EXPERIMENTOS SOBRE A ESPÉCIE HUMANA 180

A SAÍDA PÓS-POSITIVISTA PARA A BUSCA DE "RESPOSTAS CORRETAS", NAS QUESTÕES BIOÉTICO-CONSTITUCIONAIS 186

CONCLUSÃO 193

REFERÊNCIA 197

DO DIREITO FUNDAMENTAL À REALIZAÇÃO DO PROJETO HOMOPARENTAL POR MEIO DA UTILIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (Caio Eduardo Costa Cazelatto e Letícia Carla Baptista Rosa) 201

INTRODUÇÃO 202

DA HOMOPARENTALIDADE 203

DO DIREITO À REALIZAÇÃO DO PROJETO HOMOPARENTAL 204

DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E DE SUA UTILIZAÇÃO PELA FAMÍLIA HOMOPARENTAL 213

CONCLUSÃO 221

REFERÊNCIAS 224

POSSIBILIDADES NEOEUGÊNICAS EM PROCRIAÇÃO HUMANA ARTIFICIAL E PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO (Ana Thereza Meirelles) 228

INTRODUÇÃO 228

REPRODUÇÃO, DIREITO À LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA 229

A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL 232

DIREITOS DE REPRODUÇÃO E POSSIBILIDADES NEOEUGÊNICAS 238

PARÂMETROS ÉTICOS E NORMATIVOS PARA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO 244

CONCLUSÃO 247

REFERÊNCIAS 248

FOCANDO NAS SOMBRAS DA ADPF54: PROMOÇÃO DA SAÚDE DA MULHER COMO DEVER ÉTICO DE PROTEÇÃO DA NATALIDADE (Luciano Machado de Souza) 252

INTRODUÇÃO 253

A VIDA DO ANENCÉFALO E A DIGNIDADE DA GESTANTE: ENTRE LUZES E SOMBRAS 257

ENXERGANDO O ESCURO: É POSSÍVEL EVITAR ANENCEFALIA? 260

PROMOÇÃO DA SAÚDE COMO DEVER ÉTICO DE PROTEÇÃO DA NATALIDADE 265

CONCLUSÃO 269

REFERÊNCIAS 270

A RECUSA DE TRATAMENTOS VITAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: A ESCOLHA É SUA (Natália Regina Karolensky e Hamilton Belloto Henriques) 274

INTRODUÇÃO 275

SAÚDE PÚBLICA 277

EUTANÁSIA X RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO VITAL 282

COMENTÁRIOS SOBRE AS DISPOSIÇÕES MÉDICAS 291

CONCLUSÕES 298

REFERÊNCIAS 300

A POSSIBILIDADE DA DECLARAÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE DIANTE DO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA ORTOTANÁSIA (Fernanda Menegotto Sironi e Neri Tisott) 303

INTRODUÇÃO 304

A EUTANÁSIA 305

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA TEMÁTICA 310

A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE DIREITOS E O TESTAMENTO VITAL 314

CONSIDERAÇÕES FINAIS 318

REFERÊNCIAS 320

AUTONOMIA EM FACE DO DIREITO DE MORRER: UMA ABORDAGEM DO TESTAMENTO VITAL NO DIREITO BRASILEIRO (Bárbara Rodrigues da Rocha) 323

INTRODUÇÃO 324

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO DO TESTAMENTO VITAL 325

DOS PRINCIPIOS BIOÉTICOS E O POSICIONAMENTO DO CONSEHO FEDERAL DE MEDICINA BRASILEIRO E SUAS CONSEQUENCIAS 335

CONCLUSÃO 340

REFERÊNCIAS 342

LIVRE DETERMINAÇÃO NO CONTEXTO DE TERMINALIDADE DA VIDA (Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Paula Alves Fernandes) 344

CONSIDERAÇÕES INICIAIS 345

ALGUMAS CONCEITUAÇÕES 346

O DIREITO FUNDAMENTAL A VIDA 349

O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA 355

DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE 359

LIVRE DETERMINAÇÃO COMO EXERCÍCIO DA DIGNIDADE 360

CONSIDERAÇÕES FINAIS 365

REFERÊNCIAS 366

NOVOS PARADIGMAS DA EUTANÁSIA NO NEOCONSTITUCIONALISMO: RECOBRAMENTO DA DIGNIDADE DO PACIENTE (Antonio Carlos Segatto e Ian Matozo Especiato) 369

CONSIDERAÇÕES INICIAIS 370

CONCEITO 371

ANTECEDENTES HISTÓRICOS: DA IDADE ANTIGA À MODERNA 372

EUTANÁSIA NA CONTEMPORANEIDADE 374

MODALIDADES 376

BREVES EXPOSIÇÕES ÉTICAS 383

EUTANÁSIA NO DIREITO PENAL PÁTRIO 386

PERSPECTIVA NEONSTITUCIONAL DA EUTANÁSIA COMO RECUPERAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA 389

CONSIDERAÇÕES FINAIS 393

REFERÊNCIAS 395

QUANDO A MORTE FAZ PARTE DA VIDA: CUIDADOS PALIATIVOS, TESTAMENTO VITAL E EUTANÁSIA NO BRASIL (Ana Carolina Elaine dos Santos e Andréa Abrahão Costa) 399

CONSIDERAÇÕES INICIAIS 400

A BIOÉTICA NO CONTEXTO DO BIODIREITO 402

O CONCEITO DE TESTAMENTO VITAL 403

VALIDADE JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL E A RESOLUÇÃO 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA 406

A EVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO MORRER 412

CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE EUTANÁSIA 413

CONCEITO DE EUTANÁSIA 416

ESPÉCIES DE EUTANÁSIA 419

CONCLUSÃO 422

REFERÊNCIAS 423

O DIREITO DE NÃO-SABER DO PACIENTE JUSTIFICADO NO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: INFORMAÇÃO NA MEDIDA DA VONTADE DO PACIENTE (Lissandra Christine Botteon) 428

INTRODUÇÃO 429

PRINCIPIOLOGIA, RAZOABILIDADE E RELAÇÃO LÓGICA COM O DEVER DE INFORMAÇÃO AO PACIENTE 431

O DIREITO DE INFORMAÇÃO AO PACIENTE COMO DEVER NORMATIZADO 438

IMPACTOS NEGATIVOS DO ATO DE INFORMAR O PACIENTE 440

RAZOABILIDADE DO ATO DE NÃO INFORMAR AO PACIENTE 442

A RAZOABILIDADE DA CONDUTA DE QUESTIONAMENTO AO PACIENTE SOBRE O DESEJO DE SER INFORMADO 444

CONSIDERAÇÕES FINAIS 446

REFERÊNCIAS 447

O HOMEM NA IDADE DA TÉCNICA: E COMO OS AVANÇOS NO CONHECIMENTO PODEM AFETAR A NATUREZA HUMANA (Adriany Barros de Brito Ferreira e Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos) 450

INTRODUÇÃO 451

A NATUREZA DIANTE DO ADVENTO DA TÉCNICA 453

A VIDA HUMANA DIANTE DA TÉCNICA 455

AVANÇOS TECNOLÓGICOS E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DE HANS JONAS 459

O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA EXISTÊNCIA DA VIDA HUMANA E DA NATUREZA 462

CONSIDERAÇÕES FINAIS 465

REFERÊNCIAS 468

IMPLICAÇÕES SOCIOECONÔMICAS E OS RISCOS DERIVADOS DA COMERCIALIZAÇÃO DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA BIOÉTICA (Viviane Candeia Paz) 470

INTRODUÇÃO 471

BIOTECNOLOGIA E PRODUÇÃO DE ALIMENTOS GENETICAMENTE MODIFICADOS 472

O INTERESSE INTERNACIONAL NA LIBERAÇÃO OU NÃO LIBERAÇÃO DOS OGMS – UNIÃO EUROPÉIA VERSUS ESTADOS UNIDOS 476

TRAJETÓRIA DAS GRANDES EMPRESAS DO MERCADO DE SEMENTES GENETICAMENTE MODIFICADAS 481

MANIPULAÇÕES GENÉTICAS E BIOÉTICA 484

CONCLUSÃO 489

REFERÊNCIAS 489

BIOÉTICA E ALOCAÇÃO DE RECURSOS EM SAÚDE: REFLEXÕES SOBRE O COMPARTILHAMENTO DEMOCRÁTICO DAS TECNOLOGIAS MÉDICAS AVANÇADAS (Renata Oliveira da Rocha) 491

INTRODUÇÃO 492

A BIOÉTICA PRINCIPIALISTA E SUA INADEQUAÇÃO À REALIDADE DOS PAÍSES LATINOAMERICANOS 493

BIOÉTICA, JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E ALOCAÇÃO DE RECURSOS DE ASSISTÊNCIA EM SAÚDE 496

BIOÉTICA E VULNERABILIDADE 406

BIOÉTICA E ALOCAÇÃO DE RECURSOS EM SAÚDE NO CONTEXTO DE PAÍSES LATINOAMERICANOS: A BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO E DE PROTEÇÃO 509

CONCLUSÃO 519

REFERÊNCIAS 520

GLOBALIZAÇÃO BIOÉTICA: A UNIVERSALIDADE DO PARADIGMA PRINCIPIALISTA FUNDADO NA DIGNIDADE HUMANA (Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Éverton Willian Pona) 524

INTRODUÇÃO 524

EIS QUE SURGE A NOVA ÉTICA 525

A CONSOLIDAÇÃO DA BIOÉTICA EM TORNO DO PARADIGMA PRINCIAPIALISTA 528

BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS: INTERNACIONALIZAÇÃO DO PARADIGMA PRINCIPIALISTA 536

GLOBALIZATION VS. EGALISATION: UM NOVO DEBATE 545

CONCLUSÃO 550

REFERÊNCIAS 551

PROTEÇÃO DAS GERAÇÕES FUTURAS: UM DIÁLOGO ENTRE A BIOÉTICA E A EDUCAÇÃO (Vanessa Vieira Pessanha) 554

INTRODUÇÃO 554

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO BIOÉTICO 555

EDUCAÇÃO: CIDADANIA E DIREITO SOCIAL 562

PROTEÇÃO DAS GERAÇÕES FUTURAS: EDUCAÇÃO EM BIOÉTICA 565

CONSIDERAÇÕES FINAIS 579

REFERÊNCIAS 581

TRÁFICO DE ÓRGÃOS, PATERNALISMO JURÍDICO E DIREITO À INTEGRIDADE MORAL: A DIGNIDADE HUMANA TEM PREÇO? (Gisele Mendes de Carvalho e Karla Jezualdo Cardoso) 584

INTRODUÇÃO 585

OS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O PATERNALISMO JURÍDICO 586

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM E A CELEUMA DA LEGITIMIDADE DO CONSENTIMENTO 592

A VEDAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ÓRGÃOS, TECIDOS E PARTES DO CORPO HUMANO 599

A PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE MORAL E A VEDAÇÃO DA COISIFICAÇÃO DO CORPO HUMANO 605

CONSIDERAÇÕES FINAIS 609

REFERÊNCIAS 611

TRATAMENTO COM CÉLULAS TRONCO: NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE GARANTAM A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (Josiane Borghetti Antonelo Nunes e Viviane Teixeira Dotto Coitinho) 614

CONSIDERAÇÕES INICIAIS 615

O DIREITO A SAÚDE COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL SOCIAL 616

PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO: AVANÇO E REGULAMENTAÇÃO EM PROL DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DA SAÚDE 619

A COLETA DE CÉLULAS-TRONCO E A UTILIZAÇÃO NO TRATAMENTO DE DOENÇAS 622

NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA REDE PÚBLICA DE TRATAMENTO COM CÉLULAS TRONCO, EM NOTAS CONCLUSIVAS 626

REFERÊNCIAS 629

Caríssimo(a) Associado(a),

Apresento o livro do Grupo de Trabalho **Biodireito**, do XXII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado no Centro Universitário Curitiba (UNICURUTIBA/PR), entre os dias 29 de maio e 1º de junho de 2013.

O evento propôs uma análise da atual Constituição brasileira e ocorreu num ambiente de balanço dos programas, dada a iminência da trienal CAPES-MEC. Passados quase 25 anos da promulgação da Carta Magna de 1988, a chamada Constituição Cidadã necessita uma reavaliação. Desde seus objetivos e desafios até novos mecanismos e concepções do direito, nossa Constituição demanda reflexões. Se o acesso à Justiça foi conquistado por parcela tradicionalmente excluída da cidadania, esses e outros brasileiros exigem hoje o ponto final do processo. Para tanto, basta observar as recorrentes emendas e consequentes novos parcelamentos das dívidas dos entes federativos, bem como o julgamento da chamada ADIN do calote dos precatórios. Cito apenas um dentre inúmeros casos que expõem os limites da Constituição de 1988. Sem dúvida, muitos debates e mesas realizados no XXII Encontro Nacional já antecipavam demandas que semanas mais tarde levariam milhões às ruas.

Com relação ao CONPEDI, consolidamos a marca de mais de 1.500 artigos submetidos, tanto nos encontros como em nossos congressos. Nesse sentido é evidente o aumento da produção na área, comprovável inclusive por outros indicadores. Vale salientar que apenas no âmbito desse encontro serão publicados 36 livros, num total de 784 artigos. Definimos a mudança dos Anais do CONPEDI para os atuais livros dos GTs – o que tem contribuído não apenas para o propósito de aumentar a pontuação dos programas, mas de reforçar as especificidades de nossa área, conforme amplamente debatido nos eventos.

Por outro lado, com o crescimento do número de artigos, surgem novos desafios a enfrentar, como o de (1) estudar novos modelos de apresentação dos trabalhos e o de (2) aumentar o número de avaliadores, comprometidos e pontuais. Nesse passo, quero agradecer a todos os 186 avaliadores que participaram deste processo e que, com competência, permitiram-nos entregar no prazo a avaliação aos associados. Também gostaria de parabenizar os autores

selecionados para apresentar seus trabalhos nos 36 GTs, pois a cada evento a escolha tem sido mais difícil.

Nosso PUBLICA DIREITO é uma ferramenta importante que vem sendo aperfeiçoada em pleno funcionamento, haja vista os raros momentos de que dispomos, ao longo do ano, para seu desenvolvimento. Não obstante, já está em fase de testes uma nova versão, melhorada, e que possibilitará sua utilização por nossos associados institucionais, tanto para revistas quanto para eventos.

O INDEXA é outra solução que será muito útil no futuro, na medida em que nosso comitê de área na CAPES/MEC já sinaliza a relevância do impacto nos critérios da trienal de 2016, assim como do *Qualis* 2013/2015. Sendo assim, seus benefícios para os programas serão sentidos já nesta avaliação, uma vez que implicará maior pontuação aos programas que inserirem seus dados.

Futuramente, o INDEXA permitirá estudos próprios e comparativos entre os programas, garantindo maior transparência e previsibilidade – em resumo, uma melhor fotografia da área do Direito. Destarte, tenho certeza de que será compensador o amplo esforço no preenchimento dos dados dos últimos três anos – principalmente dos grandes programas –, mesmo porque as falhas já foram catalogadas e sua correção será fundamental na elaboração da segunda versão, disponível em 2014.

Com relação ao segundo balanço, após inúmeras viagens e visitas a dezenas de programas neste triênio, estou convicto de que o expressivo resultado alcançado trará importantes conquistas. Dentre elas pode-se citar o aumento de programas com nota 04 e 05, além da grande possibilidade dos primeiros programas com nota 07. Em que pese as dificuldades, não é possível imaginar outro cenário que não o da valorização dos programas do Direito. Nesse sentido, importa registrar a grande liderança do professor Martônio, que soube conduzir a área com grande competência, diálogo, presença e honestidade. Com tal conjunto de elementos, já podemos comparar nossos números e critérios aos das demais áreas, o que será fundamental para a avaliação dos programas 06 e 07.

Com relação ao IPEA, cumpre ainda ressaltar que participamos, em Brasília, da III Conferência do Desenvolvimento (CODE), na qual o CONPEDI promoveu uma Mesa sobre o estado da arte do Direito e Desenvolvimento, além da apresentação de artigos de pesquisadores do Direito, criteriosamente selecionados. Sendo assim, em São Paulo lançaremos um novo livro com o resultado deste projeto, além de prosseguir o diálogo com o IPEA para futuras parcerias e editais para a área do Direito.

Não poderia concluir sem destacar o grande esforço da professora Viviane Coêlho de Séllos Knoerr e da equipe de organização do programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA, que por mais de um ano planejaram e executaram um grandioso encontro. Não foram poucos os desafios enfrentados e vencidos para a realização de um evento que agregou tantas pessoas em um cenário de tão elevado padrão de qualidade e sofisticada logística – e isso tudo sempre com enorme simpatia e procurando avançar ainda mais.

Curitiba, inverno de 2013.

Vladmir Oliveira da Silveira
Presidente do CONPEDI

Apresentação

A Bioética firma-se nos programas de pós-graduação em Direito como área de pesquisa das mais efervescentes.

Pode-se afirmar, com a edição do XXII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrida em Curitiba em maio/junho de 2013, que esse campo do conhecimento, inicialmente estudado na área das ciências biomédicas e da filosofia, consolida-se no campo do direito.

O grande interesse demonstrado pelos pesquisadores em estudar temas da Bioética encontrou, nas sessões do Grupo de Trabalho realizadas no evento, uma enorme receptividade e oportunidade de discussão.

A obra que ora apresentamos reúne os artigos selecionados, pelo sistema de dupla revisão cega, por avaliadores *ad hoc*, para apresentação no XXII Congresso Nacional do CONPEDI, cuja reunião ocorreu no dia trinta e um de maio de 2013, no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

Os artigos dão boa mostra dos tópicos mais debatidos no Brasil e alhures nos últimos anos. Nota-se nesta edição uma prevalência de artigos referentes ao direito de morrer, certamente como consequência da publicação da resolução 1995/2012 editada pelo Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade.

O pesquisador em Direito se dá conta de que o vácuo legislativo em derredor dos temas emergentes em bioética dá ensejo à edição de normas de natureza administrativa e é chamado a interpretar, para compatibilizar ou não, essas regras com o sistema positivo vigente.

Nesta esteira seguiram os trabalhos de *Natália Regina Karolensky e Hamilton Belloto Henriques* sob o título A RECUSA DE TRATAMENTOS VITAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO:A ESCOLHA É SUA, no qual os autores, após afirmarem ser o direito à saúde imprescindível para a consagração da dignidade da pessoa humana, deve ser proporcionado pelo Estado, por meio de tratamentos médicos necessários, uma vez que está

acima dos critérios administrativos da conveniência e oportunidade. Debatem a circunstância de ser a vontade do paciente um limite a esse dever estatal, haja vista que o próprio paciente tem o direito de recusar um tratamento médico de natureza vital, com base no princípio da autonomia. Concluem que não pode ser tipificada como crime previsto no artigo 122 do Código Penal a anuência do médico a tal recusa, por considerarem não existir, de fato, bem jurídico a ser resguardado, pois, a morte já é certa. Sustentam a constitucionalidade e legalidade da referida resolução, bem assim daquela editada em 2006 sob o número 1805 em derredor da ortotanásia, ao argumento de que tais regras preservam a dignidade da pessoa humana e sua autonomia, valores consagrados pelo nosso ordenamento. Idêntica é a conclusão a que chegam *Fernanda Menegotto Sironi e Neri Tisott,* em seu texto A POSSIBILIDADE DA DECLARAÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE DIANTE DO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA ORTOTANÁSIA. No mesmo eixo, segue o trabalho de *Antonio Carlos Segatto e Ian Matozo Especiato* intitulado NOVOS PARADIGMAS DA EUTANÁSIA NO NEOCONSTITUCIONALISMO: RECOBRAMENTO DA DIGNIDADE DO PACIENTE no qual os autores sustentam, igualmente, a constitucionalidade da eutanásia tendo como pano de fundo a dignidade da pessoa humana e o fazem com olhos voltados para a descriminalização do ato tipificado, hodiernamente, como homicídio privilegiado. Na mesma linha, apresentamos o artigo de *Bárbara Rodrigues da Rocha: *AUTONOMIA EM FACE DO DIREITO DE MORRER: UMA ABORDAGEM DO TESTAMENTO VITAL NO DIREITO BRASILEIRO. O estudo indica a autonomia como princípio relevante que faz concluir pela legitimidade do testamento vital, diante da escolha entre morrer dignamente ou receber um tratamento que prolongue inutilmente a vida. Por sua vez, *Ana Carolina Elaine dos Santos e Andréa Abrahão Costa* se ocuparam em realizar um artigo sobre QUANDO A MORTE FAZ PARTE DA VIDA: CUIDADOS PALIATIVOS, TESTAMENTO VITAL E EUTANÁSIA NO BRASIL para, a partir de idêntica constatação, no sentido de que a evolução no campo da Medicina colocou o Direito em xeque quanto à necessidade de oferecer respostas satisfatórias aos problemas advindos da possibilidade de respeitar a autonomia do paciente de decidir sobre sua própria vida, sustentar a compatibilidade das regras administrativas editadas para orientar o agir do médico com as regras constitucionais e legais vigentes. E, por fim, ainda neste eixo o texto de *Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Paula Alves Fernandes:* LIVRE

DETERMINAÇÃO NO CONTEXTO DE TERMINALIDADE DA VIDA, que nos traz uma reflexão sobre a dificuldade de consenso moral em derredor da eutanásia.

No eixo a que denominamos Novos Temas da Bioética, sobressai o trabalho de *Ana Thereza Meirelles* que nos traz sua visão sobre a eugenia no título POSSIBILIDADES NEOEUGÊNICAS EM PROCRIAÇÃO HUMANA ARTIFICIAL E PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO e sustenta a tese de que, no âmbito dos direitos fundamentais, a necessidade de preservação do patrimônio genético, que envolve a sua integridade e diversidade, é o fator que justifica a limitação das práticas neoeugênicas no âmbito reprodutivo.

Por fim, no eixo *Contribuições do Direito para a construção de um estatuto epistemológico da Bioética, **Vanessa Vieira Pessanha *brinda o leitor com o estudo PROTEÇÃO DAS GERAÇÕES FUTURAS: UM DIÁLOGO ENTRE A BIOÉTICA E A EDUCAÇÃO, no qual, após trazer dados historiais acerca da formação da Bioética, suas peculiaridades no contexto da América Latina (e, consequentemente, do Brasil), o fundamento jurídico do direito à educação, sua relevância para a sociedade, seu papel informador e formador, sustenta a íntima relação que deve ser estabelecida entre a educação e a cidadania para, ao final, identificar a Bioética como parte relevante para a formação ampla do cidadão e como a educação pode auxiliar na concretização da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em especial no que diz respeito à proteção das gerações futuras.

Convidamos o leitor a aproximar-se dos artigos ora apresentados, os quais foram agrupados em três eixos. O primeiro, denominamos *A bioética e o direito de morrer. *O segundo, *Novos temas em bioética e o terceiro Contribuições do Direito para a construção de um estatuto epistemológico da Bioética. * Esperamos que os temas e as abordagens suscitem o debate, e impulsionem a produção acadêmica nessa nova área do conhecimento.

Esperamos, também, que os pesquisadores aproveitem cada vez mais intensamente o espaço proporcionado pelo CONPEDI, para ampliar e qualificar a interlocução em temas de Bioética.

Coordenadoras do Grupo de Trabalho
Professora Doutora Mônica Neves Aguiar da Silva – UFBA
Professor Doutor Wilson Engelmann – UNISINOS
Professor Doutor José Sebastião de Oliveira – CESUMAR

ANOREXIA NERVOSA E DIREITO: POSSIBILIDADES DIALÓGICAS EM UM CONTEXTO DE RELEITURA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES

ANOREXIA NERVOSA AND LAW: DIALOGICAL POSSIBILITIES IN A CONTEXT OF THE DISABILITIES THEORY REREADING

Maria de Fátima Freire de Sá
Maíla Mello Campolina Pontes

RESUMO: O presente artigo aborda o universo da Anorexia Nervosa, transtorno alimentar em que a pessoa se recusa a manter um peso mínimo normal, receia adquirir peso e, normalmente, interpreta seu corpo e sua forma de maneira distorcida. O agravamento do quadro clínico pode ensejar a internação involuntária do paciente para reversão de seu estado desnutricional. Durante o período em que se faz impossível gerir pessoalmente todos os atos da vida civil, urgem-se reflexões jurídicas a fim de se questionar quais poderiam ser os instrumentos dogmáticos a auxiliar esse paciente. Se a patologia, em um caso específico, compromete o discernimento, impossibilitando a realização de alguns atos, a interdição judicial pode vir a ser necessária. Nessa circunstância, alguns apontamentos acerca dos limites da sentença de curatela carecem ser feitos, para que a medida não configure um recurso desarrazoado. Se a Anorexia Nervosa compromete o exercício da autoridade parental, faz-se igualmente necessário pensar em um modo de proteger a prole. A suspensão da autoridade parental é, pois, discutida a fim de se apontar quais os benefícios poderiam ser trazidos pelo instituto. O artigo, muito mais que buscar respostas, procura articular possibilidades entre a Anorexia Nervosa e o Direito, de modo a discutir prováveis situações que venham a se apresentar na vida de uma pessoa com tal distúrbio alimentar.

PALAVRAS-CHAVE: Anorexia Nervosa. Discernimento. Interdição judicial. Autoridade Parental.

ABSTRACT: This article discusses the universe of Anorexia Nervosa, an eating disorder in which the person refuses to maintain a minimally normal weight, concerns about gaining weight and, usually, interprets their body and shape in a distorted way. The worsening of the clinical condition may give rise to an involuntary patient hospitalization to reverse his undernourishment state. During the period in which it is impossible to personally manage all

acts of civil life, legal reflections need to be made in order to question which dogmatic instruments could be used to help this patient. If the pathology, in a particular case, effects the discernment, precluding the realization of some acts, the judicial interdiction may become necessary. In this circumstance, some notes about the limits of guardianship sentence need to be made so that the measure does not configure an unreasonable resource. If Anorexia Nervosa affects the exercise of parental authority, it is also necessary to think about a way to protect the offspring. The parental authority´s suspension is therefore discussed in order to point out which benefits could be brought by the institute. The article, rather than search for answers, aims to articulate possibilities between Anorexia Nervosa and Law, in order to discuss probable situations that can affect the person with this eating disorder´s life.

KEYWORDS: Anorexia Nervosa. Discernment. Judicial interdiction. Parental authority.

1 INTRODUÇÃO

Nas duas últimas duas décadas principalmente, a Anorexia Nervosa começou a ganhar, com mais frequência, os holofotes da mídia. A busca obsessiva pela beleza – e, nesse contexto, ser magro é imprescindível – pode não ser fator determinante no desencadeamento de transtornos alimentares, mas não deixou de incentivar uma série de comportamentos e contextos emocionais predisponentes que os tornaram cada vez mais comuns.

Além de se perceber um aumento epidemiológico, quando se é parte de um neonarcisismo cultural, o olhar é calibrado para registrar as mensagens projetadas pela imagem de um indivíduo. Assim, a partir do momento em que os corpos começaram a estampar excesso de adiposidade, oscilações de peso ou aspectos cadavéricos, a sociedade globalizada – em especial, a ocidental – viu-se diante de uma realidade assustadora. A possibilidade de ser portador de um transtorno mental, como acontece nos casos da Anorexia Nervosa e da Bulimia Nervosa, deixou de ser algo recôndito aos porões da loucura para se fazer presente no alcance do possível.

A Anorexia Nervosa é um transtorno mental marcado por comportamento obstinado e proposital direcionado a perder peso – oriundo da busca por um corpo magro ideal – acompanhado por uma falsa percepção da imagem corporal e alterações hormonais devidas à desnutrição. A lipofobia e distorção da autoimagem são fatores mantenedores da patologia, o que faz com que o paciente refute a terapêutica necessária – que implica ganho de peso.

Por se tratar de transtorno mental com alto índice de recusa ao tratamento, a internação involuntária é medida que poderá ser empregada. Diante de tal circunstância, é impossível não trasladar a problematização para o universo jurídico, a fim de perquirir quais institutos existentes no ordenamento poderiam ser invocados para auxiliar o paciente que se encontra impossibilitado de gerir pessoalmente todos os atos da vida civil.

A questão se revela ainda mais complexa ao se trabalhar com a possibilidade de turvação do discernimento, de maneira tal que, por conta do conjunto sintomático típico da Anorexia Nervosa, o paciente tenha sua capacidade decisória comprometida em determinados aspectos pontuais, inclusive, de ordem existencial, como aqueles concernentes à tomada de decisões sanitárias autorreferentes ou ao exercício da autoridade parental, em aspectos ligados à nutrição de sua prole.

Em tais circunstâncias, institutos como a interdição judicial ou a suspensão da autoridade parental poderiam ser identificados como instrumentais dogmáticos a serem manuseados. Contudo, quais os cuidados devem ser empregados, em âmbito procedimental, ao se trabalhar com essas possibilidades? Como se daria a delimitação da incapacidade, e de que maneira o instituto da interdição poderia se consubstanciar em medida de tutela, ao invés de representar um recurso desarrazoado?

A decisão de abordar a Anorexia Nervosa nasceu exatamente desse "oco", da inexistência de escritos que problematizassem juridicamente questões passíveis de serem encontradas na realidade de um portador de tal distúrbio da alimentação. Se, por um lado, as discussões, até então, semeadas gravitaram em torno do eixo sanitário – ora revolvendo hipóteses etiológicas, ora enfeixando os principais aspectos sintomáticos e tipos de tratamento – por outro, a realidade não deixou de cobrar do Direito o balbuciar de respostas – que se descobrem mudas face ao ineditismo dos questionamentos – para os reflexos jurídicos advindos das consequências trazidas por esse diagnóstico. É com o intuito de dar voz a algumas dessas interrogações que as próximas linhas foram tecidas.

2 ANOREXIA NERVOSA: REVISÃO DOS PRINCIPAIS ASPECTOS CLÍNICOS E TERAPÊUTICOS

No estudo das síndromes psicopatológicas, a Anorexia Nervosa é conceituada como um transtorno alimentar, marcado por comportamento obstinado e proposital direcionado a perder peso – oriundo da busca por um corpo magro ideal – acompanhado por uma falsa percepção da imagem corporal e alterações hormonais devidas à desnutrição (amenorreia ou

ciclos menstruais irregulares, hipogonadismo hipotalâmico, retardo no desenvolvimento da puberdade e redução do interesse sexual). (SADOCK; SADOCK, 2007; SALZANO; ARATANGY; AZEVEDO; PISCIOLARO; MACIEL; CORDÁS, 2011).

Na revisão de texto da quarta edição do *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais* (DSM-IV-TR), a Anorexia Nervosa é definida como um transtorno em que as pessoas se recusam a manter um peso mínimo normal, receiam aumentar de peso e, normalmente, interpretam seu corpo e sua forma de maneira equivocada. (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2002).

A décima revisão da *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde* (CID-10), por sua vez, descreve a Anorexia Nervosa como a perda de peso deliberada, grave, causada pelo paciente, cujas causas permanecem desconhecidas, embora, aparentemente, uma confluência de fatores socioculturais e biológicos contribua para o transtorno quando incidente junto a uma personalidade vulnerável e a outros processos psicológicos. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 1998).

A idade na qual regularmente se observa o início do quadro, de acordo com o DSM-IV-TR (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2002), está compreendida entre os 14 e 18 anos, e sua manifestação se dá de 10 a 20 vezes mais em mulheres do que em homens. (MATARAZZO, 1995; SADOCK; SADOCK, 2007). No tocante ao diagnóstico, o DSM-IV-TR lista como os critérios a serem observados:

> a) recusa em manter o peso corporal em um nível igual ou acima do mínimo normal adequado à idade e à altura (p. ex., perda de peso levando à manutenção do peso corporal abaixo de 85% do esperado; ou incapacidade de atingir o peso esperado durante o período de crescimento, levando a um peso corporal menor que 85% do esperado); b) medo intenso de ganhar peso ou de engordar, mesmo estando com peso abaixo do normal; c) perturbação no modo de vivenciar o peso ou a forma do corpo, influência indevida do peso ou da forma do corpo sobre a autoavaliação, ou negação do baixo peso corporal atual; d) nas mulheres pós-menarca, amenorreia, isto é, ausência de pelo menos três ciclos menstruais consecutivos (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2002, p. 560).

Do ponto de vista comportamental, observa-se que a totalidade dos pacientes com Anorexia Nervosa nutre um medo intenso de ganhar peso e engordar, razão que contribui para a falta de interesse ou mesmo resistência em aderir ao tratamento. (SADOCK; SADOCK, 2007). As ações que visam à perda de peso são realizadas em segredo. Os pacientes refutam situações nas quais precisam se alimentar junto a pessoas conhecidas ou em público. Atitudes como as de se livrarem dos alimentos colocados no prato, cortá-los em pedaços muito pequenos e rearranjá-los no decorrer das refeições durante a maior parte do tempo são

características recorrentes junto aos portadores desse tipo de distúrbio alimentar. Alguns, por não conseguirem controlar de forma contínua a restrição alimentar autoimposta, têm episódios de comer compulsivo, seguidos de atos de purgação, como, por exemplo, indução de vômitos, abuso de laxantes e diuréticos. Exercícios físicos intensos e ritualísticos, também, são observados com frequência em anoréxicos. (SADOCK; SADOCK, 2007).

Comportamento obsessivo-compulsivo, depressão e ansiedade são outros sintomas psiquiátricos vislumbrados na literatura específica. (SADOCK; SADOCK, 2007).

O DSM-IV-TR distingue dois subtipos de Anorexia Nervosa, baseados na presença ou ausência de sintomas bulímicos associados: o tipo compulsão periódica/purgativo e o tipo restritivo (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2002).

Pacientes que apresentam episódios de compulsão alimentar ou utilizam métodos de purgação como, por exemplo, vômito induzido e abuso de laxantes e diuréticos, subsumem-se ao subtipo purgativo. A literatura especializada aponta maiores índices de suicídio por parte desses pacientes, bem como a possibilidade de apresentarem complicações médicas mais graves, decorrentes dos comportamentos purgativos, associados ao baixo peso. (SADOCK; SADOCK, 2007; SALZANO; ARATANGY; AZEVEDO; PISCIOLARO; MACIEL; CORDÁS, 2011). Já os pacientes com o subtipo restritivo limitam sua seleção de alimentos, ingerem quantidades baixíssimas de calorias e, frequentemente, apresentam traços obsessivo-compulsivos em relação à alimentação e a outros temas. (SADOCK; SADOCK, 2007).

O processo de recuperação de um anoréxico pode demandar anos de tratamento, inclusive, porque existe um índice considerável de readmissão de pacientes após a primeira hospitalização. Além de a Anorexia Nervosa possuir uma taxa de mortalidade extremamente alta se comparada a qualquer outro diagnóstico psiquiátrico – estimada em 20% dos casos (BAGGIO, 2011) – com relação ao curso do tratamento dos transtornos alimentares em geral, apenas 50% dos pacientes, aproximadamente, evoluem para uma recuperação total; 20% deles permanecem com sintomas residuais e 30% apresentam um curso crônico independente do tratamento utilizado. (APPOLINÁRIO; MOYA, 2006).

O tipo de tratamento de um paciente anoréxico, certamente, variará de acordo com a gravidade e cronicidade da parte clínica e comportamental e pode ser sob o regime de internação, hospital dia ou ambulatorial.

A restauração do peso não implica cura da doença, e o ganho ponderal forçado, sem suporte psicológico, é contraindicado. A técnica efetiva, provavelmente, envolverá mudanças nas crenças equivocadas do paciente, bem como o auxiliará a ter percepções e interpretações mais adequadas sobre dieta, nutrição e relação entre inanição e sintomas físicos.

Os pacientes que precisam ser submetidos à hospitalização são os mais sintomáticos, seja em decorrência dos próprios sintomas ligados à Anorexia Nervosa, seja pelo aparecimento de graves complicações médicas ou psiquiátricas.

Não existe consenso quanto à duração da hospitalização. De modo geral, o tempo médio de internação pode variar de 8 a 16 semanas. O tempo de permanência costuma ser dividido em duas etapas predefinidas. Na primeira, o intuito central é reverter as complicações médicas e o baixo peso corporal. Na segunda, o objetivo é corrigir os hábitos alimentares incorretos, os pensamentos equivocados e as práticas consideradas anômalas. (NUNES; ÁVILA, 2006).

Os pacientes que são hospitalizados pela primeira vez, em função da negação dos sintomas, dificilmente aceitam estar sob controle da equipe multidisciplinar. Normalmente, a hospitalização não é aceita de livre e espontânea vontade, devendo ser esclarecido ao anoréxico que, com a cronificação dos sintomas, a dificuldade para se alimentar e para avaliar adequadamente a própria vida é intensificada. Mesmo os pacientes que já foram hospitalizados em outra oportunidade podem viver experiências negativas diante de uma segunda internação.

A total falta de concordância de um anoréxico crônico em aderir ao tratamento pode, de acordo com o quadro clínico apresentado, resultar em sua hospitalização involuntária. A medida é legitimada pelo conceito médico de incompetência que, naquela situação pontual, atuará como instrumento indicador da falta de discernimento do paciente sobre sua situação clínica e de sua conseguinte inabilidade para se autodeterminar.

Todavia, conforme salientado, pode ser que o processo de hospitalização seja delongado ou mesmo se torne um recurso reincidente na realidade de um anoréxico. Nessa circunstância, quais institutos jurídicos poderiam ser manuseados para auxiliar a gestão dos atos da vida civil de um indivíduo impossibilitado de fazê-lo pessoalmente?

A fim de traduzir as informações médicas ora apresentadas para as consequências jurídicas que delas poderiam advir, imperioso que se verta à analise dos próximos tópicos e, conseguintemente, às considerações que serão erigidas diante dos institutos invocados.

3 APARATO DOGMÁTICO A LEGITIMAR A ATUAÇÃO EM NOME DE OUTREM: A GESTÃO DE NEGÓCIOS

Primeiramente, há de se esclarecer que, na maioria dos casos, a Anorexia Nervosa se manifesta, pela primeira vez, durante o período da adolescência do paciente. Por ser menor de

idade e, conseguintemente, incapaz para os atos da vida civil, certamente, as eventuais situações que se lhe apresentem e careçam ser solucionadas hão de ser administradas pelos pais no exercício da autoridade parental.

No caso de pacientes plenamente capazes, que se vejam impedidos de gerir pessoalmente os atos de sua vida civil – seja por estarem hospitalizados ou mesmo em tratamento ambulatorial – no tocante à esfera patrimonial, o ordenamento apresenta instrumental dogmático que viabiliza a operacionalização de determinadas atividades. Trata-se da gestão de negócios.

O instituto, no Código Beviláqua, encontrava-se previsto no Capítulo VIII do Título "Das Várias Espécies de Contrato". Regulavam-no os artigos 1.331 a 1.345. No Código Civil de 2002, passou a se localizar dentre os "Atos Unilaterais", disciplinados no Título VII do Livro "Do Direito das Obrigações". Agora, pois, regulamentam a gestão de negócios os artigos 861 a 875.

No que tange à sua conceituação, pode-se concluir ser a gestão de negócios a "prática unilateral de atos lícitos, por parte do gestor, tendentes à manutenção de interesses alheios, exigidos pelo caso concreto, à qual é atribuída legalidade e pela qual se apuram, a *posteriori*, benefícios e prejuízos". (SUMEIRA, 2005, p. 277). Possui, por pressupostos objetivos, a falta de outorga de poderes – a inexistência de relação jurídica contratual ou legal entre gestor e gerido – e a gestão a assuntos alheios e, por pressupostos subjetivos, o *animus negotia aliena gerendi* – a vontade do gestor de gerir interesses de outrem.

Na gestão de negócios, o gestor envida esforços na manutenção de assunto alheio, valendo-se, segundo as circunstâncias do caso, das medidas possíveis que, presumivelmente, seriam referendadas pelo dono do negócio. (SUMEIRA, 2005).

Desse modo, situações simples e rotineiras no âmbito patrimonial, que compõem a mecânica da vida de cada um, poderiam ser solucionadas sem maiores dificuldades.

Contudo, como proceder quando o tratamento se estende por longo período de tempo? Como solucionar situações de cunho existencial que, por ventura, apresentem-se como carecedoras de atenção?

A gestão de negócios não consegue abarcar todos os tipos de transações patrimoniais que podem se afigurar necessárias na rotina de um paciente anoréxico que se encontre impedido de gerir pessoalmente seus interesses. Além do mais, problemas outros podem se materializar fora da esfera patrimonial, de modo que o instituto mencionado não possa solucioná-los.

No filme *Malos Habitos*, do diretor mexicano Simón Bross, ano 2007, é retratada a história de uma anoréxica que, no exercício da autoridade parental, acaba por direcionar à sua filha diversos comportamentos absurdos, com o objetivo de promover o emagrecimento da criança, que se encontra prestes a realizar a primeira comunhão e está com sobrepeso.

Apesar de uma obra de ficção, a ilustração proporciona questionamentos que poderiam desembocar junto à vida real. Afinal, será que um paciente anoréxico não poderia enfrentar dificuldades, por exemplo, no exercício da autoridade parental quando se fizesse necessário decidir sobre aspectos nutricionais da saúde da criança? Será que a situação narrada no filme estaria tão distante de ser reproduzida na vida real? Um anoréxico conseguiria sempre traçar uma linha divisória entre a sua relação para com o próprio corpo e as circunstâncias de cunho dietético daqueles que o cercam? Em se admitindo esse tipo de situação ou qualquer outra que lhe tocasse a órbita existencial, qual seria o instrumento jurídico adequado para prestar-lhe auxílio? A interdição judicial seria justificável? Em caso afirmativo, quais os limites da sentença de curatela? Não se trabalhando com a interdição, poder-se-ia pensar na hipótese de suspensão da autoridade parental?

A justificativa e a conveniência em se manusear algum dentre os institutos supracitados serão desenvolvidas nos tópicos seguintes.

4 INTERDIÇÃO JUDICIAL: MEDIDA RAZOÁVEL?

É importante ressaltar que não é a mera presença de algum transtorno psiquiátrico que justifica o procedimento de interdição judicial. Por óbvio, há inúmeras pessoas possuidoras de algum tipo de transtorno do humor – como bipolaridade ou depressão – ou de algum transtorno de ansiedade – como o transtorno obsessivo-compulsivo ou o transtorno de pânico – que, nem por isso, foram ou serão interditadas. Todas elas, grosso modo, possuem um transtorno mental, o que não significa que estejam inaptas para a prática dos atos da vida civil.

O mesmo raciocínio é válido para a Anorexia Nervosa. A presença da patologia pode se expressar de inúmeras maneiras, sendo, inclusive, possível o diagnóstico de comorbidades que irão influenciar no modo como o paciente receberá o tratamento.

Todavia, é importante salientar, reiteradas vezes, que o paciente anoréxico, além de tender a enxergar a autoimagem distorcidamente, tem comportamento lipofóbico, ou seja, possui verdadeiro pânico de ganhar peso. Conforme já explorado, esses são sintomas peculiares à patologia.

O caso a ser considerado, portanto, refere-se, justamente, ao paciente que não aceita sua condição e se furta ao tratamento, persistindo junto a um conjunto sintomático que pode comprometer a consecução de inúmeros atos de sua vida civil.

Quando se aborda o instituto da interdição, está-se a considerar pacientes que, mesmo após receberem o primeiro tratamento, reincidem nos sintomas por voltarem a praticar os hábitos típicos da patologia. Como ficaria, então, sua vida se não pudesse regê-la pessoalmente por um período duradouro? Inúmeras situações de cunho patrimonial poderiam se delinear sem que fosse possível administrá-las por intermédio da gestão de negócios. Exigir que um indivíduo, em tratamento, possua sempre condições de firmar uma procuração a fim de que terceiro aja em seu nome é um tanto improvável.

Existem, também, aspectos que fogem à esfera patrimonial. Como esperar que um anoréxico, ao longo de um tratamento extenso, tome as decisões necessárias para a melhora de seu quadro clínico?

Foi trazido, em linhas anteriores, o exemplo do filme *Malos Habitos*. Apesar de ser uma obra de ficção, a ilustração que ele projeta não é intangível. Uma mãe que apresenta Anorexia Nervosa verte inúmeros maus tratos à sua filha, uma criança que está acima do peso e não consegue, simplesmente, caber na roupa de primeira comunhão. O fato de a criança não corresponder ao padrão estético que a mãe julga adequado coloca sua saúde em risco, pois medidas desarrazoadas são efetivadas para que ela consiga atingir o peso esperado.

Desse modo, se esse tópico visa a discutir a possibilidade de interdição de um paciente anoréxico, de que modo o instituto deveria ser trabalhado? Em decorrência do manuseio incorreto da interdição judicial que, por tantas vezes, ao invés de recair sobre limitações pontuais, acaba por banir o indivíduo da própria existência, existe uma forte carga de preconceito que acompanha a discussão do tema. Ao se falar em interdição judicial, volta à superfície do imaginário popular a figura do louco que, enclausurado dentro da própria alienação, seria incapaz de manifestar qualquer traço de pessoalidade no decorrer de sua vida.

No entanto, do ponto de vista instrumental, não há problema algum com o instituto. A pecha que o acompanha se deve mais aos profissionais que participam de sua aplicação que ao aparato normativo que o disciplina.

A fim de se introduzir os principais aspectos que deverão ser discutidos, há de se analisar, antes de tudo, se existiria possibilidade de interdição diante das categorias que estão incrustadas nos artigos do Código Civil de 2002 que disciplinam o regime das incapacidades.

4.1 Previsão legal: a Anorexia Nervosa e as categorias abstratas de incapacidade

Neste subtópico será discutido o rol do artigo 4° que versa sobre os relativamente incapazes para os atos da vida civil, pois, tendo por base o quadro clínico da Anorexia Nervosa e os casos de comorbidades mais frequentes que o acompanham, não se visualiza, a princípio, justificativa para uma interdição por incapacidade absoluta. Desse modo, opta-se, neste ponto, por dedicar a argumentação à possibilidade de interdição por incapacidade relativa.

Isso posto, verificando o conteúdo do artigo 4° do Código Civil, percebe-se que o inciso II[1] menciona os "ébrios habituais", os "viciados em tóxicos" e os "indivíduos com deficiência mental", que possuam o discernimento reduzido. Tomando o estudo das nomenclaturas trazidas por esse dispositivo normativo feito por Taborda; Abdalla-Filho; Moraes e Mecler (2012) como referência, depreende-se que, dentre as enfermidades mentais, pela eleição inadequada das terminologias feita pelo legislador, somente aquelas relacionadas ao capítulo das dependências químicas – seja por substância lícita (álcool) ou ilícita (drogas) – foram contempladas[2]. Se tivessem sido empregadas as expressões "enfermidade mental ou deficiência mental", como se procedeu no artigo 3°, do ponto de vista técnico, o legislador teria abarcado todos os transtornos mentais existentes, à exceção dos transtornos de personalidade.

Como a Anorexia Nervosa é um transtorno mental, em tese, não contido dentro das possibilidades de interdição por incapacidade relativa previstas no artigo 4°, ao se qualificar a relação legal como taxativa – impondo-se interpretação restritiva consequentemente – poder-se-ia ter por impossível a interdição judicial de um indivíduo com esse quadro clínico.

Contudo, conforme observação feita por Almeida e Rodrigues Júnior (2012), considerando o fundamento da curatela, tem-se por mais razoável interpretar as categorias ilustradas no atual Código Civil como sendo exemplificativas. Pelo fato de a curatela ser uma medida de resguardo do maior, toda vez que ela se mostrar recomendável – diante de uma

[1] Os demais incisos tratam se situações que não se adequariam à possível interdição do indivíduo anoréxico. O inciso I traz um critério etário, diante do qual são relativamente incapazes os maiores de 16 anos e os menores de 18. O inciso III traz a figura do excepcional, sem desenvolvimento mental completo, e o inciso IV, a do pródigo, de modo que, a priori, já se possam excluir tais categorias da argumentação a que se pretende, porquanto ainda mais distantes da temática.

[2] O legislador, também, cita os que "por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido". Entretanto, não seria o caso de um indivíduo com Anorexia Nervosa, que se afigura um transtorno mental. Almeida e Rodrigues Júnior explicam que: "deficiência mental é designação utilizada somente para as hipóteses nas quais seja a anomalia proveniente de causa orgânica. Doença mental, por sua vez, reserva-se, contemporaneamente, aos casos em que se identifique um distúrbio de compreensão da realidade, um comprometimento de personalidade do sujeito, não derivado de razão fisiológica". (2012, p. 503).

situação de debilidade psíquica do indivíduo, de caráter permanente e geradora de redução do discernimento – deve ser decretada.

Os autores supramencionados não defendem a prática incondicional da interdição com o posicionamento esboçado e explanam que:

> Insistir numa leitura abreviada do elenco normativo é deixar ao ordenamento jurídico uma função que ele é incapaz de cumprir, qual seja acompanhar as alterações sociais. Numa atualidade que dá sinais cotidianos do advento de novos males mentais, é preciso aceitar que a exigência da curatela pode ser ampliada em superação aos casos que já são conhecidos e relacionados em lei. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 502).

Contrariamente ao pensamento transcrito acima, está a interpretação de Farias e Rosenvald, para quem:

> Não é demais sublinhar que as hipóteses de incapacidades contempladas em lei devem ser encaradas taxativamente (*numerus clausus*), não se podendo elastecer para alcançar casos não previstos expressamente. (2012, p. 1001).

Apesar de a última opinião esboçada pertencer a profissionais admiráveis, o posicionamento aqui defendido é dissonante. Ficar adstrito a uma categoria legal que, pelas deficiências terminológicas já apontadas, pode não refletir uma situação prática de incapacidade, esvaziaria a razão de existir do instituto da curatela, privando-o de cumprir com a função à qual se destina.

4.2 O procedimento especial da ação de interdição: introdução

A interdição é um procedimento judicial de jurisdição voluntária, por intermédio do qual se investiga e se declara se o maior é ou não incapaz de gerir pessoalmente os atos da vida civil. Constatada a incapacidade, é nomeado um curador que representará ou assistirá o incapaz nos atos que restarem especificados na sentença de curatela.

Os legitimados para propor a ação de interdição estão elencados no artigo 1.768 do Código Civil de 2002 e no artigo 1.177 do Código de Processo Civil. São eles: os pais ou tutores, o cônjuge ou qualquer parente[3] e o Ministério Público. Apesar de a lei se omitir, a

[3] Consideram-se parentes, além dos descendentes e ascendentes, os colaterais até o quarto grau. Farias e Rosenvald entendem pela possibilidade de um parente por afinidade integrar o rol dos legitimados para ajuizar ação de interdição. (2012, p. 1005).

partir de uma interpretação constitucional, alguns doutrinadores[4] entendem pela possibilidade de o companheiro requerer a interdição.

Dentre os familiares e o tutor, não há qualquer ordem preferencial que careça ser observada, nem litisconsórcio necessário a ser composto. Qualquer um deles, em conjunto ou separadamente, pode ajuizar a ação.

O Ministério Público tem legitimidade subsidiária diante da omissão ou incapacidade de alguma dessas pessoas. Na hipótese de o adulto ser portador de doença mental grave, o órgão ministerial pode formular o pedido judicial independentemente da inércia dos demais legitimados, conforme se depreende do artigo 1.769 do Código Civil e do artigo 1.178 do Código de Processo Civil.

Uma vez proposta ação de interdição por qualquer dos legitimados, existe a necessidade de indicação de um defensor dativo ao suposto incapaz, caso ele não esteja apto a fazer sua própria nomeação.

Recebida a petição inicial, o juiz designa audiência para interrogar o interditando, com o propósito de verificar, pessoalmente, as suas condições de higidez mental. No intuito de alcançar a melhor eficiência no procedimento – leia-se "eficiência" como correta interpretação dos limites da incapacidade do interditando – na audiência para interrogatório do interditando, o magistrado precisa possuir sensibilidade para perquirir os pontos, de fato, norteadores à formação de sua convicção.

Findado o interrogatório, a partir do primeiro dia útil que lhe for subsequente, inicia-se o prazo de cinco dias para a impugnação do pedido de interdição pelo interditando. Após a defesa, é exigida a realização de perícia obrigatória, sob pena de nulidade do procedimento. A perícia é de fundamental importância, pois é, por meio do exame de avaliação da capacidade civil, que se pode traçar o grau de comprometimento do discernimento do interditando e para quais atos ele carecerá ser assistido. É facultada aos interessados (ao próprio interditando e ao requerente) a indicação de assistente técnico para acompanhar o exame pericial, bem como a apresentação de quesitos, conforme dispõe o artigo 421, § 1°, I e II, do Código de Processo Civil.

4.2.1 *O exame pericial: algumas observações*

[4] Farias e Rosenvald (2012) e Almeida e Rodrigues Júnior (2012).

Em um exame pericial psiquiátrico para avaliação da capacidade civil, que deverá ser realizado, exclusivamente, por um psiquiatra forense (TABORDA; ABDALLA-FILHO; MORAES; MECLER, 2012, p. 214), verifica-se o grau de comprometimento do discernimento do interditando. Alguns esclarecimentos da prática clínica devem ser salientados:

> [...] a avaliação do discernimento deve se centrar nos elementos do exame do estado mental que melhor apreciem a *cognição* e a integridade do *teste de realidade* do indivíduo. Por meio da investigação da memória, da atenção, da consciência, da orientação e da inteligência, pode-se aferir a vinculação do sujeito com o mundo circundante e a capacidade abstrata de refletir sobre os dados da realidade. Examinando-se a sensopercepção e o pensamento, principalmente buscando verificar a presença de alucinações e delírios, se terá uma ideia objetiva do teste de realidade e do juízo crítico, se íntegros ou prejudicados. (TABORDA; ABDALLA-FILHO; MORAES; MECLER, 2012, p. 218).

Aliado aos pontos transcritos acima, outro aspecto de relevância na avaliação do discernimento reside na investigação da função humor[5]/afeto[6], porquanto uma alteração afetiva pode interferir na cognição. Não basta, simplesmente, investigar a integridade do teste de realidade daquele indivíduo sujeito ao exame, pois realidades externas absolutamente idênticas serão diferentemente apreendidas diante de um quadro de depressão ou mania por exemplo. (TABORDA; ABDALLA-FILHO; MORAES; MECLER, 2012).

O espectro de perguntas feitas pelo examinador, durante a entrevista psiquiátrica, é amplo. São perguntadas desde questões básicas até as mais complexas, em temáticas variadas que abranjam situações de natureza patrimonial e, também, existencial. Elas indicarão, ao final, se o discernimento está preservado ou prejudicado e, na última hipótese, em que grau e para quê.

No caso da Anorexia Nervosa, presume-se que há de ser explorado o impacto da questão nutricional na vida do interditando e na de sua prole, caso haja. É preciso verificar a percepção da realidade por parte desse indivíduo, com especial atenção para a sua capacidade

[5] O humor é definido como uma emoção ampla e prolongada que colore a percepção que se tem do mundo. O psiquiatra analisa se há espontaneidade por parte do paciente para falar sobre seus sentimentos ou se ele precisa ser questionado sobre o assunto. As afirmações sobre o humor, do ponto de vista clínico, incluem profundidade, intensidade, duração e flutuações. Os adjetivos empregados são geralmente: depressivo, desesperado, irritado, ansioso, bravo, expansivo, eufórico, vazio, culpado, desesperançado, fútil, autodestrutivo, assustado e perplexo. (SADOCK; SADOCK, 2008).

[6] Trata-se da resposta emocional atual do paciente, inferida a partir de sua expressão facial, incluindo a quantidade e a variedade de comportamentos expressivos. O afeto pode ou não ser consonante ao humor e recebe descrições como: normal, constrito, embotado ou plano, a depender da aparente profundidade da emoção, aferível pela variação na expressão facial, no tom de voz, no uso das mãos e nos movimentos corporais. Depressivo, orgulhoso, irritado, temeroso, ansioso, culpado, eufórico e expansivo são termos utilizados para designar humores particulares. O afeto pode ser classificado como adequado ou inadequado, se congruente ou não ao que se está dizendo. (SADOCK; SADOCK, 2008).

decisória em assuntos dietéticos e que digam respeito a seu quadro clínico, bem como se há reflexo dos sintomas no exercício da autoridade parental; se a lipofobia e a obcessão com a comida é repassada aos filhos menores, interferindo na dinâmica de suas vidas.

Na literatura médica, o discernimento é apontado como a capacidade do paciente para entender o resultado provável de seu comportamento e se ele é influenciado por esse entendimento. (SADOCK; SADOCK, 2008).

Outro conceito que, também, pode aparecer na dinâmica do exame clínico do paciente psiquiátrico é o de *insight*, definido como o grau de consciência e entendimento atinente ao fato de estar doente. O paciente pode negar totalmente sua condição, como apresentar certo nível de consciência acerca da doença, porém, atribuindo-a a pessoas, fatores externos ou mesmo orgânicos. Outra possibilidade é admiti-la e justificá-la em uma causa desconhecida ou misteriosa. (SADOCK; SADOCK, 2008).

Existe uma relação de seis níveis de *insight*: negação completa da doença; leve consciência sobre a patologia e a necessidade de ajuda, porém, com negação; consciência da doença, contudo, culpando outras pessoas, fatores externos ou orgânicos; consciência de que a doença se deve a algo desconhecido; *insight* intelectual – reconhecimento da doença e de que os sintomas ou a incapacidade de adaptação social advêm dos próprios sentimentos irracionais ou perturbações, não havendo, entretanto, a aplicação desse conhecimento para alteração de experiências futuras; *insight* emocional verdadeiro: existe a consciência acerca dos motivos e sentimentos profundos e esse conhecimento propicia mudança na personalidade ou em padrões de comportamento. (SADOCK; SADOCK, 2008).

Ao final, o relatório médico-legal, denominado laudo, quando escrito pelo próprio especialista, ou parecer, quando elaborado por assistente técnico, trará o registro escrito e fiel de todos os elementos de interesse médico-legal observados pelo perito, no qual estarão, igualmente, registrados seus comentários, suas conclusões e as respostas dos quesitos, se estes tiverem sido formulados. (TABORDA, 2012).

No tocante ao diagnóstico, chama-se a atenção para a necessidade de ele ser objetivo e, não, inferencial. Nesse sentido, Taborda explica que:

> Se, por exemplo, um perito afirmar que alguém está psicótico, precisa provar em que consiste a quebra do juízo de realidade, quais delírios ou alucinações se fazem presentes. A simples afirmativa de que determinada pessoa estaria "regredida a um nível psicótico de funcionamento" ou de que apresentaria "ansiedades psicóticas" seria insuficiente para esse diagnóstico, posto que não está claro em que consiste um "nível psicótico de funcionamento" ou uma "ansiedade psicótica". Esse tipo de assertiva é resquício de prática psiquiátrica fortemente baseada nos pressupostos da

> psicanálise, os quais devem ser evitados com rigor no contexto judiciário pela impossibilidade de serem sustentados de forma concreta. (2012, p. 80).

Hoje, existem dois grandes sistemas diagnósticos: o proposto pela *American Psychiatric Association* (APA), denominado *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*, atualmente, em sua 4ª edição revisada, DSM-IV-TR; e o patrocinado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) – *Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10*, conhecido como CID-10.

No Brasil, oficialmente, adota-se o critério CID-10, embora alguns profissionais demonstrem preferência pelo DSM-IV-TR, pelo fato de este propiciar um diagnóstico mais objetivo e elucidativo, que seria mais adequado à realidade forense. Para Taborda (2012), quando a formulação do diagnóstico não estiver clara e direta, principalmente, tendo-se em vista um procedimento de interdição judicial, recomenda-se que o médico, além do livro azul, que versa sobre as "Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas", valha-se, também, do livro verde, sobre os "Critérios diagnósticos para pesquisa", a fim de verificar se os critérios diagnósticos, ali explicitados, estão preenchidos de modo efetivo[7]. Essa providência visa a aumentar o grau de objetividade do diagnóstico, uma vez que o livro verde, por ser destinado essencialmente à pesquisa, está imbuído nessa característica.

Taborda elucida que:

> [...] o diagnóstico psiquiátrico deve ser um processo fundamentalmente objetivo, lógico, com base em sinais e sintomas claramente perceptíveis, passível de ser entendido e criticado pelo leigo, em vez de dotado de características fantasiosas, mágicas, pelas quais apenas poderia ser formulado por pessoas que entendessem os mistérios da mente e os fenômenos inconscientes. (2012, p. 81).

Findado o exame, é imperioso que o laudo seja detalhado, especificando, além do diagnóstico e das razões que o alicerçam, a extensão da incapacidade do interditando e para quais tipos de atos seu discernimento está comprometido.

Nessa etapa do procedimento, talvez, fosse perquirida a função da inspeção judicial[8], já que o instrumento que irá especificar a extensão da incapacidade do interditando é o laudo médico. Ocorre que o laudo é um dentre os meios de prova contidos nos autos. A inspeção judicial possibilita que o juízo esteja em contato com a realidade que irá julgar, cotejando, inclusive, o resultado trazido pelo laudo e aquele que se lhe apresenta.

[7] O CID-10 é apresentado em duas versões: as Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas (livro azul) e os Critérios diagnósticos para pesquisa (livro verde).

[8] Artigo 1.771 do Código Civil de 2002: "Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade".

Por mais que o magistrado não esteja investido de conhecimentos técnicos para realizar um exame psiquiátrico no interditando, ele pode verificar pessoalmente o peso daquela prova processual na formação de sua convicção. Pelo fato de não existir vinculação ao exame médico e por ser possível que o juiz decida com base em outros elementos de prova, é que se faz imprescindível sua participação interessada no procedimento. Ainda que, após a realização da perícia e ouvido o Ministério Público, o juiz acredite que o manancial probatório não se lhe apresenta suficiente, poderá colher o depoimento de testemunhas para melhor fundamentar sua convicção. (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Não é inútil, portanto, a norma do artigo 1.771 do Código Civil de 2002. Afinal, o que está sob julgamento não é o comprometimento psíquico que acomete o interditando, mas a "prejudicialidade reflexa deste na celebração autônoma de atos jurídicos". (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 510). Por mais que a Medicina seja a responsável por decifrar o grau de comprometimento do discernimento, quem decide sobre a incapacidade civil é o juízo e qualquer aproximação entre ele e a realidade sobre a qual sentenciará reforça a legitimidade do provimento final.

4.3 A importância dos limites da sentença de curatela

Apresentado o laudo pericial e após inspeção judicial, será designada audiência de instrução e julgamento, em consonância com o artigo 1.183 do Código de Processo Civil.

A sentença, na ação de interdição, deve precisar a existência ou a inexistência de incapacidade civil no interditando. Uma vez que declare a incapacidade, cabe ao juiz especificar a sua medida e promover a indicação de um curador com competência a tanto proporcional. É necessário que se especifique tratar-se de curatela total ou parcial e, neste último caso, os atos para os quais a presença do curador é elementar e aqueles para os quais ela é dispensável precisam estar relacionados. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012). A limitação da sentença de curatela é imprescindível para a preservação das habilidades do interditado.

Cada situação fática trará os contornos dos limites da sentença de curatela. Se, em determinado caso, a limitação do interditado se circunscreve à tomada de decisões relativas a seu quadro clínico, que a incapacidade se situe somente sobre esse ponto, não o impedindo de gerir pessoalmente os demais atos para os quais se encontre apto. Se a realidade do indivíduo traz, também, o impedimento de decidir sobre questões sanitárias, no âmbito nutricional, de sua prole, que essa limitação esteja especificada na sentença de curatela. Pode ser, ainda, que

se visualize um caso de comorbidade e, pelo grau de comprometimento do discernimento do interditado, seja necessário que a curatela recaia sobre outros atos que não se relacionem, apenas, ao aspecto dietético de seu quadro clínico. Para todas as situações, o que se faz inafastável é que a limitação da sentença de curatela esteja bem realizada, e que os atos para os quais será, ou não, necessária a assistência do curador estejam discriminados.

Posteriormente, caso o interditado se encontre recuperado de seu quadro clínico ou em tratamento para administrar os sintomas, sem que estes venham a representar algum perigo à sua saúde, poderá, por intermédio de uma ação para levantamento da interdição, recuperar a plena capacidade jurídica. Nessa ocasião, será efetuada nova perícia médica obrigatória, com o propósito de aferir se houve a cessação da causa incapacitante.

Acerca da possibilidade de que eventuais situações existenciais, quando da limitação da sentença de curatela, integrem os atos alcançados pela incapacidade do interditando, alguns esclarecimentos devem ser feitos. Afinal, como o exercício de direitos fundamentais e de personalidade (caso de decisões relativas à saúde do anoréxico, por exemplo) poderia ser efetivado por um assistente legal? Por se tratarem de direitos personalíssimos, a delegação para que terceiro os exercesse seria inviável. Logo, poder-se-ia concluir que a incapacidade de fato, ligada a questões existenciais, redundaria em incapacidade de direito, resultando na implosão da lógica da construção teórica da personalidade jurídica.

Acontece que a autonomia desse paciente pode ser assegurada por outras vias. Para se trabalhar com a curatela, está-se diante de um indivíduo maior que já viveu um tempo de vida. Nesse transcurso temporal, ele erigiu uma construção biográfica, imprimiu visões de mundo e concepções de vida junto àqueles que o rodeiam. Uma vez alcançado por uma incapacidade relativa, como, provavelmente, aconteceria, caso se trabalhe com a interdição de um paciente anoréxico, sua autonomia haveria de ser reconstruída diante de cada decisão, inclusive, nas existenciais.

Os referenciais criados e nutridos por esse indivíduo ao longo de sua vida hão de balizar as decisões de cunho existencial que lhe digam respeito, exteriorizadas pelo seu assistente legal. Desse modo, existe a probabilidade de que as definições relativas à sua saúde ou aos demais aspectos de sua pessoalidade sejam, de fato, tomadas em seu favor e assegurem sua autonomia.

O que o assistente legal precisa realizar diante de uma decisão – especialmente, se ela for de cunho existencial – é perscrutar as aspirações já expressas por esse indivíduo, por intermédio de seus dados biográficos identitários, para que seu conteúdo reflita critérios próprios de seu assistido e, não, ideais axiológicos que lhe são alheios.

A abordagem do curador não pode, pois, excluir a subjetividade do curatelado, devendo ser congruente às suas especificidades, a fim de alcançar sua promoção e, não, anulação. O que o artigo 1.776 do Código Civil[9] prevê não pode ser tomado como uma eventualidade e, sim, como uma tarefa diária, de cunho ordinário e obrigatório, porquanto elementar aos cuidados que o curatelado tem direito a receber. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

Assim, a leitura das reais inabilidades do interditando, os limites da sentença de curatela e a tomada de decisões, quando necessárias, por parte do assistente legal, com base nos dados biográficos do incapaz, são os aspectos cruciais para o manuseio adequado da interdição judicial. Muito da carga de preconceito que impregna o instituto advém de sua aplicação equivocada, que decreta uma incapacidade maior que a imposta pela realidade e produz decisões alicerçadas em padrão axiológico alheio ao interditado.

Pietro Perlingieri (2007), ao dissertar sobre a justificação constitucional dos institutos de proteção, alerta para a possibilidade de que uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões – que não traduza o verdadeiro grau de comprometimento do discernimento do interditado – represente um engessamento desproporcionado à realização de seu pleno desenvolvimento:

> É preciso [...] privilegiar sempre que for possível as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma 'morte civil'. Quando concretas, possíveis, mesmo se residuais, faculdades intelectivas e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade [...]. (PERLINGIERI, 2007, p. 164).

Desse modo, ante os apontamentos semeados, visualiza-se a interdição judicial como sendo um recurso que, se manuseado adequadamente, poderia ser necessário diante de um caso concreto.

5 O EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL E A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO

Autoridade parental é a expressão empregada para designar o encargo dos pais no propósito de preservar e promover os interesses dos filhos menores.

[9] Artigo 1.776 do Código Civil: Havendo meio de recuperar o interdito, o curador promover-lhe-á o tratamento em estabelecimento apropriado.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.634[10], prevê quais deveres estão contidos na autoridade parental. Dentre eles, encontra-se o de lhes dirigir a criação e educação.

Para discutir esse instituto, traz-se, novamente, a ilustração do filme *Malos Habitos*: uma mãe, com um quadro crônico de Anorexia Nervosa, direciona diversos comportamentos absurdos à sua filha menor, que está com sobrepeso. Na iminência de fazer a primeira comunhão e longe de refletir o ideal estético projetado pela mãe – inclusive, não cabendo no vestido que usará na data – a saúde da criança é colocada em risco quando medidas desarrazoadas são buscadas para que ela emagreça.

O exercício da autoridade parental pressupõe capacidade de fato. Pode-se inferir essa informação do artigo 1.779 do Código Civil: "Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar". No parágrafo único do retrocitado artigo consta: "Se a mulher estiver interditada, seu curador será o do nascituro".

Logo, pensando no caso de uma mulher anoréxica que foi interditada, presume-se que suas dificuldades com relação aos aspectos nutricionais de seu quadro clínico possam ser repassadas à prole. Assim, estando o exercício da autoridade parental comprometido nessas questões pontuais, na limitação da sentença de curatela, o juiz poderá submeter tais atos à assistência de um curador.

A mãe manteria o exercício da autoridade parental, devendo ser assistida, apenas, no que se refere aos aspectos de alimentação e nutrição dos filhos menores. O outro genitor, caso exista, continuará exercendo a autoridade parental integralmente, podendo, inclusive, dependendo da situação fática, ser o curador de sua esposa/companheira.

Porém, diante de um caso em que não haja interdição judicial e que exista, do mesmo modo, reflexo do quadro clínico da mãe no exercício da autoridade parental, como seria possível resguardar os filhos menores?

Tendo por base essa circunstância é que se pensou no instituto da suspensão da autoridade parental.

[10] Artigo 1.634 do Código Civil de 2002: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I – dirigir-lhes a criação e educação;
II – tê-los em sua companhia e guarda;
III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A perda da autoridade parental e a suspensão da autoridade parental devem ser interpretadas mais como um meio de preservar a pessoa do menor que como um castigo aos pais. O objetivo é protegê-los de comportamentos danosos que lhes possam ser prejudiciais.

A perda judicial da autoridade parental está prevista no artigo 1.638[11] do Código Civil. Por se tratar de consequência a comportamentos mais graves, não se cogitou trabalhar com esse instituto dentro da temática da Anorexia Nervosa, partindo-se do pressuposto de que as limitações de uma mãe anoréxica, no exercício da autoridade parental, a princípio, possam ser as mesmas por ela vivenciadas em relação à própria nutrição. Logo, seriam limitações pontuais e passíveis de serem trabalhadas, não justificando o aniquilamento da relação materno-filial.

A suspensão da autoridade parental, também, é procedimento judicial. Trata-se de medida que pode ser proposta tanto por um dos genitores, frente ao outro, como, também, pelo Ministério Público, que pode dirigir a ação contra ambos ou contra, somente, um dos pais. Nesse caso, não é preciso nomear curador especial[12]. (DIAS, 2011).

No artigo 1.637 do Código Civil, o abuso de autoridade, o descumprimento dos deveres parentais, a provocação da ruína dos filhos ou a condenação criminal em pena de prisão por tempo superior a dois anos são hipóteses que admitem a suspensão da autoridade parental. Paulo Luiz Netto Lôbo (2008) considera que o rol legal seria exemplificativo, devendo-se considerar a existência de outras hipóteses para as quais a medida se faça recomendada, tendo em vista sua natureza preventiva e acautelatória.

A suspensão é temporária e reversível. Também, poderá ser total ou parcial – relativa a alguns atos apenas – dependendo do motivo que a originou. Em qualquer caso, o exercício da autoridade parental estará concentrado no outro titular não suspenso ou, caso a medida o atinja, far-se-á necessário nomear um tutor.

Diante das características citadas é que se vislumbrou no instituto a possibilidade de aplicação. Afinal, existindo uma mãe[13] com um quadro de Anorexia Nervosa crônico, que não tenha sido interditada e que esteja comprometendo o exercício da autoridade parental,

[11] Artigo 1.638 do Código Civil: Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I – castigar imoderadamente o filho;
II – deixar o filho em abandono;
III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

[12] Maria Berenice Dias (2011), ao tratar desse ponto, apresenta a súmula 22 do TJRS: Nas ações de destituição/suspensão do pátrio poder [hoje, poder familiar], promovidas pelo Ministério Público, não é necessária a nomeação de curador especial ao menor.

[13] Tem-se trabalhado com a figura da mãe nas conjecturas tecidas, porque a incidência da Anorexia Nervosa em homens é de 10%-15%, logo, aproxima-se da realidade trabalhar com o exemplo feminino, apesar de a possibilidade inversa ser admitida como possível.

trasladando suas obcessões com o peso para o cuidado diário dos filhos, pode-se fazer necessário tomar uma medida a fim de protegê-los.

Para tanto, a suspensão poderia ser parcial, ou seja, apenas se limitaria aos aspectos que a realidade denuncia como preocupantes – provavelmente, no âmbito nutricional e dietético da vida dos menores. Nos demais atos, em que não se vislumbrasse comprometimento por conta da patologia, a mãe exerceria, normalmente, a autoridade parental.

Enquanto persistisse a suspensão, o pai exerceria a integralidade do *munus* e, no caso de ele ser morto ou não conhecido, a nomeação de um tutor far-se-ia necessária.

Uma vez tratados os sintomas e findada a causa que deu origem à suspensão, a autoridade parental poderia ser plenamente restabelecida.

6 O ARTIGO 1.780 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CURATELA DO ENFERMO OU PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA

O Código Civil de 2002 inaugurou uma faculdade para o enfermo ou deficiente físico não prevista no Código Civil de 1916. Segundo o artigo 1.780 do atual diploma civil:

> A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens. (BRASIL, 2002).

Como o propósito deste artigo é pensar em institutos que poderiam ser invocados a fim de auxiliar o indivíduo portador de Anorexia Nervosa, fez-se necessário abordar o supramencionado dispositivo legal. Contudo, algumas observações a seu respeito carecem ser feitas, por conta de equívocos perceptíveis.

Com relação à terminologia, há de se mencionar a inadequada escolha do legislador. A hipótese não deveria ser designada por curatela, porquanto não ter havido procedimento de interdição judicial que a justifique. Inclusive, porque, por mais que o enfermo ou o portador de deficiência física possa encontrar algum obstáculo na prática de atos rotineiros, não havendo comprometimento do discernimento, não há, igualmente, incapacidade civil. A permissão, no caso, para que se delegue a alguém a administração de situações patrimoniais não se compatibiliza com os motivos que justificam a curatela genuína[14].

[14] Refere-se, aqui, à curatela prevista para os casos de interdição judicial. Os motivos seriam a existência de alguma enfermidade ou deficiência mental comprometedora do discernimento.

A fonte para nomeação judicial de curador, nesse contexto, é a vontade do próprio curatelado, o que torna a situação ainda mais *sui generis*, afinal, se o pseudocuratelado tem a plena capacidade para delegar poderes a outrem, porque não o faz por meios jurídicos já previstos, como seria o caso do contrato de mandato?

Todavia, o cerne do absurdo do referido artigo reside na possibilidade de que uma pessoa (dentre as legitimadas a solicitar a interdição judicial, conforme o artigo 1.768 do Código Civil de 2002) requeira, judicialmente, a nomeação de um curador para cuidar de interesses patrimoniais de alguém plenamente capaz[15]. Admitir que essa solicitação seja feita em nome de outrem é aceitar a violação de uma autonomia privada sem que exista diminuição de discernimento que a justifique.

Pensando em que medida esse dispositivo poderia auxiliar um anoréxico, alguns apontamentos precisam ser feitos.

Primeiramente, conforme já foi apresentado, uma vez que o quadro clínico da Anorexia Nervosa represente algum nível de turvação do discernimento, acredita-se que o anoréxico não se subsume às categorias trazidas pelo artigo 1.780, quais sejam: enfermo[16] ou portador de deficiência física. Existiria, nesse caso, um comprometimento cognitivo.

Porém, se não houve interdição judicial, perante o Direito, esse indivíduo continua plenamente capaz e, portanto, um legitimado a ser beneficiado pelo instituto.

Outro ponto a ser salientado, refere-se à abrangência desse artigo, que se limita a questões patrimoniais. Logo, para inabilidades que alcançassem decisões sanitárias autorreferentes, o exercício da autoridade parental ou qualquer outra situação de cunho existencial, o instituto não se afiguraria eficaz.

Contudo, pensando no paciente que não foi interditado e que está em tratamento, haveria algum tipo de benefício a ser trazido pelo artigo 1.780?

Se comparada à gestão de negócios, o artigo 1.780 oferece um espectro de possibilidades transacionais maior, inclusive, porque existiu um procedimento judicial a validá-lo. Nesse ponto, pensando em um paciente que enfrenta tratamento delongado e, por vezes, pode estar impossibilitado de gerenciar, pessoalmente, aspectos de sua vida patrimonial, o instituto poderia trazer uma esfera de ação maior àquele que lhe oferece assistência.

[15] Não tendo havido interdição judicial, essa é a presunção.
[16] Presume-se que a enfermidade, aqui, tratada não seja a mental, do contrário, o instituto da interdição judicial seria o recurso adequado.

Apesar de não existirem artigos no Código de Processo Civil que regulamentem especificamente esse procedimento, presume-se que, analogamente ao que se observa com a curatela no processo de interdição judicial, exista a fiscalização, por parte do Ministério Público, dos atos praticados pelo curador do artigo 1.780, bem como a necessidade de prestação de contas.

Trabalhando-se com essa hipótese, o instituto traria segurança maior que um possível contrato de mandato, posto que o mandante, nesse caso, provavelmente, encontrar-se-ia em situação de fragilidade para inspecionar se o mandatário obedeceu aos limites contratuais estipulados.

A grande vantagem, portanto, na comparação estabelecida, reside na pressuposta existência de fiscalização, podendo, inclusive, existir a remoção do curador, de acordo com o que o artigo 1.194 do Código de Processo Civil dispõe.

A adequação do instituto para socorrer possíveis interesses patrimoniais do anoréxico, dependeria, pois, das peculiaridades trazidas pelo caso concreto e do modo como seria regulamentada a parte procedimental do artigo 1.780 do atual diploma civil.

Assim como feito na gestão de negócio, na interdição judicial e na suspensão da autoridade parental, o objetivo que subjaz à abordagem do artigo 1.780 do Código Civil de 2002 visa mais a problematizar questões e propiciar discussões dentro da temática, que alcançar respostas fechadas para situações hipotéticas.

Qualquer tipo de construção abstrata e conclusiva soçobraria os objetivos que nortearam este trabalho e frustraria as expectativas dialógicas entre a Anorexia Nervosa e o Direito.

7 CONCLUSÃO

Foi pensando no aumento dos casos de Anorexia Nervosa que o presente artigo se dispôs a explorar esse universo, realizando uma revisão da literatura médica para que se tivesse por conhecimento a sintomatologia tão peculiar a esse quadro clínico.

Tendo por foco o paciente anoréxico que se encontra em tratamento prolongado, podendo, inclusive, estar hospitalizado e longe da possibilidade de gerir pessoalmente os atos de sua vida civil, fez-se uma análise de quais seriam os instrumentos dogmáticos disponibilizados pelo Direito para auxiliá-lo.

Verificou-se que a gestão de negócios poderia ser invocada para facilitar operações rotineiras no âmbito patrimonial em favor do anoréxico. Todavia, dependendo da situação e

da duração do tratamento, a abrangência do instituto poderia não responder suficientemente às necessidades do caso concreto.

Trazer a possível associação entre Anorexia Nervosa e incapacidade foi importante a fim de discutir situações mais complexas, inclusive, de natureza existencial, para as quais uma simples gestão de negócios não seria eficaz.

Nesse contexto, trabalhou-se a interdição judicial como recurso possível. Para tanto, salientou-se a importância do exame médico pericial bem realizado, uma vez que ele representa o instrumento disponível para detectar a redução do discernimento e os atos para os quais a capacidade decisória do indivíduo está comprometida.

Verificada a necessidade de se interditar um portador de Anorexia Nervosa, é imprescindível que o juiz estabeleça os limites da sentença de curatela, de modo a permitir que a medida constritiva, somente, alcance suas inabilidades. A presença do curador dar-se-á, pois, pontualmente. Todos os demais atos não alcançados pela causa incapacitante hão de ser exercidos pessoalmente pelo interditado.

No que tange à possibilidade de que a incapacidade alcance o exercício de situações jurídicas existenciais, como aconteceria se o paciente fosse privado de tomar decisões autorreferentes no âmbito sanitário, alguns questionamentos poderiam ser feitos. Afinal, se as situações existenciais são personalíssimas, não se admitiria sua delegação para que terceiro estivesse incumbido de exercê-las. Acontece que a autonomia desse paciente pode ser assegurada por outras vias. Para se trabalhar com a curatela, está-se diante de um indivíduo maior que já viveu um tempo de vida. Nesse transcurso temporal, ele criou uma construção biográfica, imprimiu visões de mundo e concepções de vida junto àqueles que o rodeiam. Uma vez alcançado por uma incapacidade relativa, como, provavelmente, aconteceria, caso se trabalhe com a interdição de um paciente anoréxico, sua autonomia haveria de ser reconstruída diante de cada decisão, inclusive, nas existenciais.

Os referenciais criados e nutridos por esse indivíduo ao longo de sua vida hão de balizar as decisões de cunho existencial que lhe digam respeito, exteriorizadas pelo seu assistente legal. Desse modo, existe a probabilidade de que as definições relativas à sua saúde ou aos demais aspectos de sua pessoalidade sejam, de fato, tomadas em seu favor e assegurem sua autonomia.

O que o assistente legal precisa realizar diante de uma decisão – especialmente, se ela for de cunho existencial – é perscrutar as aspirações já expressas por esse indivíduo, por intermédio de seus dados biográficos identitários, de modo a construir uma decisão que reflita critérios próprios de seu assistido e, não, ideais axiológicos que lhe são alheios.

A dignidade e a autonomia de um sujeito interditado serão asseguradas quando as decisões para as quais ele não possa dar voz forem cunhadas com base nos reflexos de sua pessoalidade que quedaram incrustados no meio em que está inserido.

Para as situações nas quais a Anorexia Nervosa acometa o exercício da autoridade parental de um indivíduo não interditado, discutiu-se a possibilidade de se proceder sua suspensão parcial. Nesse caso, o paciente ficaria impossibilitado de tomar decisões para as quais seu quadro clínico possa oferecer algum tipo de prejuízo à sua prole. Nas demais situações em que não se vislumbrasse nenhum tipo de comprometimento, o exercício da autoridade parental se daria normalmente.

O outro genitor continuaria a titularizar a integralidade da autoridade parental. No caso de ele não existir, far-se-ia necessário nomear um tutor, que poderia ser algum parente próximo, para tomar as decisões que o genitor anoréxico se visse privado de realizar.

Trabalhou-se, ainda, o instituto trazido pelo artigo 1.780 do Código Civil de 2002, ressaltando a incoerência em se designá-lo por curatela, bem como os demais equívocos que o permeiam. Tentou-se buscar possíveis benefícios que ele poderia trazer a uma situação concreta de Anorexia Nervosa, assinalando-se, nesse ponto, sua abrangência circunscrita a situações patrimoniais e a existência de fiscalização por parte do Ministério Público. Esta última, concluída mais por analogia à curatela dos interditos que por previsão legal expressa que a institua.

Por fim, o propósito do presente artigo foi alcançado a partir do momento em que um horizonte dialógico entre a Anorexia e o Direito foi descortinado. Espera-se que essas primeiras articulações sejam, apenas, o início de discussões vindouras, cada vez mais efervescentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. 4. ed. Text rev. Porto Alegre: Artmed, 2002.

APFELDORFER, Gérard. **Anorexia, bulimia, obesidade**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

APPOLINÁRIO, José Carlos; CLAUDINO, Angélica M.. Transtornos Alimentares. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 22, suppl. 2, dec. 2000. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462000000600008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 10 jan. 2013.

APPOLINÁRIO, José Carlos; MOYA, Tatiana. Serviços de transtornos alimentares no Brasil e no mundo. In: NUNES, Maria Angélica; APPOLINARIO, José Carlos; GALVÃO, Ana Luiza; COUTINHO, Walmir. **Transtornos alimentares e obesidade**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 169-181.

BAGGIO, Marco Aurélio. **Compêndio de Psiquiatria**. Rio de Janeiro: Di Livros, 2011.

BARROS; Daniel Martins de; SERAFIM, Antônio de Pádua. Parâmetros legais para a internação involuntária no Brasil. **Revista de psiquiatria clínica**, São Paulo, v.36, n.4, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-60832009000400008&script=sci_arttext>. Acesso: em 28 mar. 2012.

BELL, Rudolph M. **Holy Anorexia**. Chicago: University of Chicago Press, 1985.

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. rev. e atual. por Prof. Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976.

BIDAUD, Éric. **Anorexia mental, ascese, mística**: uma abordagem psicanalítica. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 1998.

BRASIL. **Lei n. 10.216**, de 6 abr. 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm. Acesso: em 30 mar. 2012.

BRASIL. **Portaria n. 2391/GM**, de 26 dez. 2002. Regulamenta o controle das internações psiquiátricas involuntárias (IPI) e voluntárias (IPV) de acordo com o disposto na Lei 10.216, de 6 de abril de 2002, e os procedimentos de notificação da Comunicação das IPI e IPV ao Ministério Público pelos estabelecimentos de saúde, integrantes ou não do SUS. Disponível em: http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-2391.htm. Acesso em: 29 mar. 2012.

BUCARETCHI, Henriette Abramides; WEINBERG, Cybelle. Um breve histórico sobre transtornos alimentares. In: **Anorexia e bulimia nervosa:** uma visão multidisciplinar. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

BYATT, Nancy; PINALS, Debra; ARIKAN, Rasim. Involuntary hospitalization of medical patients who lack decisional capacity: an unresolved issue. **Focus**: the journal of lifelong learning in psychiatry, Washington, v.5, n.4, set. 2007. Disponível em: < http://focus.psychiatryonline.org/article.aspx?articleid=52467>. Acesso: em 28 mar. 2012.

BYNUM, Caroline Walker. **Holy feast and holy fast**: the religious significance of food to medieval women. Berkeley: University of California Press, 1988.

CHAMON JUNIOR, Lúcio. **Teoria Geral do Direito Moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAMON JUNIOR, Lúcio. **Teoria da argumentação jurídica:** constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no direito moderno**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Estudo prévio – Dignidade e diferença: Há um futuro para os direitos de personalidade? In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil:** atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 1-45.

CORDÁS, Táki Athanássios; CLAUDINO, Angélica de Medeiros. Transtornos alimentares: fundamentos históricos. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v.24, Suppl. 3, dez. 2002. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462002000700002>. Acesso: em 28 mar. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direito das famílias. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2012.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FONTANA, Antônio Matos. Transtornos alimentares: Anorexia e Bulimia Nervosas. In: FONTANA, Antônio Matos. (Org.). **Manual de clínica em psiquiatria**. São Paulo: Editora Atheneu, 2005. p. 353-358.

FORTES, Hildenete Monteiro. Tratamento compulsório e internações psiquiátricas. **Revista brasileira de saúde materno infantil**, Recife, v.10, supl.2, dez. 2010. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600009>. Acesso: em 28 mar. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GALVÃO, Ana Luiza; CLAUDINO, Angélica de Medeiros; BORGES, Maria Beatriz Ferrari. Aspectos históricos e evolução do diagnóstico. In: NUNES, Maria Angélica; APPOLINARIO, José Carlos; GALVÃO, Ana Luiza; COUTINHO, Walmir. **Transtornos alimentares e obesidade**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 31-50.

GIORDANI, Rubia Carla Formighieri. A autoimagem corporal na anorexia nervosa: uma abordagem sociológica. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v.18, n.2, p. 81-88, maio 2006.

GUIMARÃES, Daniel Boleira Sieiro; SALZANO, Fábio Tápia; ABREU, Cristiano Nabuco de. Indicações para internação hospitalar completa ou parcial. **Revista brasileira de psiquiatria**, São Paulo, v.24, suppl.3, dez. 2002. Disponível em: <

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462002000700013&script=sci_arttext>. Acesso: em 28 mar. 2012.

HERSCOVICI, Cecile Rausch; BAY, Luisa. **Anorexia Nervosa e Bulimia**: ameaças à autonomia. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

LANDEIRA-FERNANDEZ, J; CHENIAUX, Elie. **Cinema e loucura**: conhecendo os transtornos mentais através dos filmes. Porto Alegre: Artmed, 2010.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. A família e o idoso entre dois extremos: abandono e superproteção. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n.16, p. 413-426, 2010.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Autonomia privada e internação não consentida. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito Biomédico:** Espanha-Brasil. Belo Horizonte: PucMinas, 2011. p. 334-351.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALOS Habitos. Direção: Simón Bross. Produção: Alberto Bross e Avelino Rodríguez. México: Paris Filmes, 2007. 1 DVD (103 min).

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 299-346.

MATARAZZO, Eneida B. Anorexia nervosa: aspectos clínicos e terapêuticos. **Insight Psicoterapia.** São Paulo, v.5, n.55, p.16-21, set. 1995.

MITRANY, Edith; MELAMED, Yuval. Compulsory treatment of anorexia nervosa. **The Israel Journal of Psychiatry and Related Sciences**, Jerusalem, v.42, n.3, 2005. Disponível em: < http://www.highbeam.com/doc/1P3-935356531.html>. Acesso: em 28 mar. 2012.

MOREIRA, Luiza Amélia Cabus; OLIVEIRA, Irismar Reis de. Algumas questões éticas no tratamento da anorexia nervosa. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, Rio de Janeiro, v.57, n.3, 2008. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0047-20852008000300001&script=sci_arttext>. Acesso: em 20 mar. 2012.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e Autonomia Privada: o princípio da autonomia privada na Pós-Modernidade**. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.

NUNES, Maria Angélica; ÁVILA, Boêmia Noronha de. Tratamento hospitalar dos transtornos alimentares. In: NUNES, Maria Angélica; APPOLINARIO, José Carlos; GALVÃO, Ana Luiza; COUTINHO, Walmir. **Transtornos alimentares e obesidade**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 183-193.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. vol. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação dos transtornos mentais e de comportamento CID-10**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo:** doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.211/2001. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes**: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil**: atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 37-54.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Da Ficção para a Realidade: em Busca da Capacidade dos Incapazes. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Direitos e fundamentos entre vida e arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SADOCK, Benjamin James; SADOCK, Virginia Alcott. **Compêndio de psiquiatria**: ciência do comportamento e psiquiatria clínica. 9. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

SADOCK, Benjamin James; SADOCK, Virginia Alcott. **Manual conciso de psiquiatria clínica**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

SALZANO, Fábio Tápia; ARATANGY, Eduardo Wagner; AZEVEDO, Alexandre Pinto de; PISCIOLARO, Fernanda; MACIEL, Anny de Mattos Barroso; CORDÁS, Táki Athanássios. Transtornos alimentares. In: MIGUEL, Eurípedes Constantino; GENTIL, Valentim; GATTAZ, Wagner Farid. **Clínica psiquiátrica**. Barueri: Editora Manole, 2011. p. 931-952.

SAMPAIO, Daniel. Doenças do comportamento alimentar. In: CORDEIRO, J. C. Dias. (Org.). **Manual de Psiquiatria Clínica**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 379-393.

SUMEIRA, Thiago Antônio. Reflexões sobre a gestão de negócios. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 21, p. 274-286, jan/mar. 2005.

TABORDA, José G. V. Exame pericial psiquiátrico. In: TABORDA, José G. V., ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. **Psiquiatria Forense**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012. p. 52-82.

TABORDA, José G. V.; ABDALLA-FILHO, Elias; MORAES, Talvane M. de; MECLER, Katia. Avaliação da capacidade civil. In: TABORDA, José G. V., ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. **Psiquiatria Forense**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012. p. 205-219.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 251-273.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Deficiência psíquica e curatela: reflexões sob o viés da autonomia privada. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões.** Porto Alegre, v.10, n.7, p.64-79, dez. 2008/jan.2009.

WEINBERG; Cybelle; CORDÁS, Táki Athanássios. **Do altar às passarelas**: da anorexia santa à anorexia nervosa. São Paulo: Annablume, 2006.

ZVI, Zemishlany; MELAMED, Yuval. The impossible dialogue between psychiatry and the judicial system: a language problem. **The Israel Journal of Psychiatry and Related Sciences**, Jerusalem, v.43, n.3, 2006. Disponível em: <http://www.highbeam.com/doc/1P3-1231822581.html>. Acesso: em 28 mar. 2012.

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE USUÁRIOS DE CRACK: ENTRE O UTILITARISMO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

MEASURE OF DETENTION OF CRACK USERS OF COMPULSORY: UTILITARIANISM BETWEEN AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

LUCIANA FERREIRA DE MELLO[1]

"Parece improvável que a humanidade em geral seja algum dia capaz de dispensar os "paraísos artificiais", isto é,... a busca de auto transcendência através das drogas ou... umas férias químicas de si mesmo... A maioria dos homens e mulheres levam vidas tão dolorosas- ou monótonas, pobres e limitadas, que a tentação de transcender a si mesmo, ainda que por alguns momentos, é e sempre foi um dos principais apetites da alma".

Aldous Huxley

RESUMO: O presente estudo não se presta a analisar a medida de internação compulsória de viciados em Crack sob o prisma de sua eficácia no que concerne à reabilitação. Esta pesquisa tem a finalidade de estudar a medida de internação compulsória de viciados em crack, por um lado, com fundamento na doutrina utilitarista de Jeremy BENTHAM, em busca da máxima realização da felicidade – na qual a solução para a felicidade dos cidadãos comuns seria o recolhimento forçado dos mendigos; e, por outro lado, com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traz consigo outros diversos princípios – que coloca o cidadão no centro das preocupações do ordenamento jurídico.

PALAVRAS CHAVE: internação compulsória; crack; utilitarismo; Jeremy Bentham; dignidade humana; autonomia privada.

ABSTRACT: This study does not lend itself to examine the extent of compulsory hospitalization of Crack addicts through the prism of its effectiveness with regard to rehabilitation. This research aims to study the extent of compulsory hospitalization of crack addicts, on the one hand, based on the doctrine of utilitarian Jeremy Bentham, in search of maximum realization of happiness - in which the solution to the happiness of ordinary citizens was gathering forced beggars, and, on the other hand, based on the

[1] Advogada, Bacharel em Direito pela UNIBRASIL (2009), Especialista em Direito Aplicado pela EMAP – Escola da Magistratura do Paraná (2010), Mestranda em Direito Constitucional – Direitos Humanos pela UNIBRASIL (previsto 2013).

constitutional principle of human dignity, which brings many other principles - that puts the citizen at the center of concerns the legal system.

KEYWORDS: compulsory hospitalization; crack; utilitarianism; Jeremy Bentham; human dignity; personal autonomy.

SUMÁRIO: Introdução.; 1. Breve levantamento do consumo de psicotrópicos no Brasil; 2. Políticas Públicas utilizadas pelo Estado no enfrentamento ao Crack; 3. Internação compulsória sob a ótica da doutrina utilitarista de BENTAHM; 4. Internação compulsória sob o prisma da dignidade humana e da autonomia privada; Conclusão; Bibliografia;

INTRODUÇÃO

O vício em psicotrópicos dentre os cidadãos é problema corrente na sociedade. Esta questão tem tido maior relevância em razão das manchetes dos noticiários dos últimos que tem dado ênfase para a possibilidade de internação compulsória de usurários de crack no estado de São Paulo.

Em 2006, foi criado, por meio de Lei Federal, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Em maio de 2010, foi publicado o Decreto nº 7179, instituindo o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras substâncias, que daria cumprimento ao Sistema instituído pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006,, ambos relacionados ao Programa Federal: Crack é possível vencer, que preveem a integração entre União , Estado e Municípios, bem como entre os poderes: executivo, legislativo e judiciário.

O programa de internação compulsória que está sendo colocado em prática dentro em breve é resultado da articulação entre o poder Judiciário e o Ministério Público, cuja finalidade é, a princípio, promover a internação de viciados em Crack do Estado de São Paulo, independentemente, de manifestação positiva de vontade por parte de indivíduo.

No âmbito Federal, atualmente, tramita o Projeto 7663 de 2010, de autoria deputado Osmar Terra (PMDB-RS) que está em vias de aprovação. A finalidade desse projeto de lei, dentre outras, é a de incluir a previsão de internação compulsória na Lei 11.343 de 2006, que instituiu o programa de enfrentamento ao Crack.

Apresentado o contexto, o presente estudo tem o objeto de analisar a medida de internação compulsória, especificamente, sob a ótica da doutrina política do utilitarismo com

base nos ensinamentos de Jeremy BENTHAM, e, ainda com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada.

É necessário salientar que o movimento de constitucionalização do direito trouxe uma nova dinâmica ao sistema jurídico, que fez com que o texto constitucional fosse colocado no centro do ordenamento jurídico, tornando-o referencial para a edição de todas as normas infraconstitucionais e, ainda, como parâmetro hermenêutico. Por esta razão, todas as medidas implementadas pelo Estado, ainda que num primeiro momento aparentem ser boas ou justas, é mediante a analise de constitucionalidade que a melhor resposta será encontrada.

Este estudo se estrutura em quatro tópicos e se desenvolve da seguinte maneira: no primeiro tópico será apresentado, com base em estudos estatísticos, um breve relato sobre o consumo de psicotrópicos no Brasil. Os números mostram o motivo da tamanha preocupação com o assunto no país.

O segundo tópico, se encarregará de encarregará de apresentar uma breve cronologia das medidas de políticas públicas que têm sido implementadas nacionalmente com o objetivo de enfrentar, especificamente, o consumo do Crack, até culminar na adoção da medida de internação compulsória de usuários da substância.

Na sequência, o terceiro tópico irá abordar a adequação da política pública de internação compulsória com a doutrina do utilitarismo de Jeremy BENTHAM, inclusive, abordando a sugestão de BENTHAM de arrebatamento de mendigos que ensejam a redução da felicidade da população em geral, assim, como os viciados em Crack que vagam pelas ruas do país.

A medida de internação compulsória, apesar de compatível com o utilitarismo, como restará comprovado, encontra óbice no exercício de alguns direitos constitucionais. Por este motivo, o último tópico abordará o princípio da dignidade da pessoa humana e, trará, com base nas doutrinas de: Ana Carolina Brochado TEIXEIRA e Maria Celina Bodin de MORAES, o conteúdo deste princípio. A autonomia privada mostra-se, igualmente, ferida com a medida de internação compulsória e, também será abordada neste tópico.

1. BREVE LEVANTAMENTO DO CONSUMO DE PSICOTRÓPICOS NO BRASIL

Tendo em vista o objetivo do presente estudo, que é o de analisar as políticas públicas que têm sido, recentemente, promovidas com vistas ao combate do Crack no estado

de São Paulo, especificamente, no que concerne à internação compulsória de usuários, este primeiro tópico se encarregará de apresentar um breve panorama a respeito dos psicotrópicos e de sua influência no Brasil na última década, com base em estudos estatísticos anteriormente realizados.

Popularmente conhecidos como 'drogas'[2], os psicotrópicos são substâncias que alteram o funcionamento do sistema nervoso central. As alterações promovidas pelos psicotrópicos podem ser de ordem: estimulante – sua função é aumentar a atividade cerebral; o último grupo age na atividade cerebral alterando a qualidade da atividade, deixando o indivíduo perturbado, por isso seus efeitos são chamados perturbadores.[3]

O uso contínuo dessas substâncias pode ensejar resultados preocupantes não somente para o usuário, mas também para a sociedade de uma maneira geral. Quanto aos efeitos diretos ao usuário estudos comprovam que, especificamente, no que se refere ao Crack – classificada como estimulante, é substância que após inalada proporciona um efeito mais rápido, em torno de 3 a 5 minutos, por isso a duração de seus efeitos é igualmente rápida. Essa rapidez faz com que o usuário busque se drogar novamente, o que o leva à dependência mais rápido do que as outras drogas. Salientando que, além do prazer que se sente ao utilizá-la, por outro lado, há a ocorrência de fissura avassaladora – compulsão em utilizá-la novamente.[4]

O crack resulta, ainda, na rápida perda de peso, cerca de 8 a 10 quilos em um mês. A substância faz com que o usuário deixe de promover os mínimos hábitos de higiene e limpeza, por isso, são de fácil identificação entre a população. Outro efeito marcante do crack é a incidência de um quadro mental paranoico, que proporciona ao viciado a sensação de estar sendo vigiado e perseguido continuamente.[5]

Na sociedade o impacto trazido pela substância, de acordo com especialistas, está relacionado ao aumento da criminalidade ensejada pelos roubos e furtos. O usuário perde a noção do risco e tem como único objetivo conseguir dinheiro para comprar a droga, com isso,

[2] A origem do vocábulo droga vem do Holandês antigo – *droog* – cujo significado é folha seca. É das folhas secas a base dos medicamentos, de modo que, droga tanto pode significar um medicamento como um psicotrópico, por isso atualmente, a medicina define droga como **qualquer substância capaz de modificar a função dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento**. Tendo em vista o caráter acadêmico científico, o presente estudo adora no decorrer do texto o vocábulo psicotrópico. Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Centro Brasileiro de Informações sobre drogas Psicotrópicas. **Folheto sobre drogas psicotrópicas: Leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental**; organizadores 5ª Ed. Brasília: SENAD/CEBRID, 2010. 66 p.8.

[3] **Folheto sobre drogas psicotrópicas: Leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental**; organizadores 5ª Ed. Brasília: SENAD/CEBRID, 2010. 66 p.9.

[4] Ibidem., p. 37.

[5] Ibidem., p. 38.

utiliza-se de todos os meios que possui, sendo capaz de realizar qualquer ato para alcançar este objetivo, inclusive, roubar e furtar.[6]

A utilização de psicotrópicos pode levar à morte. A Secretaria Nacional de Política sobre Drogas, mediante realização de pesquisa, analisou os óbitos cuja causa básica foi envenenamento (intoxicação) ou transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substâncias psicoativas, notificados no sistema SIM (Sistema de Informação sobre Mortalidade), no período de 2001 a 2007.

A pesquisa realizada identificou que o número de óbitos por unidades federativas e regiões geográficas cresceu no Brasil como um todo. Todavia, no período de tempo observado, o estado de São Paulo foi o que apresentou mais casos, aproximadamente 18% deles, o que já era esperado, pois São Paulo é o estado mais populoso.[7]

No que se refere à utilização de psicotrópicos, foi realizado levantamento com estudantes da rede pública, no ensino fundamental e médio, na faixa etária de 12 a 65 anos, relacionado ao período de 2001 a 2005, em cidades com mais de 200 mil habitantes. Como conclusão, com relação à utilização do crack, constatou-se que 0,7% dos entrevistados em 108 cidades do país já utilizou a substância em algum momento da vida.[8]

Pesquisa realizada dentre os universitários, mediante estudo realizado pela Secretaria Nacional de Política sobre Drogas, apenas 11, 2% dos entrevistados afirmaram nunca ter utilizado substâncias psicotrópicas, incluindo álcool. Com relação à utilização de apenas uma única substância, 30,7% confessaram que utilizam uma substância na vida; 58,1% já usaram mais de duas, dentre os quais 68% utilizaram três ou mais.[9]

Recentemente, no ano de 2010, Pablo Roig, psiquiatra, em audiência pública na Câmara de Deputados, apresentou uma estimativa feita com base em dados, a análise do censo promovido pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas), identificando

[6] Ibidem., p. 38

[7] Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Relatório brasileiro sobre drogas / Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas**; IME USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempliuk e Lúcia Pereira Barroso. – Brasília: SENAD, 2009. 364. p.280-290.

[8] Ibidem., p.55.

[9] Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **I Levantamento Nacional Sobre o Uso de Álcool, tabaco e outras drogas entre universitários das 27 capitais brasileiras** / Secretaria nacional de Políticas sobre Drogas; CREA/IPQ-HC/FMUSP; organizadores Arthur Guerra de Andrade, paulina do Carmo arruda Vieira Duarte, Lúcio Garcia de oliveira. – Brasília: SENAD, 2010. 284 p.. p. 101.

que o número de usuários hoje no Brasil está em torno de 1,2 milhão e a idade média para início do uso específico do crack é 13 anos.[10]

Neste primeiro tópico, mediante a apresentação de dados estatísticos realizados desde 2005 até 2010, foi possível verificar que a utilização de psicotrópicos tem causado alterações que geram consequências para além da esfera individual. Restou evidente que o vício em psicotrópicos altera os níveis de criminalidade, causa transtorno nos usuários e aumenta, inclusive, as taxas de mortalidade.

As pesquisas realizadas ressaltam que o vício em psicotrópicos tem alta incidência entre os jovens e crianças e que o número de consumidores no Brasil é preocupante. Em face destes dados alarmantes o Estado tem apresentado algumas políticas públicas na tentativa de combater a comercialização e o tráfico de drogas, exemplo disso, é o programa: Crack é Possível Vencer.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS UTILIZADAS PELO ESTADO NO ENFRENTAMENTO AO CRACK

Uma série de eventos deu início ao engajamento do Estado no sentido de promover políticas nacionais de combate ao Crack. O primeiro passo foi internacional, com a realização do primeiro Seminário Internacional de Políticas Públicas sobre Drogas. O objetivo foi promover o debate e o intercâmbio de experiências de sete países (Canadá, Itália, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia e Suíça). Num segundo momento, foram realizados fóruns regionais, e por fim, realizou-se uma reunião nacional para a discussão do tema.[11]

Como resultado das discussões algumas alterações legislativas foram promovidas no ordenamento jurídico pátrio. Dentre as primeiras está a publicação da Lei n°11.343 de 2006, que institui do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas com a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades de prevenção, tratamento e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como as de repressão ao tráfico estando em

[10] Brasil. Confederação Nacional dos Municípios. **Pesquisa sobre a situação do crack nos municípios brasileiros**. Brasília: CNM, 2010. 155 5p. Disponível em: http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_saude/dados_e_estatistica/mapeamento_crack_municipios_brasil_estudo_completo.pdf <acesso em: 17 jan. 2013>.

[11] Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas**. Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas**, 2010. p.106. p. 8.

perfeito alinhamento com a Política Nacional sobre Drogas e com os compromissos internacionais do país.

Alguns aspectos inovadores da medida foram: o maior rigor nas penas aplicáveis ao crime de tráfico e o fim do tratamento obrigatório para dependentes de drogas e a concessão de benefícios fiscais para iniciativas de prevenção, tratamento, reinserção social e repressão ao tráfico.

Em maio de 2010, foi publicado o Decreto nº 7179, instituindo o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras substâncias, bem como criando o Comitê para sua gestão. A atuação do Comitê se daria em quatro frentes: no combate ao tráfico; no tratamento; na prevenção e, por fim, no judiciário.[12]

No que tange ao combate, intentava-se a realização de operações especiais com vistas a desmantelar a rede de narcotráfico, especialmente, nas regiões de fronteira, bem como, o fortalecimento das polícias estaduais para combater o tráfico em áreas de maior vulnerabilidade para o consumo.

Já no que diz respeito ao tratamento, o decreto visava o atendimento, tratamento e à reinserção social dos usuários, aumentando o número de leitos em hospitais. O decreto previa, ainda, promoção de campanhas de mobilização, informação e orientação a fim de enfrentar a utilização do crack. Deste modo, o Decreto 7179 de 2010, mediante a integração de diversas esferas de poder, por meio da promoção de medidas de cunho repressivo e preventivo enfrentar a proliferação do consumo do crack em nossa sociedade.

Não obstante, todas as medidas previstas pelos instrumentos legislativos acima citados, tramita perante a Câmara de Deputados o projeto de Lei nº 7667 de 2010, proposto por Osmar Terra, por uma Comissão Mista, com a finalidade de alterar alguns dispositivos da Lei 11.434 de 2006 sobre Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD).

Dentre as alterações promovidas pelo Projeto de Lei 7667, o mais polêmico está relacionado à possibilidade de internação dos viciados. De acordo com o autor da proposta, deputado Osmar Terra (PMDB-RS), mais do que solução para as cracolândias das grandes

[12] LIMA FILHO, Mário Coelho. **O legislativo e a política de enfrentamento do uso do crack.** Brasília: 2010. 54 f. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor como parte de avaliação do Curso de Especialização em Legislativo e Políticas Públicas - LPP. p. 26.

cidades, a intenção é o resgate pleno do paciente que não tem capacidade de discernimento e de decisão.[13]

Salienta-se que, desde o início de janeiro de 2013, a implementação da medida de internação compulsória vem sendo anunciada em São Paulo, com a integração entre o Poder Judiciário e o Ministério público.

Apesar do Artigo 4º da Lei nº 10.216/2001, determinar que "A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes". O PL 7667 determina o seguinte:

> Art. 11. Inclua-se o seguinte art. 23-A à Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006:
> "Art. 23-A A internação de usuário ou dependente de drogas obedecerá ao seguinte:
> I – será realizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina (CRM) do Estado onde se localize o estabelecimento no qual se dará a internação e com base na avaliação da equipe técnica;
> II – ocorrerá em uma das seguintes situações:
> a) internação voluntária: aquela que é consentida pela pessoa a ser internada;
> b) internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
> c) internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.[14]

Assim, de acordo com o artigo 11 do PL 7663 de 2010, é prevista a inserção do artigo 23-A da lei 11.343 de 2006, para regulamentar as internações e incluir as hipóteses de internação voluntária, a involuntária e a compulsória, sendo a última medida a mais discutível.

Quanto à internação voluntária o projeto determina que se dará da seguinte maneira:

> § 1º A internação voluntária:
> I – deve ser precedida da elaboração de documento que formalize, no momento da admissão, a vontade da pessoa que optou por esse regime de tratamento; e
> II – seu término dar-se-á por determinação do médico responsável ou por solicitação escrita da pessoa que deseja interromper o tratamento.[15]

No que concerne à internação involuntária se dará nos seguintes moldes:

> § 2º A internação involuntária:
> I – deve ser precedida da elaboração de documento que formalize, no momento da admissão, a vontade da pessoa que solicita a internação; e

[13] Projeto de Lei nº 763/2010. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/434191-CAMARA-PODE-VOTAR-PREVISAO-DE-INTERNACAO-INVOLUNTARIA-DE-USUARIO-DE-DROGAS.html. Acesso: <17 jan. 2013>.

[14] Idem.

[15] Ibidem., p. 23.

> II – seu término dar-se-á por determinação do médico responsável ou por solicitação escrita de familiar, ou responsável legal.[16]

Especificamente, com relação à internação compulsória o projeto determina que:

> § 3º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente.
> § 4º Todas as internações e altas de que trata esta Lei deverão ser registradas no Sistema Nacional de Informações sobre Drogas às quais terão acesso o Ministério Público, Conselhos de Políticas sobre Drogas e outros órgãos de fiscalização, na forma do regulamento.
> § 5º É garantido o sigilo das informações disponíveis no sistema e o acesso permitido apenas aos cadastrados e àqueles autorizados para o trato dessas informações, cuja inobservância fica sujeita ao disposto no art. 39-A desta Lei.
> § 6º O planejamento e execução da terapêutica deverá observar o previsto na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental."[17](NR)

Primeiramente, com relação à terminologia a lei não deixa transparecer muito facilmente a diferença entre a internação involuntária da compulsória. No entanto, num primeiro momento extrai-se que a primeira pode ser realizada mediante a simples solicitação de terceiros, como parentes, por exemplo, a lei é omissa quanto à necessidade de autorização judicial, neste caso. Quanto à internação compulsória, dá a entender que esta seria realizada independentemente da solicitação de qualquer ente ligado ao usuário.

Este segundo tópico encarregou-se de apresentar um breve apanhado a respeito da evolução legislativa a respeito do enfretamento ao vício em Crack até culminar na política pública de internação compulsória e na, possível, aplicabilidade desta medida que vêm sendo anunciada pelo Estado de São Paulo.

Tal medida tem dividido opiniões tanto entre os cidadãos como entre os parlamentares e apresenta diversos focos de discussão, para bom aproveitamento do espaço, no próximo tópico, será dado enfoque a um viés utilitarista com base nos ensinamentos de Jeremy BENTHAM. No tópico seguinte, com a finalidade de contraposição, a medida será analisada a adequação constitucional da medida, com base nos princípios constitucionais da Dignidade Humana e da Autonomia Privada.

3. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA SOBRE A ÓTICA DA DOUTRINA UTILITARISTA DE BENTHAM

[16] Ibidem., p. 24.
[17] Idem.

Ao analisar a medida de internação compulsória sugerida pelo Projeto de Lei nº 7663 de 2010, ou seja, a possibilidade de um cidadão, por apresentar quadro de vício em crack, ser compelido judicialmente a ser internado, independentemente de sua vontade, verifica-se que esta medida é totalmente arbitrária, independentemente da finalidade que persegue.

Apesar de seu idealizador, o deputado Osmar Terra afirmar que a principal finalidade não é resolver o problema da cracolândia, mas promover a total reabilitação do viciado, esta medida guarda muita semelhança com a teoria utilitarista de Jeremy BENTHAM.

Michael SANDEL, ao analisar os ensinamentos de BENTHAM extrai o seguinte de sua teoria: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. Segundo ele, os cidadãos e legisladores devem, com base nessa vertente moral, fazer o seguinte questionamento: "*Se somarmos todos os benefícios dessa diretriz e subtrairmos todos os custos, ela produzirá mais felicidade do que uma decisão alternativa?*"[18] Em apertada síntese, decidir sobre qual a medida adotar leva em consideração uma fórmula quase que matemática que deve sempre resultar na promoção da felicidade no maior grau possível.

Analisando o utilitarismo de BENTHAM encontramos no arrebatamento de mendigos, em sua obra "*Tracts on Poor Laws*" - O tratamento dado aos pobres, na qual sugere a criação de um reformatório autoafiançável para abrigá-los, que guarda muita semelhança com a política pública de internação compulsória. A medida, sugerida por BENTAHM, tinha a finalidade de reduzir a presença dos mendigos nas ruas, pois percebeu que sua situação ensejava a redução da felicidade dos transeuntes de duas formas: vê-los na rua, aos mais sensíveis, produzia um sentimento de dor; e, encontrar mendigos na rua, ao público em geral, era desagradável e reduzia a felicidade.[19]

É público e notório que, assim como no caso do arrebatamento dos mendigos, como nas ruas da cracolância, a população de um modo geral ao se deparar tanto com mendigos, como com viciados em Crack sente-se desconfortável. E, de acordo com o utilitarismo, que busca a implementação de medidas que promovam a felicidade em seu máximo grau, a retirada compulsória de mendigos, e, no caso do PL 7663 de viciados, iria promover a felicidade da população em geral.

[18] SANDEL. Michael J. **Justiça o que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 48.

[19] BENTHAM, Jeremy. Tracts on Poor Laws in: **The Works os Jeremy Bentahm, vol. 8 [1843].** A project of Liberty Fund, Inc. The Online Library of Liberty. 2011. p. 540-564.

BENTHAM não negligencia que sua medida poderia ensejar a infelicidade dos mendigos que, recolhidos contra sua própria vontade, ficariam infelizes. Porém, na realização do cálculo de soma do sofrimento da população em geral é maior do que a infelicidade que os mendigos levados para o abrigo possam sentir.[20]

E, ainda, para evitar a infelicidade da população em ter que contribuir para manter os mendigos no abrigo, BENTHAM sugere que os desabrigados, desde o momento de entrada no abrigo, nele trabalhem para contribuir e arcar com os custos de sua estadia, incluindo neles, inclusive, as despesas com a sua captura.[21]

Assim, o utilitarismo promove um cálculo quase aritmético da quantidade de felicidade de cada medida para que se possa decidir por qual optar. Esta medida, de acordo com SANDEL não foi adotada[22], acredito que ele ainda não tenha tomado conhecimento do PL 7663. Mas, com a finalidade de refutar o utilitarismo apresenta o desrespeito aos direitos individuais.

De acordo com SANDEL, Para os utilitaristas, os indivíduos somente têm importância, coletivamente considerados. Assim, se a lógica utilitarista fosse aplicada, embasaria a aplicação de uma lei que violasse as normas fundamentais de decência e do respeito ao trato humano.[23]

Para ilustrar sua objeção SANDEL apresenta o exemplo, na Roma Antiga, dos romanos que atiravam os cristãos aos leões para serem devorados no Coliseu como forma de diversão popular. De acordo com o cálculo utilitarista, o sofrimento de um cristão ao ser devorado e sentir fortes dores, deve ser desconsiderado em face ao êxtase da grande quantidade de romanos que com o fato se divertem.[24]

Não obstante SANDEL tecer duas objeções à teoria utilitarista de BENTHAM o presente estudo irá se ater, apenas, à primeira. Deste modo, como forma de contrapor ao utilitarismo de BENTHAM, SANDEL apresenta o desrespeito desta teoria aos direitos individuais. Especificamente, no que se refere à internação compulsória, que em muito se assemelha com o Utilitarismo de BENTHAM, depreende-se que esta medida também afronta aos direitos individuais: a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada.

O próximo tópico se encarregará de tecer as diretrizes do princípio da dignidade humana e da autonomia privada sobre a disposição do corpo. Neste sentido, visa-se confrontar

[20] Idem.
[21] Idem.
[22] SANDEL. Michael J. **Justiça o que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 51.
[23] Idem.
[24] Idem.

a medida de internação compulsória – contra a vontade do viciado e as disposições constitucionais a respeito da dignidade da pessoa humana e a autonomia provada.

4. A MEDIDA DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA SOBRE O PRISMA DA DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA

Este estudo, no capítulo anterior abordou a medida de internação compulsória fazendo um paralelo com a teoria utilitarista com a qual guarda similitude, pois de acordo como cálculo utilitarista, promover a internação dos viciados em Crack que vagam pela cracolância, independentemente de sua total recuperação, promoveria a felicidade do restante da população apenas pelo fato de não serem mais vistos em circulação pela cidade.

No entanto, SANDEL faz objeção à teoria utilitarista de BENTHAM alegando o desrespeito aos direitos individuais. Do mesmo modo, o presente estudo irá abordar a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e à autonomia privada.

Em consonância com os ensinamentos de KANT, para agir livremente, é necessário agir com autonomia, e agir com autonomia é agir de acordo com as leis que cada um impõe para si mesmo, e não, de acordo com as convenções sociais. Ao agir com autonomia fazemos algo, sendo que este algo é uma finalidade em si mesma, e não um meio. Assim, deixamos de ser instrumentos e passamos a ser dotados de uma dignidade especial, e é isto que difere pessoas de coisas.[25]

Para KANT respeitar a dignidade da pessoa implica em tratá-la como finalidade e nunca como meio. E, é por isso, que é errado tratar determinadas pessoas como instrumento em prol do bem estar social, como sugere BENTHAM ao propor o arrebatamento dos mendigos para tornar o resto da população mais feliz.[26]

Especificamente, no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana de tão abrangente e importante que é acaba nada dizendo. Pois, de acordo com Maria Celina Bodin

[25] KANT. Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: 2004. p.394.

[26] SANDEL. Michael J. **Justiça o que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p.143.

de MORAES: "*ao ordenamento jurídico, enquanto tal, não cumpre determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade.*"[27]

Apesar de ser fundamento da ordem jurídica e sua extensão a todos alcançar é de extrema dificuldade delimitar seu conteúdo. Ainda de acordo com a autora: "*... essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação*".[28]

Maria Celina Bodin de MORAES oferece como caminho para o preenchimento do princípio da dignidade da pessoa humana:

> Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeito, portanto, do discurso e da ação – será "desumano", isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.[29]

A autora para melhor compreensão do conteúdo desmembra o princípio da dignidade da pessoa humana em outros cinco, sendo eles: igualdade; integridade física e moral – psicofísica; da liberdade e da solidariedade. No que se refere ao direito à igualdade, este compreende tanto o direito a ser tratado de maneira igual como o de ser tratado desigualmente dependendo das circunstâncias. Assim como determina Boaventura de Sousa SANTOS:

> Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza. Temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. As pessoas querem ser iguais, mas querem respeitadas suas diferenças. Ou seja, querem participar, mas querem também que suas diferenças sejam reconhecidas e respeitadas.[30]

A citação cima conjuga tanto o aspecto da igualdade formal quanto o da igualdade material, pois determina o tratamento igual, mas, igualmente, leva em consideração a singularidade de cada um e a igual dignidade de todas as pessoas humanas, reconhecendo a existência do pluralismo[31] que determina um tratamento diferenciado de acordo com as características de cada indivíduo.

---

[27] MORAES, Maria Celina Bodin de. Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda. ___. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82.

[28] Ibidem., p. 84.

[29] Ibidem., p. 85.

[30] SOUZA SANTOS, Boaventura. **As tensões da modernidade.** Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

[31] Para CITTADINO, pluralismo é "a concepção vinculada à figura do indivíduo, enquanto ser capaz de agir segundo sua concepção sobre vida digna."CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.** 3ª e. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 85.

Concernente ao direito à integridade psicofísica, tal direito irá abarcar inúmeros outros relacionados à personalidade, tais como: vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal. Ainda, compreende o direito à saúde e a existência digna.[32]

Com relação ao princípio dever de solidariedade social, após o advento das grandes guerras mundiais os ordenamentos jurídicos foram alterados e o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, dando lugar à pessoa humana e à dignidade a ela atribuída.

Desta feita, a solidariedade fática, de acordo com MORAES: "decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum." E, ainda, "esses interesses implicam, para cada membro, a obrigação moral de não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito. Esta regra não tem conteúdo material, enunciado apenas uma forma, forma de reciprocidade."

O direito à liberdade, por sua vez, durante muito tempo foi confundido com a autonomia privada. Num contexto no qual o Código Civil fazia às vezes de constituição, sob a égide de um Estado Liberal, o indivíduo era submetido apenas à própria vontade. Todavia, contemporaneamente, no centro do ordenamento está a pessoa não mais para realizar-se libertariamente, mas como um valor a ser respeitado. De forma que o princípio da liberdade está relacionado muito mais à privacidade, intimidade e exercício da vida privada, sem interferências de qualquer gênero.[33]

No que tange com a autonomia privada, de acordo com Ana Carolina Brochado TEIXEIRA: "não podemos admitir ilações acerca do sujeito de direito, abstratamente, ignorando a pessoa 'de carne e osso' ou sem pensá-lo inserido em determinada situação jurídica, em que devem ser consideradas suas aspirações, reconhecendo a pessoa em sua dimensão efetiva, como sujeito de necessidades".[34]

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana se realiza quando ao indivíduo é oportunizada a autodeterminação, de acordo com suas aspirações de efetivar sua liberdade e responsabilidade. Não obstante á proteção do indivíduo no que se refere a sua autonomia de autodeterminação a Constituição Federal prevê situações diferenciadas para aqueles que possuem um *déficit* de discernimento – é o caso das crianças, adolescentes, idosos e deficientes.

---

[32] MORAES, Maria Celina Bodin de. Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda. ___. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94.

[33] Ibidem., p. 107.

[34] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 188.

Apesar no princípio da dignidade da pessoa humana ter o condão de proteger o indivíduo, há autores que entendem que este princípio serve como limitador da autonomia da vontade, de modo que o Estado estaria autorizado a proteger o indivíduo dele mesmo. Neste, Edilson Pereira NOBRE JUNIOR, entende que: *"os direitos da personalidade são instransponíveis e irrenunciáveis, impedem que a vontade do titular possa legitimar o desrespeito à condição humana de indivíduos."*[35]

Ana Carolina Brochado TEIXEIRA conclui que o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre dupla função: de se concretizar em toda e qualquer situação jurídica, tutelando a autonomia privada; e, funciona, ainda, como limitador da atividade do legislador, "em busca de um espaço único de decisão pessoal, e questões existenciais"[36].

Tendo em vista a configuração do princípio da dignidade da pessoa humana, verifica-se que, as políticas públicas que se refletem nas medidas de internação compulsórias que estão sendo realizadas em São Paulo e são objeto do Projeto de Lei 7663, afrontam à autonomia privada e à dignidade dos viciados, pois colidem com inúmeros desdobramentos desse princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio.

CONCLUSÃO

O presente estudo não visava analisar a medida de internação compulsória sob o prisma de sua eficiência no que concerne à recuperação dos viciados, mas sim o de analisar sua legitimidade. Para tanto duas vertentes foram utilizadas: primeiramente, a doutrina de BENTHAM, o utilitarismo; e, em segundo lugar, a adequação constitucional da medida, com a dignidade humana e a autonomia privada.

Ao analisar o utilitarismo de BENTHAM que, para evitar a redução da felicidade da população em geral, sugeriu a implementação de uma medida que recolhesse em abrigos todos os mendigos das ruas. De acordo com esta doutrina, para decidir se a medida estaria adequada bastaria a realização do cálculo aritmético de felicidade. De modo que, o recolhimento de um mendigo ao abrigo, por mais que o tornasse infeliz, proporcionaria a felicidade da população em geral, logo, a medida estaria correta por proporcionar a felicidade de um número maior de pessoas, em detrimento da tristeza de apenas uma.

[35] NOBRE JÚNIO. Edilson Pereira. **O direito Brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Revista dos Tribunais, v. 7, p. 478-480, jul. 2000.

[36] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 125.

A medida de internação compulsória, que dentro em breve deve ser implementada em São Paulo e, se aprovada, também no âmbito nacional, prevê a internação de viciados em Crack independentemente de sua vontade. Essa medida deixa transparecer que, mesmo que este viciado não se cure totalmente, ele deixará as ruas durante algum tempo, e evitará o infortúnio de ser visto pelo resto da população, pois é inegável que o dissabor que os cidadãos têm ao se deparar com tal situação diariamente.

Esta medida guarda grande similitude com a sugestão do utilitarismo de BENTHAM, pois mesmo no caso de não haver recuperação por parte do viciado, as ruas estão mais agradáveis de se percorrer. De forma que, nesse primeiro momento a medida parece ser adequada.

Todavia, o ordenamento jurídico pátrio encontra-se sob a égide de um Estado de Direito, no qual a Constituição Federal tem papel fundamental de traçar as diretrizes para a edição das normas infraconstitucionais e, também, de parâmetro hermenêutico destas. Desta forma, todas as leis e medidas públicas devem ser analisadas à luz da Constituição.

A dignidade da pessoa humana é o princípio que fundamenta o ordenamento jurídico brasileiro, pois, a partir de seu advento o homem foi colocado no centro das relações e a ele foi dado papel fundamental, sempre considerado como finalidade, não mais como meio.

O problema reside no fato de que de tão amplo, tal princípio por vezes encontra dificuldades em ser preenchido, e consequentemente, concretizado nas relações rotineiras. Todavia, Maria Celina Bodin de MORAES, para melhor preenchimento deste princípio o desdobra em outros cinco: igualdade; integridade física e moral – psicofísica; da liberdade e da solidariedade.

Mediante a análise da medida de arrebatamento de mendigos, bem como a de internação compulsória – que consistem em determinar a internação/recolhimento de pessoas, sem sequer lhes conferir sequer o direito de se manifestação, afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois o fere em todos os seus desdobramentos.

Não obstante alguns autores entenderem que o princípio da dignidade humana determina que o Estado defenda o cidadão em todos os casos, inclusive, dele mesmo, este princípio seria um óbice ao exercício da autonomia privada. Todavia, verifica-se que a Constituição de 1988 já delimitou em seu texto as pessoas que merecem tratamento especial em razão de sua vulnerabilidade: crianças, adolescentes e idosos. Sendo que, aos demais a autonomia continua assegurada.

De modo que a dignidade da pessoa humana, como já dito, tem a finalidade de proteger a autonomia privada, bem como de limitar a atividade do legislador. Logo, a medida

de internação compulsória, mostra-se adequada ao utilitarismo, no entanto, inconcebível num cenário de proteção a direitos fundamentais amparados pela dignidade da pessoa, no qual a autonomia privada deve ser respeitada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTHAM, Jeremy. **Tracts on Poor Laws in: The Works os Jeremy Bentham, vol. 8 [1843]. A project of Liberty Fund,** Inc. The Online Library of Liberty. 2011. p. 540-564.

CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.** 3ª e. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GEDIEL, José Antônio Peres. **A formação do direito moderno e o corpo humano. ____. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo.** Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 11-80.

KANT. Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: 2004.

LIMA FILHO, Mário Coelho. **O legislativo e a política de enfrentamento do uso do crack. Brasília:** 2010. 54 f. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor como parte de avaliação do Curso de Especialização em Legislativo e Políticas Públicas - LPP.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda. ___. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.57-140

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANDEL. Michael J. **Justiça o que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SOUZA SANTOS, Boaventura. **As tensões da modernidade.** Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

LEGISLAÇÃO

Decreto 7179 de 2010

Lei 11.343 de 2006

Lei nº 10.216 de 2001

Projeto de Lei nº7667 de 2010

DOCUMENTOS ON LINE

Brasil. Confederação Nacional dos Municípios. **Pesquisa sobre a situação do crack nos municípios brasileiros**. Brasília: CNM, 2010. 155 5p. Disponível em: http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_saude/dados_e_estatistica/mapeamento_crack_municipios_brasil_estudo_completo.pdf <acesso em: 17 jan. 2013>.

Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **I Levantamento Nacional Sobre o Uso de Álcool, tabaco e outras drogas entre universitários das 27 capitais brasileiras** / Secretaria nacional de Políticas sobre Drogas; CREA/IPQ-HC/FMUSP; organizadores Arthur Guerra de Andrade, paulina do Carmo arruda Vieira Duarte, Lúcio Garcia de oliveira. – Brasília: SENAD, 2010. 284 p.

Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Relatório brasileiro sobre drogas / Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas**; IME USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempliuk e Lúcia Pereira Barroso. – Brasília: SENAD, 2009. 364 p.

Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas**. Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas**, 2010. p.106.

Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Centro Brasileiro de Informações sobre drogas Psicotrópicas. **Folheto sobre drogas psicotrópicas: Leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental**; organizadores 5ª Ed. Brasília: SENAD/CEBRID, 2010. 66 p.

Animais: sem deixar a sombra dos homens para a garantia de seus direitos

Animals: leave under the shadow of men for the guarantee of their rights

Beatriz Souza Costa[1]
Émilien Vilas Boas Reis[2]

Resumo
Este artigo tem por objetivo demonstrar os argumentos que procuram comprovar que os animais têm direitos jurídicos. O método dedutivo é facilitador para analisar opiniões doutrinárias que inferem sobre uma dignidade animal. Os autores favoráveis a esta teoria argumentam que a capacidade de, também, sentir dor igualam os homens e os animais em dignidade. Mas esta tese não tem tido guarida no meio jurídico. No entanto, outra teoria surge como a dos entes despersonalizados para viabilizar os direitos jurídicos dos animais, e para tanto utilizam o artigo 2º do Código Civil e também artigo 12 do Código de Processo Civil. Entende-se que este pode ser um caminho viável para a garantia jurídica, de defesa animal, que permanece sob a sombra protetora dos homens.

Palavras chave: Animais; Dignidade; Entes despersonalizados.

Abstract
This paper aims to demonstrate the arguments that seek to prove that animals have legal rights. The deductive method is to analyze the doctrinal views that infer a dignity in the animals. The authors favor of this theory argue that the ability to also feel pain equate men and animals in dignity. But that argument has not been in the legal den. However, another theory emerges as the depersonalized entities to enable the legal rights of animals, and to use both Article 2 of the Civil Code as well as Article 12 of the Civil Procedure Code. It is understood that this may be a viable way to guarantee legal defense animal, which remains under the protective shadow of men.

Keywords: Animals; Dignity; Depersonalised entities.

[1] Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Professora de Direito Ambiental Constitucional do Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara.
[2] Graduado em filosofia (UFMG), mestre e doutor em filosofia (PUCRS). Professor do programa de graduação e de pós-graduação em Direito (mestrado) da Escola Superior Dom Helder Câmara.

1. Introdução

A questão quanto os direitos jurídicos dos animais ainda não está equacionada em vários países do mundo. No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, estabelece a proteção destes, inclusive quanto à submetê-los à crueldade.

A doutrina tem se debruçado, com argumentos convincentes, para comprovar uma dignidade animal, que não se afasta da dignidade humana. Mas ainda permanece a pergunta se os animais devem mesmo ter direitos jurídicos garantidos, ou se os homens devem ser seus guardiões, e, portanto, essa sombra humana como algo fundamental para a garantia da proteção animal.

Nesse sentido, é interessante verificar, primeiramente, a relação homens/animais e as preocupações éticas e jurídicas dos primeiros frente aos segundos ao longo da história. Em seguida, o artigo se debruçará sobre as noções de dignidade referente aos animais, e se eles podem ser considerados sujeitos de direito.

2. Animais: Preocupação ética e jurídica

A preocupação ética e, consequentemente, jurídica com os animais é algo relativamente recente na história humana, entretanto, a relação dos homens com eles é bem mais antiga. A domesticação de alguns animais ocorreu junto com os primeiros processos civilizatórios. De certa forma, os animais sempre foram utilizados de acordo com as conveniências, isto é, em rituais de sacrifícios, no auxílio a determinados trabalhos e para alimentação. Não obstante, as atividades de caça e pesca foram fundamentais para a sobrevivência humana. Nesse sentido, corrobora com esta noção Daniel Lourenço, que afirma:

> A relação homem-animal possui raízes bastante remotas, confundindo-se com a própria origem do ser humano. Os historiadores e antropólogos geralmente estipulam que o período denominado 'caçador-coletor' das sociedades humanas tenha se iniciado com os nossos primeiros antecessores diretos (*Homo erectus* – 2/1,5 milhões de anos atrás) e tenha persistido até o desenvolvimento da agricultura, há cerca de 10.000 anos atrás. (LOURENÇO, 2008, p. 43)

Com o passar do processo civilizatório, porém, os homens começaram a abusar de sua relação com os animais, especialmente há mais ou menos 10.000 anos, com uma espantosa revolução social e econômica: "Iniciou-se um processo de domesticação de plantas

e animais, com a consequente produção intensiva de alimentos em várias partes do globo, fato esse que proporcionou uma grande ruptura no balanço de poderes entre os seres humanos e destes para com os animais" (LOURENÇO, 2008, p. 43-44).

O aumento exponencial da população, mais especificamente nos últimos dois séculos, não resultou no trágico prognóstico do economista britânico Thomas Malthus (1766-1834) de que haveria falta de alimentos no mundo, pelo menos até agora. Em grande parte isso se deve ao consumo de animais. A necessidade por carne exigiu um aumento da criação de animais que, muitas vezes, passaram a viver e serem criados em condições extremamente precárias. Os animais deviam suprir a alta demanda. Neste processo a preocupação está no resultado da produção, mas não no procedimento (o tratamento dado aos animais).

A área de cosméticos também contribuiu para os maus tratos com os animais. Ao longo do século XX, principalmente na sua segunda metade, os animais passaram a ser utilizados em experimentos para a fabricação de produtos de beleza.

Os experimentos científicos em suas mais diversas áreas foram responsáveis por inúmeros casos de violência e sadismo com animais. Em prol de projetos e descobertas científicas, sem uma legislação própria regulatória, a utilização indiscriminada proporcionou os relatos mais cruéis da relação humanos/animais.

Ao longo do pensamento ocidental poucos foram os autores que se debruçaram sobre uma ética dos animais, ou sobre uma sadia aproximação entre homens e animais. Pode-se falar em obras espaçadas. De acordo com Dorado (2005, p. 48):

> Hay que señalar que, con anterioridad, se publicaron varios ensayos sobre la cuestión, entre los cuales se pueden destacar los siguientes: Acerca de comer carne: los animales utilizan la razón (Plutarco), cuyo autor falleció en el año 120; Sobre la abstinencia (Porfirio), escrito en el siglo III; Moral Inquiries on the Situation of Man and of Brutes (Lewis Gompertz), publicado inicialmente en 1824; y Los derechos de los animales (Henry S. Salt), publicado inicialmente en 1892 (DORADO, 2010, p. 48).

Além dos autores citados acima, um dos primeiros autores que a preocupar-se com a boa relação dos homens com os animais dos quais se tem notícia é Pitágoras. Tom Regan chama a atenção sobre o obscuro autor nascido em Samos, que prega uma compaixão para com os animais:

> O texto vegetariano clássico de Pitágoras intitula-se "Do consumo da carne". Os que conhecem esta obra sabem que, nela, Pitágoras defende a transmigração das almas. De acordo com Pitágoras, os animais não humanos são seres humanos reencarnados. As vacas e porcos podem parecer-se com vacas e porcos mas, para dizer a verdade, são realmente seres humanos *vestidos* (por assim dizer) como vacas e porcos, pelo menos por algum tempo. Portanto, a justiça e a compaixão demonstradas a vacas e

> porcos são justiça e compaixão demonstradas a seres humanos (apesar de toda a aparência contrária) (REGAN, 2013, p.8).

Na verdade, uma "ética" dos animais irá se consolidar a partir de uma dada concepção sobre o que sejam os animais e de um entendimento do que seja uma boa relação dos homens com eles: "O movimento de libertação dos animais é, por assim dizer, intervivos: trata-se de libertar os animais de opressões a que são submetidos pela espécie humana, ou por grupos de seres humanos que adotam consciente ou inconsciente a atitude denominada 'especismo'" (MORA, 2000, p. 140).

O termo especismo *Speciesism* foi criado pelo psicólogo inglês Richard Ryder e utilizado uma das primeiras vezes no *paper Experiments on Animals*, que está em uma obra paradigmática sobre os direitos dos animais denominada *Animals, Men, and Morals: An Enquiry into the Maltreatment of Non-Humans* de 1972. Esta obra é uma compilação de artigos que defendem uma ética dos animais. No referido texto Ryder afirma:

> In as much as both "race" and "species" are vague terms used in the classification of living creatures according, largely, to physical appearance, an analogy can be made between them. Discrimination on grounds of race, although most universally condoned two centuries ago, is now widely condemned. Similarly, it may come to pass that enlightened minds may one day abhor "speciesism" as much as they now detest "racism". The illogicality in both forms of prejudice is of an identical sort. If it is accepted as morally wrong to deliberately inflict suffering upon innocent human creatures, then it is only logical to also regard it as wrong to inflict suffering on innocent individuals of other species (RYDER, 2013, p. 81)[3]

O especismo será entendido a partir de então como sendo uma atitude preconceituosa, chegando a ser comparada com o racismo e também ao sexismo.

O texto ilustra o aumento considerável em experimentos científicos do uso de animais no Reino Unido de 1885 (797 experimentos) a 1969 (5.418.929 experimentos), isto é, um aumento de quase 6.800 vezes. O artigo chama a atenção para o uso indiscriminado de animais não só nos departamentos de anatomia, patologia, farmacologia, bioquímica, fisiologia, medicina e estudos veterinários, mas também em departamentos de psicologia, zoologia, ecologia, *forestry* e agricultura (RYDER, 1972, p. 42). Ryder descreve inúmeros

[3] Tradução nossa: [...] assim como os dois "racismo" e "especisismo" são termos vagos e usados para classificação de criaturas vivas, em grande parte, tendo em vista sua aparência física, e também qualquer outra analogia que possa ser feita entre eles. A discriminação, tendo como fundamentação, a raça, embora considerado moralmente errada dois séculos atrás, hoje em dia é largamente condenada. Similarmente, como ocorreu com o racismo, as mentes iluminadas também verão com extrema aversão o "especisismo". As duas formas, ilógicas, de preconceito são iguais. Se é aceito como moralmente errado infligir, deliberadamente, sofrimento em uma criatura humana também é logico considerar errado infligir sofrimento em qualquer individuo inocente ou a qualquer espécie.

experimentos dolorosos com animais que, de certa forma, é o mote para uma reflexão da relação do homem com animais, por exemplo:

> [...] only 15 per cent of British experiments involve anaesthesia. It should not be imagined that all the remaining procedures involve drastic operations causing intense pain. They do, however, include practically all tests of poisons, chemical and biological weapons, the use of electric shock in behavioural studies, the cultivation of tumours and the deliberate infection with diseases; these experiments often involve considerable suffering which is rarely, if ever, mitigated by analgesia or anaesthesia (RYDER, 2013, p. 43).[4]

A partir da década de 70 vários pensadores se debruçaram mais detidamente sobre os animais como entes de direito. Isto forçou que entidades governamentais tomassem providências concretas através de legislações, como a UNESCO, que proclamou em 27 de janeiro de 1978 a Declaração dos Direitos dos Animais. Nesta declaração os animais passam a ser protegidos ao se tornarem seres de direito. Eis seus artigos:

> **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS**
>
> **Art. 1º)** Todos os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência.
>
> **Art. 2º)** O homem, como a espécie animal, não pode exterminar outros animais ou explorá-los violando este direito; tem obrigação de colocar os seus conhecimentos a serviço dos animais.
>
> **Art. 3º)** 1) Todo animal tem direito a atenção, aos cuidados e a proteção dos homens.
>
> 2) Se a morte de um animal for necessária, deve ser instantânea, indolor e não geradora de angústia.
>
> **Art. 4º)** 1) Todo animal pertencente a uma espécie selvagem tem direito a viver livre em seu próprio ambiente natural, terrestre, aéreo ou aquático, e tem direito a reproduzir-se,
>
> 2) Toda privação de liberdade, mesmo se tiver fins educativos, é contrária a este direito.
>
> **Art. 5º)** 1) Todo animal pertencente a uma espécie ambientada tradicionalmente na vizinhança do homem tem direito a viver e crescer no ritmo e nas condições de vida e liberdade que forem próprias da sua espécie;
>
> 2) Toda modificação desse ritmo ou dessas condições, que forem impostas pelo homem com fins mercantis, é contrária a este direito.

[4] Tradução nossa: [...] somente 15 por cento das experiências britânicas envolvem a utilização de anestesia. Isto nem deveria ser imaginado, ou seja, que todos os procedimentos existentes que requerem operações drásticas, causem dor intensa. Além disso, praticamente todos os testes como de venenos; produtos químicos e armas biológicas; o uso de eletro choques para os estudos de comportamento; o desenvolvimento de tumores e estudos que deliberadamente provocam infecções e doenças todos envolvem consideráveis sofrimentos, o que raramente, ou nunca, são aliviados por analgesia ou anestesia.

> **Art. 6º)** 1) Todo animal escolhido pelo homem para companheiro tem direito a uma duração de vida correspondente á sua longevidade natural; 2) Abandonar um animal é ação cruel e degradante.
>
> **Art. 7ª)** Todo animal utilizado em trabalho tem direito à limitação razoável da duração e da intensidade desse trabalho, alimentação reparadora e repouso.
>
> **Art. 8º)** 1) A experimentação animal que envolver sofrimento físico ou psicológico, é incompatível com os direitos do animal, quer se trate de experimentação médica, científica, comercial ou de qualquer outra modalidade;
>
> 2) As técnicas de substituição devem ser utilizadas e desenvolvidas.
>
> **Art. 9º)** Se um animal for criado para alimentação, deve ser nutrido, abrigado, transportado e abatido sem que sofra ansiedade ou dor.
>
> **Art. 10º)** 1) Nenhum animal deve ser explorado para divertimento do homem;
>
> 2) As exibições de animais e os espetáculos que os utilizam são incompatíveis com a dignidade do animal.
>
> **Art. 11º)** Todo ato que implique a morte desnecessária de um animal constitui biocídio, isto é, crime contra a vida.
>
> **Art. 12º)** 1) Todo ato que implique a morte de um grande número de animais selvagens, constitui genocídio, isto é, crime contra a espécie;
>
> 2) A poluição e a destruição do ambiente natural conduzem ao genocídio.
>
> **Art. 13º)** 1) O animal morto deve ser tratado com respeito;
>
> 2) As cenas de violência contra os animais devem ser proibidas no cinema e na televisão, salvo se tiverem por finalidade evidencias ofensa aos direitos do animal.
>
> **Art. 14º)** 1) Os organismo de proteção e de salvaguarda dos animais devem ter representação em nível governamental;
>
> 2) Os direitos do animal devem ser defendidos por lei como os direitos humanos.

Alguns países como os Estados Unidos já possuem uma tradição consolidada em relação ao debate sobre o direito dos animais. A comunidade acadêmica, a comunidade jurídica e a sociedade civil se mobilizam em torno desta questão. Steven White chama a atenção sobre o debate americano em seu comentário à obra Animal Rights: Current Debates and New Directions:

> […] the United States legal academy has been actively exploring legal issues relating to animals for a number of years. There is a large and growing body of literature in the area, across monographs, textbooks and journal articles too numerous to cite. The Lewis and Clark Law School, in Portland, Oregon, has established the National Center for Animal Law and publishes an annual journal,

> Animal Law. Approximately 40 law schools in the United States offer courses on animals and the law. The legal profession in the United States has been no less active. A large number of State Bar Associations have established animal law sections or committees. Activist attorneys established the independent Animal Legal Defense Fund ('ALDF') in 1981. The ALDF not only provides free legal advice and assistance to prosecutors in cruelty cases, but also maintains a national database of cruelty cases, and provides support for lawsuits that test the boundaries of animal law (WHITE, 2013, p. 2).[5]

No Brasil o debate ainda se consolida, mas a Constituição da República também já garante proteção aos animais em seu art. 225, § 1°, VII:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 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 sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, Constituição 1988).

Enfim, o grande problema neste debate é determinar o que seja subjugar ou maltratar os animais. Alguns autores chegam a questionar a própria domesticação.

Este fato se verifica com a defesa de alguns autores sobre a dignidade de animais não-humanos.

3. A Questão da Dignidade Animal

Assinala Kant que o homem é o único ser capaz de possuir dignidade, tendo em vista sua capacidade de autonomia, ou seja, liberdade. Kant, com certeza, se sentiria desconfortável ou até mesmo indignado com as novas teorias que reconhecem um valor intrínseco aos animais e, de certa forma, também uma dignidade.

Para explicar onde os teóricos atualmente estão chegando é importante resgatar o início desse pensamento que provém de um movimento que deu corpo a essa filosofia, ou

[5] Tradução nossa: [...] a academia de direito, dos Estados Unidos, já alguns anos, tem explorado ativamente temas jurídicos relacionados aos animais. Existe um grande e crescente número de literatura como monografias, livros e artigos científicos sobre o tema. A Faculdade de Direito *The Lewis and Clark Law School,* em Portland, Oregon, estabeleceu o Centro Nacional de Estudo de Direito Animal (*National Center for Animal Law)* e publica uma revista sobre direitos dos animais. Aproximadamente 40 faculdades nos Estados Unidos oferecem cursos sobre animais e seus direitos. A legalização da profissão nos Estados Unidos também não tem sido pequena. Um grande número de advogados no *State Bar Association* estabeleceu sessões ou comitês sobre direitos dos animais. Advogados ativistas estabeleceram uma fundação independente em defesa legal dos Animais – *Animal Legal Defense Fund. ALDF*. Eles oferecem consultoria gratuita e assistência ao Ministério Público nos casos de crueldade, e também mantém um banco de dados nacional sobre casos de crueldade. Além disso, dão suporte em casos jurídicos sobre os limites dos direitos dos animais.

seja, a ideia de que a terra é um mundo que "tudo está em tudo", e é protegido por um Deus Pan (OST, 1995, p. 172). Essa filosofia se desenvolveu principalmente nos Estados Unidos na década de setenta, e identificada por *deep ecology* traduzida como ecologia profunda ou ecologia radical.

A pesquisa sobre dignidade humana se iniciou com a teoria Kantiana, na qual o autor afirma que o homem é um fim em si mesmo, numa conotação profundamente antropocentrista. Ao revés, a filosofia da *deep ecology* tem uma perspectiva totalmente contrária e retira o homem, como o valor primordial, do centro universal. Portanto, apesar de ser um animal racional capaz de um discernimento incomparável, o homem é apenas parte desse universo, e não o ser mais importante dele.

A ideia difundida pela *deep ecology* é centrar o valor na natureza, fazendo com que o homem seja mais um de seus elementos.

François Ost faz uma digressão resumida de onde surgiu a ideia de descentralização do homem e relata que essa filosofia teve início por volta do ano de 1949 pelo autor A. Leopold, de Nova York com o livro *A Sand County Almanac* (OST, 1995, p. 176). Vários outros sucederam a esse, alguns conhecidos como Rachel Carson, 1962, *Silent Spring* e também Christopher D. Stone com seu famoso *Should Trees Have Standing?* em 1970[6].

Sem ter o objetivo de esgotar o número de autores que reservaram o direito de lutar pelos interesses da natureza, e também prever uma ordem cronológica de seus trabalhos, faz-se necessário citar alguns trabalhos de Peter Singer com a Libertação Animal em 1975, Ética Prática em 1993 e também seu último trabalho denominado "*In Defense of Animals – The Second Wave*", 2006, este com participação de vários autores[7]..

No livro Ética Prática, Peter Singer expõe vários argumentos para igualar homens e animais, mas seu principal argumento é o sentimento da dor e o sofrimento sofrido pelos animais. Ademais, a busca pela igualdade animal tem como pano de fundo a própria igualdade humana, pois os humanos, apesar de todas suas diferenças como as de cor, religião e cultura são considerados iguais. Portanto, porque não estender aos animais não-humanos essa igualdade? Assim sugere o autor:

> Em outras palavras, vou sugerir que, tendo aceitado o princípio de igualdade como uma sólida base moral pra as relações com outros seres de nossa própria espécie, também somos obrigados a aceitá-la como uma sólida base moral para as relações com aqueles que não pertencem à vossa espécie: os animais não-humanos (SINGER, 2002, p. 65).

[6]STONE, Christopher D. *Shoud Trees Have Standing?And another essays on law, morals and the environment.* New York; Oceana Publications, 1996, 181 p.
[7] SINGER, Peter at al. *in Defense of Animals- The Second Wave.* Australia: BlackWell Publishing, 2006, 248 p.

Singer, em sua defesa pela libertação animal, tem como base à teoria de Jeremy Bentham[8] (1748-1832), na qual explicita que os animais são diferentes dos homens, mas o que os iguala é a capacidade de sentir dor. No entanto, Bentham não reconhecia nos animais qualquer direito ou dignidade, e Singer vai mais longe:

> Os racistas violam o princípio da igualdade ao conferirem mais peso aos interesses de membros de sua própria raça quando há um conflito entre seus interesses e aos daqueles que pertencem a outras raças. Os sexistas violam o princípio da igualdade ao favorecerem os interesses de seu próprio sexo. Analogamente, os especistas permitem que os interesses de sua própria espécie se sobreponham àqueles maiores de membros de outras espécies – o padrão é idêntico em todos os casos (SINGER, 2004, p.11) .

A preocupação maior do autor na obra Libertação Animal é rebater o especismo, desqualificando o argumento de que os seres humanos são espécies superiores, fazendo um paralelo com a discriminação baseada na raça. Singer e outros autores, da mesma linha filosófica, buscam comprovar a existência de uma igualdade irrefutável entre seres humanos e não-humanos**.** Ora, então o trabalho de Darwin foi totalmente em vão. Pior ainda, foi especista/racista. Mas pesquisas avançadas trazem novidades quanto as similaridades de humanos e os macacos.

3.1. O que une os homens aos macacos

James D. Watson (2005, p. 255) ao relatar sobre as maiores doenças descobertas, em pesquisas genéticas, descreve como os pesquisadores Allan Wilson e Vince Sarich, em

[8] Sobre Bentham: "O inglês Jeremy Bentham (1748-1832) foi precursor da teoria utilitarista, se contrapôs, à época, a teoria do Direito Natural que pressupunha a existência de um contrato original que obrigava as pessoas a cumprirem compromissos em geral. Bentham, no entanto, não via propósito em tal teoria que não comprovava a existência desse contrato. Propõe, portanto a teoria utilitarista e responde por que os homens cumprem contratos em geral. Explica que a ocorrência desse fato se deve a necessidade de auferir alguma vantagem, ou seja, a soma dos prazeres deve ser maior do que a soma dos desprazeres. A utilidade para Bentham é tudo o que possa proporcionar benefício ao homem. A felicidade é o ideal perseguido por ele, portanto se o homem obedece às regras do Estado, este persegue também a felicidade geral, (para Bentham a teoria é válida para a comunidade assim como para atos de Governo). Refuta o autor, portanto a teoria do Direito Natural e a substitui pela teoria utilitarista. A importância da teoria de Bentham, no que concerne aos animais, é que em um de seus trabalhos faz uma defesa estarrecedora, para a época, em prol dos mesmos. Em sua 'Introdução aos princípios da moral e da legislação' Bentham, em poucas linhas classifica os seres humanos e os animais como espécies suscetíveis à felicidade. Emerge nesse ínterim, com revolta, e questiona porque os animais não possuem nenhuma proteção jurídica. Acha que a utilização deles, em sua época, foi o que ocorreu com a escravidão dos seres humanos. Afirma que o fato de usar os animais como alimento não permite ao homem a sua utilização de forma cruel. Salienta que a capacidade de raciocínio e da fala, inerentes ao homem, não o faz superior, porque um animal tem uma capacidade racional muito maior que um bebê recém nascido ou até mesmo de um mês. O problema chave para Bentham é a questão da dor e sofrimento que os animais podem sentir e, isso é fundamental para suas conclusões, ou seja, o sofrimento e a dor são sentimentos que os igualam aos homens. A verdade é que Bentham não esclarece detalhadamente sua teoria e acredita-se que o autor não designaria aos seres não-humanos qualquer dignidade" (BENTHAN, 1979, p.63).

trabalho desenvolvido sobre a linhagem de macacos e homens, fizeram uma das maiores descobertas no ano de 1967.

A pesquisa comprovou que a separação entre a linhagem dos grandes macacos e a linhagem dos seres humanos não ocorreu, segundo a sabedoria convencional, há 25 milhões de anos, mas há 5 milhões de anos. Watson afirma que os pesquisadores de Berkeley foram massacrados por outros pesquisadores de diferentes instituições, no entanto, pesquisas mais avançadas chegaram à conclusão de que os dois estavam corretos em suas análises.

Wilson muito interessado em descobrir o que afastava ou unia o homem ao macaco fez uma parceria com a pesquisadora Mary Clair King, e os dois chegaram a uma descoberta mais significativa ainda.

O propósito da pesquisa era verificar exatamente qual a diferença, de DNA, que separava as duas espécies. Relata Watson que Wilson e Clair ao separarem a linhagem humana e a linhagem dos chimpanzés, utilizando uma forma complexa de desnaturação do DNA, descobriram uma diferença de 1% (um por cento), no DNA das duas espécies. Mais interessante ainda é que ao utilizar a mesma forma de separação, de linhagem, entre os chimpanzés e os gorilas a diferença ficou em 3% (três por cento). Portanto, os seres humanos têm mais similaridades com os chimpanzés, do que os chimpanzés com os gorilas.

Para explicar, no entanto, tantas diferenças entre as duas espécies Wilson e King afirmam que "a maior parte das mudanças evolutivas havia ocorrido nos pedaços de DNA que controlam o ligar/desligar dos genes. Desse modo, pequenas alterações gênicas poderiam ter grandes efeitos" (WATSON, 2005, p. 257).

Pode-se entender que o processo de desenvolvimento da natureza combinação/recombinação de DNA, cria espécies de formas totalmente diferentes e genes com combinações inimagináveis. Isso é fato, pois os seres humanos com apenas um por cento de diferença com os macacos, obtiveram um desenvolvimento diferenciado.[9]

[9] Interessante entender um pouco do trabalho que levou os dois pesquisadores a descobrirem tal diferença. Conforme explica Watson: "Para comparar os genomas do chimpanzé e do ser humano, Mary Clair King e Wilson combinaram diversas técnicas, incluindo uma particularmente engenhosa chamada "hibridização do DNA". Quando duas fitas complementares de DNA se juntam para formar uma dupla-hélice, elas podem ser separadas aquecendo-se, a mistura, a 95º C, um fenômeno chamado "desnaturação" no jargão dos geneticistas moleculares. Mas o que acontece quando as duas fitas não são perfeitamente complementares, isto é, quando ocorreu alguma mutação em uma delas? Bem, as duas fitas irão se "desnaturar" numa temperatura inferior a 95º C- quanto maior a diferença entre ambas as fitas, menor o calor necessário para separá-las. King e Wilson usaram esse princípio pra comparar o DNA de seres humanos e chimpanzés. Quanto mais próximas fossem as sequências das duas espécies, mais o ponto de desnaturação tenderia aos 95º C de fitas idênticas. A semelhança das sequências foi realmente surpreendente: King conseguiu inferir que as sequências de DNA dos seres humanos e dos chimpanzés diferem em apenas 1%. Na realidade, os seres humanos têm mais em comum com os chimpanzés do que estes têm em comum com os gorilas, pois os genomas destes últimos diferem em cerca de 3%." (WATSON, 2005, p. 256).

Os seres humanos são animais racionais. Não significa que são melhores que todas as demais espécies, mas foi a única que teve e continua tendo uma capacidade de evolução sem precedentes. Naturalmente, a grande capacidade cognitiva leva o ser humano a ter uma responsabilidade também sem precedentes, ou seja, deve cuidar de todas as demais espécies que sejam ameaçadas. Mas não se pode esquecer de que existe a necessidade de sobrevivência e, para isso, na maioria das vezes, os seres humanos se vêem obrigados a utilizar outros animais.

Peter Singer sugere que, em respeito à dignidade animal, o homem pare de consumir todo e qualquer produto de origem animal. Talvez, um dia, o homem chegue a uma evolução tamanha que desenvolva métodos para que isso seja possível, no entanto, ainda não há soluções viáveis concretas (SINGER, 2006, p. 264).

Tom Regan em artigo denominado *The Day May Come: Legal Rights for Animal*s inicia sua explanação sobre os direitos dos animais também se reportando à teoria de Kant sobre o homem como fim em si mesmo e como possuidor de autonomia moral. No entanto, ao desenvolver sua tese, toma como exemplo o *status* de uma criança que, por qualquer problema genético ou acidental, não venha a adquirir sua autonomia quando adulto, e, consequentemente, não terá meios de se tornar uma pessoa capaz. Nesse ínterim, também se visualiza o pensamento de Bentham.

Aduz o autor que o problema é insanável, pois a criança se iguala aos animais não-humanos, mas sem perder sua característica de ser humano e, portanto, possuidora de dignidade. A igualdade que Regan acentua é aquela que a protege, no entanto, não pode ser pleiteada por ela mesma, e explica Tom:

> [...] many human children, whether because of genetic inheritance or injury, lack the potential to be persons. Yet we do not believe that these children must therefore lack such basic rights as the right to life and to bodily integrity. If these children have these rights while acking the potential to became persons, it must be a double standard to insist that nonhuman animals, who also lack this potential, must lack these rights.
> But, it will be said, 'these children are human beings the animals not'. That's the morally relevant difference. Once again, the difference is a real one. But, once again, it is not morally relevant. Just as I is not true that persons in descriptive sense have rights because they are persons in that sense, so it is not true that human persons have rights simply because they are human beings. To their credit, those partisan of human rights who persist in thinking otherwise take a commendable stand in favor of human dignity; it is the reasons they have for doing so that are flawed (REGAN, 2004, p. 23)[10].

[10] Tradução nossa: [...] várias crianças, tanto por problemas genéticos ou acidentais, perdem o potencial de se tornar pessoa. Nós não acreditamos que estas crianças devem, no entanto, perder seus direitos básicos como o direito à vida e de sua integridade física. Se essas crianças têm esses direitos, mesmo prescindindo do potencial

Esta complexa interpretação não ocorre somente com Tom Regan, vários autores desenvolveram pesquisas e já usaram o mesmo argumento, já que há um vácuo na doutrina sobre o direito de personalidade no direito civil ainda resolvido. De certa forma, não há forma de se igualar o animal não-humano à pessoa, mas isto não quer dizer que não haja solução para se defender os direitos dos animais, como tentam demonstrar todos os autores aqui citados, sem, no entanto, defender uma dignidade animal.

Mas não se deve pensar que a doutrina tem descansado desse angustioso tema, ou seja, tentar estabelecer uma forma de ajustar os direitos dos animais que se mostram justos.

Cass Sunstein também tem se dedicado ao tema e em um artigo denominado *The Rights of Animals* defende o direito dos animais, explicando quais são os seus objetivos:

> In this Essay I have three goals. The first is to reduce the intensity of the debate by demonstrating that most everyone believes in animal rights, at lest in some minimal sense; the real question is what that phrase actually means. My second goal is to give a clear sense of the lay of the land – to show the range of positions, and to explores what issues separate reasonable people. In this way, I attempt to provide a kind of primer for current and coming debates. The third goal is to defend a particular position about animal rights, one that, like Bentham's, puts the spotlight squarely on the issues of suffering and well-being. This position requires rejection or qualification of some of most radical claims by animals rights advocates, especially those that stress the "autonomy" of animals, or that object to any human control and use of animals. But my position has radical implications of its own. It strongly suggests, for example, that there should be extensive regulation of animals in intertainment, scientific experiments, and agriculture. […] in my view, those uses might well be seen, one hundred years hence, as a form of unconscionable barbarity. In this respect, I suggest that Bentham and Mill were not wrong to offer an analogy between current uses of animals and human slavery (SUNSTEIN, 2003, p. 388-389)[11].

---

para se tornar uma pessoa, isto deveria ser um duplo motivo para insistir que os animais não-humanos, os quais também não têm esse potencial, deveriam possuir esses direitos.

Mas, isto será dito: 'essas crianças são seres humanos, e animais não. Esta é a diferença relevante'. Portanto, mais uma vez, a diferença é real. Entretanto, mais uma vez, isto não é moralmente relevante. Assim, como não é verdade que pessoas no sentido descritivo têm direitos porque são pessoas, então não é verdade que pessoas humanas têm direitos simplesmente porque são seres humanos. Para aqueles que apóiam a causa dos direitos humanos e, que resistem em pensar ao contrário porque têm a dignidade humana em grande consideração; foram aqui expostas as razões do por que suas posturas são equivocadas.

[11] Tradução nossa: Neste artigo tenho três objetivos. O primeiro é reduzir a intensidade do debate demonstrando que quase todos acreditam nos direitos dos animais, pelo menos em um mínimo sentido; a questão real é o que isso significa. O segundo objetivo é dar um sentido claro dos fatos – *the lay of the land* – para mostrar as séries possíveis de entendimentos e explorar quais as matérias que dividem pessoas comuns. Neste termo, eu tento estabelecer, para próximos debates, uma tendência atual. O terceiro objetivo é defender uma posição particular sobre os direitos dos animais, uma que, como a de Bentham, projeta a atenção sobre o sofrimento e o bem-estar dos animais. Esta posição requer rejeição ou a qualificação de alguns pontos mais radicais de seu entendimento pelos direitos dos animais, especialmente no que tange a "autonomia" destes, ou aquele objeto para qualquer controle humano na utilização dos mesmos. Mas minha teoria tem implicações radicais. Ela fortemente sugere, por exemplo, que deveria existir uma extensa regulação na utilização dos animais nos ramos do entretenimento, experimentos científicos e na agricultura [...] também, sugere que existe, outro forte argumento, em princípio, para banir várias utilizações atuais dos animais. Entendo que essas utilizações serão vistas, daqui a cem anos, como uma forma inconsciente de barbarismo. A esse respeito, sugiro que Bentham e Mill não estavam errados em fazer uma analogia entre o uso atual dos animais com a escravidão humana.

O centro da ideia supracitada de Sunstein é que os animais têm direitos de forma que seus pressupostos se enquadrem na teoria de J. Bentham. Mas, ao mesmo tempo, rejeita o reconhecimento da autonomia dos mesmos.

Interpreta-se, o artigo do autor, principalmente, no que concerne a igualar a utilização dos animais com a escravidão, uma visão em que reconhece nos animais uma forma de dignidade. No entanto essa dignidade se iguala à dignidade humana.

4. Animais: Sujeitos de Direitos?

O tema direito dos animais não está próximo de ser solucionado, é matéria controversa e deve ser mais desenvolvida, principalmente no âmbito do Direito Civil. Foi o que fez Simone Eberle[12] em sua Tese de Doutorado em Direito Civil, na qual se compromete em comprovar que não é uma ideia fora da realidade atual a consideração dos animais como sujeito de direitos, tendo como pressupostos as teorias de Tom Regam e Peter Singer quanto à fragilidade dos seres humanos que já nascem com problemas mentais, insanáveis, ou aqueles que, no decorrer da vida, tornam-se deficientes., mas que, apesar de toda a incapacidade cognitiva, não perdem a proteção legal como seres humanos.

A autora faz um resumo de vários pontos de vista filosóficos e jurídicos para comprovar que já não existem mais motivos para se colocarem em lados opostos homens/animais. Esta postura se observa na própria legislação nacional, na qual demonstra que o homem começa a sentir a necessidade de mudanças em suas ações perante os animais. O mais importante agora é melhorar a legislação existente e interpretá-la "de um novo ângulo", ou seja, com sensibilidade/solidariedade que todos os animais merecem do homem – animal racional que é – como o seu principal "guardião" (EBERLE, 2006, p. 335).

François Ost dissertando sobre o assunto, e enumerando os principais autores, chega à sua conclusão. Ele não concorda com as teses extremadas, ou seja, aquelas que argumentam por reconhecer os animais como sujeitos de direitos, ou seja, que pleiteiam para eles uma personalidade, na verdade, prefere impor esses deveres aos homens.

[12] Eberle desenvolveu sua teoria baseada profundamente na filosofia, e ainda retratando sobre Tom Regam e Peter Singer afirma: "[...] aqueles autores, não propugnaram, de modo algum o rebaixamento dos humanos "marginais" pelo fato de eles não deterem as características normalmente apresentadas pelos seres humanos "paradigmáticos" (agentes morais). Contrariamente, valem-se justamente dos pacientes morais humanos, para desnudar a arbitrariedade dos inúmeros critérios propostos para o reconhecimento de que os "humanos marginais" são moralmente relevantes e que devem possuir direitos, representa, portanto, justamente a via de acesso dos animais a similares paragens." (EBERLE, 2006, p. 334-335).

O autor deixa claro também sua visão quanto à utilização de animais em experiências. A utilização, permitida para o autor, seria aquelas com grande valor para a pessoa humana, desde que não haja outro meio de desenvolvê-las. Aquelas, no entanto, que são inexplicáveis e sem valor prático seriam proibidas, como, por exemplo, as pesquisas com macacos bebê para desenvolver depressão, assim como as pesquisas desenvolvidas pela indústria de cosméticos, que se valem de testes alergênicos, levando milhares de coelhos à cegueira, sem citar outras tantas pesquisas que mais parecem câmaras de torturas (OST, 1995, p. 257).

4.1. A nova perspectiva dos entes despersonalizados

Para resolver o problema sem pleitear para os animais não-humanos uma dignidade, Cláudio H. Ribeiro Silva traz algumas novidades para uma teoria dos entes despersonalizados.

O autor em seu artigo: "Apontamentos para uma Teoria dos Entes Despersonalizados" (SILVA, 2005) demonstra que a doutrina tem se debruçado sobre o tema "teoria dos sujeitos de direitos", mas costuma igualar sujeito de direito a ente personalizado. A inovação do autor parece simples e procura resolver problemas insanáveis para o direito, até o momento.

O trabalho é corajoso, por colocar em dúvida o conceito consolidado na doutrina de 'pessoa igual a sujeito de direitos'. Esta é a teoria da equiparação que é fundamentada por autores como Caio Mário, Washington de Barros, Sílvio Rodrigues, Orlando Gomes e demais Cânones do Direito Civil.

Cláudio defende que entes como: nascituros, animais não-humanos, Câmara de Vereadores e outros sejam considerados entes despersonalizados, porém, sujeitos de direitos. O argumento forte do autor é que o próprio Código Civil atribui direitos ao nascituro, e, ao mesmo tempo, lhe nega a personalidade. A concessão é simples, o próprio Código Civil garante direitos ao ente despersonalizado:

> Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY, 2004, p. 145).

Sem tempo para aprofundar na instigante teoria, que certamente será pesquisada com maior acuidade, o autor comenta sobre as normas jurídicas que estabelecem regras de condutas para o homem em relação aos animais não-humanos.

Sendo óbvio que em um ordenamento jurídico no qual, de alguma forma, protege os animais não-humanos, nada mais prático do que lhes dar direitos jurídicos desde que, sejam

considerados entes despersonalizados. O próprio processo civil, em seu artigo 12 considera vários entes despersonalizados, o fato ocorre na relação jurídica processual:

> Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I- a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores; II- O Município, por seu Prefeito ou procurador; III- A massa falida, pelo síndico; IV- a herança jacente ou vacante, por seu curador; V- o espólio, pelo seu inventariante; VI- as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou não designado, por seus diretores; VII- as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; VIII- a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único); X- o condomínio, pelo administrador ou síndico. (BRASIL, C. Processo Civil).

Dessa forma, com tantos indícios no próprio direito pátrio, não seria estapafúrdia a ideia que considera pessoa e sujeito de direitos como sinônimos.

Assim, conclui o autor que não se deve igualar animal à pessoa, no entanto, seriam sujeitos de direitos pleiteados por um terceiro, ou seja, legitimação extraordinária, tendo em vista que para o processo não é estranha a ideia de entes despersonalizados dotados de capacidade processual[13].

Nota-se que não é uma teoria forçada ou sem argumentos, e que não faça refletir em sua possibilidade. Isto se deve porque o próprio ordenamento atribui ao ente despersonalizado aptidão para esses direitos, no entanto esse ente deve ter idoneidade para adquirir deveres e obrigações. Logicamente, que em referência aos animais não-humanos não possuem qualificação para adquirir deveres, mas serão qualificados como sujeito de direitos, porém, sem personalidade e, por consequência, sem dignidade[14].

A teoria propõe preservar a dignidade do nascituro que é considerado sujeito de direito, mas não uma pessoa e, ao mesmo tempo, por sua natureza humana, é preservada sua dignidade, o que já não ocorre com os animais não-humanos.

Entende-se que esse pode ser um dos caminhos que venham a sanar o problema da defesa dos animais, pois não há que se igualar animal não-humano ao humano seja pela dor

[13] Para firmar sua tese Silva fornece o conceito de sujeito de direitos, que se coaduna com o de Fábio Ulhoa: "[...] Para que não restassem dúvidas, destacamos, desde o início, e reiteradamente nas linhas precedentes, a preponderantemente opinião segundo a qual sujeitos de direitos sejam unicamente as pessoas. Sujeito de direito, para Fábio Ulhoa Coelho, 'é o centro de imputação de direitos e obrigações referido em normas jurídicas, com a finalidade de orientar a superação de conflitos de interesses que envolvem, direta ou indiretamente, homens e mulheres'. Em outras palavras, há de ser tido como sujeito de direito todo e qualquer ente a que o ordenamento atribua aptidão para direitos, deveres e obrigações". " (SILVA, 2005).

[14] Faz-se necessário citar, também, o conceito de pessoa para Cláudio: "[...] nem todo sujeito de direito é pessoa, cabe-nos oferecer critério que sirva como de distinção entre os dois tipos de sujeitos de direitos. Eis aí a diferença específica, explicando em que os entes despersonalizados, ainda que sujeitos de direitos, diferem da outra espécie de sujeitos de direitos (a das pessoas). A diferença está em que, enquanto pessoas possuem aptidão genérica para direitos, deveres e obrigações, os entes despersonalizados possuem tal aptidão limitada tanto pela legislação quanto por sua própria natureza" (SILVA, 2005).

ou sofrimento, porque ao se partir desse ponto de vista, cientistas também podem vir a comprovar que as plantas também sentem dor e sofrem, de forma que será ainda mais difícil um consenso.

É importante acentuar que no Brasil não existe uma legislação que dê aos animais o acesso ao plano da subjetividade.

5. Considerações finais

É quase um ponto comum hodiernamente que os animais não-humanos e a própria natureza em si mereçam o respeito humano. Muito mais que o respeito, na verdade, os seres humanos têm o dever ético e moral de proteger o meio ambiente que é a razão de sua própria existência. Deve-se manter uma natureza ecologicamente equilibrada e preservá-la para as presentes e futuras gerações, mas é questionável a total igualdade pregada por alguns autores entre os seres humanos e os animais não-humanos. Pode-se chegar a um retrocesso em determinadas áreas científicas, principalmente se for proibida toda e qualquer utilização de animais em experimentos.

Dois pontos devem ser considerados. O primeiro diz respeito às pesquisas de forma ética de animais, e o segundo à utilização desses animais em pesquisas de forma cruel e sem um fim relevante para a vida humana, e também para a vida animal, tendo em vista que existem pesquisas também em prol da vida dos animais.

Não se pode garantir, no entanto, que a utilização de animais não-humanos em pesquisas, mesmo que seja relevante, garanta o sucesso da mesma, mas a possibilidade do equívoco dessa pesquisa, como razão para condenar todas as demais, pode conduzir ao suicídio científico de um país[15]. Por enquanto, os cientistas não têm outro meio para desenvolver essas experiências com sucesso, sem a utilização de animais vivos.

[15] É preciso enfatizar nessa questão, delicada, que o Brasil possui uma legislação que não é vasta, mas existente como, primeiramente a já citada Constituição Federal de 1988 que é categórica quando proíbe, no art. 225 §1º, inciso IV, a crueldade contra os animais. A Lei n.5.197/67 que dispõe sobre a proteção à fauna; Lei n. 9.605 que trata dos crimes ambientais, onde em seu artigo 32 explicita sobre o uso de animais em experiências dolorosas ou cruéis, mesmo que seja para fins didáticos ou científicos, ensejando a pena de detenção, de três meses a um ano, e multa. O grande problema é a não existência de uma fiscalização ostensiva sobre essa prática, seja em instituições de ensino ou em empresas particulares. Em prol das pesquisas, com utilização de animais, em instituição de ensino o professor de filosofia Verlaine Freitas explica: "É praticamente inviável chegar a uma vacina, por exemplo, vendo apenas as reações bioquímicas e celulares em tubos de ensaio e com microscópios. É necessário testar as respostas dos tecidos e dos órgãos no organismo, analisando a influência de agentes patogênicos em sua sensibilidade geral, comportamento, condição fisiológica durante algum prazo, além dos efeitos colaterais e uma série infinita de fatores somente visualizáveis com experiência 'in vivo'" (FREITAS, 2006, p. 6).

6. Referências bibliográficas

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. *In:* Os Pensadores. Trad. Luiz João Baraúna. São PAULO: Abril Cultural, 1979, p. 63.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Organização do texto por Yussef Said Cahali. 6. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

DORADO, Daniel. **La consideración moral de los animales no humanos en los últimos cuarenta años: una bibliografía anotada**. In: Τε!λος Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas-2010, XVII/1: p. 47-63.

EBERLE, Simone. **Deixando a Sombra dos Homens: Uma Nova Luz sobre o Estatuto Jurídico dos Animais**. 2006. 431 f. Tese de Doutorado (Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 417 p.

FREITAS, Verlaine. **O Direito à Vida**. Estado de Minas, Belo Horizonte, 22 de jul. 2006. Caderno Pensar, p. 6.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, 566 p.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia 1. (A-D)** – *Vol. 1*. Trad. Maria Stela Gonçalves et al. São Paulo: Edições Loyola, 2000, 808 p.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Anotado e Legislação Estravagente.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OST, François. **A Natureza à Margem da Lei - A ecologia à prova do direito**. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, 172 p.

REGAN, Tom. **The Day May Come: Legal Rights for Animals**. in: Law Jornal Library, vol. 10, 2004, p. 416.

_____. **Vozes Vegetarianas** - Palestra preparada por Tom Regan, autor do livro *"Jaulas Vazias"*, para o 1º Congresso Vegetariano Brasileiro e Latino-Americano em São Paulo, 2006. Disponível em http://www.svb.org.br/cvb/vozes-vegetarianas.pdf. Acesso em 05 mar. 2013.

RYDER, Richard D. **Experiments on Animals**. In: Stanley Godlovitch, Roslind Godlovitch, John Harris Animals, Men and Morals. New York: Taplinger, 1972, pp. 41–82.

SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da. Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7312>. Acesso em: 23 fev. 2013.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 399 p.

_____. **Libertação Animal**. Trad. Marly Winckler. Porto Alegre: Lugano, 2004,

357p.

_____ et al. **In Defense of Animals - The Second Wave**. Australia: BlackWell Publishing, 2006, 248 p.

STONE, Christopher D. **Shoud Trees Have Standing?And another essays on law, morals and the environment.** New York; Oceana Publications, 1996, 181p.

SUNSTEIN, Cass R. **The Rights of Animals**, in: The University of Chicago Law Review, vol. 70, 2003, 1333-1368 p.

WATSON, James D. **DNA- O Segredo da Vida**. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, 470 p.

WHITE, Steve. **Animal Rights: Current Debates and New Directions.** Melbourne: University Law Review - Vol. 29 Núm. 1, Abril, 2005. Disponível em http://vlex.com/vid/56671761. Acesso em 05 mar. 2013.

BIOÉTICA E TRANSEXUALIDADE: O "FENÔMENO TRANSEXUAL" E A CONSTRUÇÃO DO DISPOSITIVO DA TRANSEXUALIDADE (*TRANSEXUALISMO*) – O PARADIGMA DO "TRANSEXUAL VERDADEIRO" VIGENTE NO DIREITO BRASILEIRO

BIOETHICS AND TRANSSEXUALITY: "THE TRANSSEXUAL PHENOMENON" AND THE CONSTRUCTION OF THE DEVICE OF TRANSSEXUALITY (TRANSSEXUALISM) - THE PARADIGM OF "TRUE TRANSSEXUAL" STILL REMAINING IN BRAZILIAN LAW

Carolina Grant[*]

RESUMO

O presente trabalho, partindo da noção foucaultiana de "dispositivo", expõe uma breve análise das disputas de saberes, das preocupações, objetivos e pretensões que envolveram os ciclos de produção de conhecimento em torno da transexualidade ("fenômeno transexual"), sobretudo nos campos da Psicologia/Sexologia, Endocrinologia e Medicina em geral – conhecimento apropriado pela Bioética e pelo Direito que culminou na construção do panorama atual e suas correlatas implicações em termos de tratamentos universalizados, tidos como válidos para todas as pessoas transexuais genuínas. Estas reflexões mostram-se imprescindíveis para todo aquele que deseja lidar com o tema da transexualidade, a fim de que se possa refletir criticamente acerca dos "não-ditos", dos pressupostos (velados) existentes por trás dos resultados da aplicação deste conhecimento dotado de ares de inquestionável cientificidade (*scientia sexualis*), e se possa, ainda, rediscutir o direito dos diversos sujeitos transexuais de proferir consentimento informado e divergir, quando for o caso, dos diagnósticos apresentados.

PALAVRAS-CHAVE: BIOÉTICA; TRANSEXUALIDADE; DISPOSITIVO.

ABSTRACT

This paper, based on the Foucaultian notion of "device", exposes a brief analysis of the disputes of knowledge, concerns, goals and aspirations involving production cycles of knowledge about transsexuality ("transsexual phenomenon"), particularly in the area of psychology / sexology, endocrinology and medicine – knowledge that was appropriated by Bioethics and Law and which culminated in the construction of the current situation and their related implications for universalized treatments, taken as valid for all genuine transgender people. These reflections are essential for anyone who wants to deal with the issue of transsexuality, so that we can critically reflect about the "not-said" assumptions (veiled) that exists behind the results of applying this knowledge endowed with an appearance of unquestionable science (*scientia sexualis*) and revisit, then, the right of all transsexuals to give informed consent and dissent, when appropriate, the diagnostics presented.

KEYWORDS: BIOETHICS; TRANSSEXUALITY; DEVICE.

*Mestranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA). Pós-Graduanda em Filosofia e Direitos Humanos pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-AVM). Extensionista do Curso de Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça promovido pelo NEIM/UFBA. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Coordenadora de Pesquisa junto ao Centro de Direito Internacional (CEDIN). Diretora de Produção Científica do Centro Acadêmico Ruy Barbosa (CARB - Gestão 2012/2013). E-mail: carolinagrant@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO.

Compreender o atual tratamento conferido por parte da Medicina, da Bioética e do Direito à transexualidade, ou, como ainda é amplamente referenciada contemporaneamente, *transtorno de identidade (ou disforia) de gênero*, bem como as críticas que se pode fazer ao paradigma vigente, pressupõe um resgate da história deste fenômeno, ao menos em sua trajetória mais recente, ao longo do Séc. XX.

A experiência transexual, universalizada por diversos autores que fazem questão de ressaltar a existência de transexuais na mitologia grega (Vênus Castina), na antiguidade clássica (ex-escravo de Nero), nas idades média (Papa João VIII) e moderna (Rei Henrique III e Cavalheiro dÉon – do qual deriva a expressão "eonismo", numa alusão à transexualidade), ou seja, em todos os tempos e lugares, como relata Tereza Vieira (VIEIRA, 2009-A), teve o seu principal *dispositivo*[1] – no sentido de Foucault (FOUCAULT, 1995), de práticas discursivas embasadas, neste caso, em nosologias, etiologias e protocolos médicos – formulado justamente no curso do século passado, sobretudo a partir da década de 1950, quando as bases do diagnóstico do *verdadeiro transexual* começaram a ser edificadas e difundidas, em versões bastante próximas às ainda utilizadas.

Com efeito, uma análise das disputas de saberes, das preocupações, dos objetivos e das pretensões que envolveram os ciclos de produção do conhecimento em torno da transexualidade – os quais culminaram na construção do panorama atual e suas correlatas implicações em termos de tratamentos universalizados, tidos como válidos para todas as pessoas transexuais genuínas –, torna-se imprescindível, a fim de que se possa refletir criticamente acerca dos "não-ditos", dos pressupostos (velados) existentes por trás dos resultados da aplicação deste conhecimento dotado de ares de inquestionável cientificidade (verdadeira *scientia sexualis*[2]) e se possa, ainda, rediscutir o direito dos diversos sujeitos transexuais de proferir consentimento informado e divergir, quando for o caso, dos diagnósticos apresentados.

Para tanto, tomar-se-á como referência, em um primeiro momento, as três primeiras

1Dispositivos, para Michel Foucault, "são formados por um conjunto de práticas discursivas e não discursivas que possuem uma função estratégica de dominação. O poder disciplinar obtém sua eficácia entre os discursos teóricos e as práticas reguladoras" (FOUCAULT, 1995, p. 244).

2De acordo com Foucault: […] em ruptura com as tradições da *ars erotica*, nossa sociedade constituiu uma *scientia sexualis*. Mais precisamente, atribuiu-se a tarefa de produzir discursos verdadeiros sobre o sexo, e isto tentando ajustar, não sem dificuldade, o antigo procedimento da confissão às regras do discurso científico. A *scientia sexualis*, desenvolvida a partir do século XIX, paradoxalmente, guarda como núcleo o singular rito da confissão obrigatória e exaustiva, que constituiu, no Ocidente cristão, a primeira técnica para produzir a verdade do sexo. […]. (FOUCAULT, 2011, p. 77).

fases (até a consolidação do dispositivo da transexualidade como é conhecido hoje) da cronologia elaborada por Pierre-Henri Castel (CASTEL, 2001), que divide a história do "fenômeno transexual" em quatro fases, destacando-se, de um lado, o dualismo teórico protagonizado pelas correntes *psicanalítica* e *endócrino-sociológica*, e, de outro, a inegável influência das proposições de Harry Benjamin e da sua Associação Internacional de Disforia de Gênero (HBIGDA) nas classificações e protocolos oficiais internacionais ainda em vigor.

Em um segundo momento, o foco será a formulação, consolidação e reprodução da categoria (geral e abstrata) do "transexual verdadeiro", cuja identificação representa a principal etapa preliminar ao acesso à cirurgia de redesignação sexual. Partir-se-á do exame dos transexuais "stolleriano" e "benjaminiano", sugerido e realizado por Berenice Bento (BENTO, 2006), e, sobretudo, da síntese da pesquisa desenvolvida por Alexandre Saadeh (SAADEH, 2004), para então demonstrar-se a existência de pontos comuns e identificar as premissas basilares a conformar a categoria em análise. Será este arcabouço teórico assim construído, pois, que servirá de embasamento à crítica ao paradigma vigente e à abertura de possibilidades jurídicas de questionamento do diagnóstico clínico do "transexualismo".

2. RETROSPECTIVA HISTÓRICA DO "FENÔMENO TRANSEXUAL": UMA DISPUTA DE SABERES QUE LEVOU À CONSTRUÇÃO DE UM DISPOSITIVO TERAPÊUTICO(PATOLOGIZANTE)-DISCIPLINADOR-ADEQUATÓRIO.

O *transexualismo*, identificado pelo Conselho Federal de Medicina como d*esvio psicológico permanente de identidade sexual* e já objeto de três Resoluções (RES CFM nº. 1.482/1997; RES CFM nº. 1.652/2002; RES CFM nº. 1.955/2010) – de acordo com as quais obedece aos critérios de: desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; e ausência de outros transtornos mentais –, não é uma realidade nova e, ao contrário do que faz parecer o saber médico-científico, a sua configuração enquanto transtorno psicopatológico passível de cura terapêutica por intermédio da adequação sexual (do sexo anatômico ao gênero/sexo psíquico) nem sempre foi a resposta assente para as demandas decorrentes do "fenômeno transexual".

Para entender a construção do atual diagnóstico e tratamento desta "patologia", é preciso retomar as suas origens fora do Brasil, bem como a construção do entendimento que se tornou diagnóstico mundial do *transexualismo* (CID-10; F64.0) ou *transtorno/disforia de identidade de gênero* (DSM-IV).

Nesse sentido, o psicanalista francês Pierre-Henri Castel[3] (CASTEL, 2001) elaborou uma ampla cronologia acerca do "fenômeno" ora estudado (de 1910 a 1995), a partir do debate central entre as escolas psicanalíticas e endocrinológicas/sociológicas em torno da transexualidade. Tais reflexões são comentadas, como ponto de partida substancial, tanto pela Socióloga Berenice Bento (A Reinvenção do Corpo – BENTO, 2006), quanto pela Jurista Miriam Ventura (A Transexualidade no Tribunal – VENTURA, 2010), em duas obras que se tornaram referência acerca do tema da transexualidade, a fim de demonstrar que, apesar da disputa de saberes, há um consenso velado acerca de determinados pressupostos (biologicistas, patologizantes e heterossexuais) por trás de todos estes "discursos oficiais".

Compreendida até então, pois, em razão do suposto sentimento intenso de repulsa e não-pertencimento ao sexo anatômico – inconformidade sem bases orgânicas (a exemplo do hermafroditismo) ou coexistência com outros "distúrbios delirantes" (como a esquizofrenia) –, a "síndrome do transexualismo" foi assim individualizada, em sua acepção contemporânea predominante, pelo médico alemão radicado nos EUA, Harry Benjamin (1885-1986), em 1953, fato que se perfez no momento em que os avanços em termos de tratamento hormonal e cirurgia plástica permitiam a "adequação" colocada como solução terapêutica para o caso dos transexuais (década de 1950).

Bernice Hausman[4], que também propôs uma revisão histórico-cronológica da gênese da experiência transexual a partir das premissas lançadas por H. Benjamin, evidencia, exatamente, o quanto as demandas transexuais foram desenvolvidas de modo permeado por uma "dialética sutil" entre as possibilidades tecnológicas disponíveis (de endocrinologistas e cirurgiões respaldados em hipóteses biologicistas da natureza humana e da construção da sexualidade) e as reivindicações (de indivíduos e grupos) organizadas em torno de um discurso relativamente padronizado.

Este discurso passou a ser, então, capaz de fornecer à equipe médica uma imagem do transexual, reforçando um estereótipo e uma subcultura próprios à categoria que estava, nesse momento, se formando, não apenas reiterando se tratar de uma questão médica, como validando o paradigma e diagnóstico em questão – um caminho relativamente diferente do seguido por algumas lutas militantes a favor de um direito à liberdade e identidade sexual, lutas libertárias frente ao sexismo da época. Para Bernice, pensar o "sexo" como um componente discursivo da significação do corpo e da construção do gênero não dá conta da

3 Pierre-Henri Castel, diretor de pesquisas no Centro de Pesquisa Psicotrópicos, Saúde Mental, Sociedade (CERMES3/CESAMES – Universidade de Paris Descartes, CNRS, ISERM), psicanalista e membro da Associação Lacaniana Internacional.

4 Cf. HAUSMAN, Bernice. ***Changing Sex****: Transsexualism, Technology and the Idea of Gender*. Duke University Press, 1995 *apud* CASTEL, 2001.

"história positiva do saber biológico", preferindo, então, para lastrear a sua retomada histórica, o paradigma biologicista e as disputas no âmbito do saber médico-científico.

Ao identificar, ao seu turno, na psicanálise, o inimigo comum tanto dos adeptos de uma autonomia etiológica/nosológica da *síndrome do transexualismo*, quanto dos movimentos sociais que defendiam o fenômeno como um aspecto da "construção do gênero", com valor cultural ínsito e passível de representar uma escolha política, Pierre-Henri Castel segue um raciocínio retrospectivo-analítico similar ao de Hausman, embora não de forma descritiva, mas envolvendo uma análise mais contundente, em termos de identificação/exame de pressupostos conceituais e ideológicos, ao traçar o panorama evolutivo da compreensão desta experiência ao longo do século XX.

Dessa forma, o psicanalista francês não segue uma cronologia linear-descritiva e, sim, propõe uma periodização da história científica e cultural em quatro fases, a fim de examinar as nuances da construção do discurso médico-científico em torno da transexualidade.

Em síntese, essas fases podem ser demarcadas a partir dos seguintes objetivos e/ou avanços:

Na primeira fase (sexologia – terapeutizante – 1910-1920), uma das preocupações centrais era a *despenalização* das práticas homossexuais, desconstruindo-se a ideia da homossexualidade como mera perversão, com o intuito de revogar as sanções penais cominadas por diversos países a condutas desse tipo. Esse foi o objeto da Sexologia, em suas teorias originárias, dotadas de uma "ambição taxonômica positivista", mas também de certa forma militante, engajada.

Na segunda fase (endocrinologia – biologicista – décadas de 1920/1930), fortemente marcada pelo "behaviorismo endocrinológico", em oposição às construções então dominantes da psicanálise, tem-se o desenvolvimento exponencial da endocrinologia, enquanto progresso marcante da medicina no período entre guerras. Serão estes avanços que lastrearão as teses sociológicas sobre a identidade sexual formuladas de 1945 em diante, preparando a sua aceitação e viabilizando, através das modificações corpóreas que promete, a materialização do "fenômeno transexual" na forma como passará a ser conhecido e tratado.

Na terceira fase (endocrinologia conjugada com a sociologia; divulgação do caso Jorgensen, feminizado em 1952; construção e consolidação do dispositivo da transexualidade como *transexualismo* – décadas de 1950/1970), considerada a mais rica em acontecimentos e que vai de 1945 a 1975, houve uma notória feminização (Jorgensen), a primeira oficialmente divulgada, a partir da qual se construiu um quadro padrão da experiência transexual, repetido e revivido por inúmeros candidatos à cirurgia de redesignação sexual desde então. A

socialização dos intersexuais (hermafroditas ou indivíduos geneticamente “anormais”), dos garotos com a genitália mutilada e dos transexuais passa a ser, também nesta fase, objeto de estudo explorado por pesquisadores sob a égide da tradição americana de sociologia empírica e da teoria da influência determinante do meio. A psicanálise americana, com efeito, perdeu espaço e foi “medicalizada à força”, uma vez que, diante das evidências e resultados empíricos da sociologia do gênero da época, não conseguiu defender o caráter psicopatológico, num âmbito apenas subjetivo, do transtorno de identidade sexual. Passou, então, a dar suporte, num plano secundário, às novas teorias e construções.

Após essa abordagem preliminar, uma análise mais detida dos fatos que conformaram cada uma das “fases” do fenômeno transexual é válida no sentido de mais bem delinear o quadro clínico até hoje utilizado no tratamento ao *transexualismo* – fundamento dos dispositivos médicos consubstanciados nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

2.1. Primeira fase (1910-1920) – a resposta psicoterapêutica da sexologia, os avanços iniciais e os limites desta formulação.

A *primeira fase* do fenômeno transexual busca explicações científicas (psicológicas) para naturalizar as práticas transexuais consideradas como perversões ou vícios morais à época e duramente punidas, a fim de demonstrar que se tratavam de impulsos irrefreáveis e, assim sendo, ali estaria também a natureza agindo, no reforço aos instintos, mesmo que o resultado fossem “aberrações”, comportamentos desviantes. Com efeito, com pretensões de amoralismo, a intenção dessas teorias iniciais da sexologia era deslocar tais práticas sexuais da compreensão de “atos contra a natureza”, para a condição de transtornos não passíveis de repreensão/punição (penal, no caso), mas, sim, de tratamento.

A obra que consagrou *Magnus Hirschfeld* (*Die Tranvestiten*), na qual é utilizado, pela primeira vez, o termo “transexual psíquico”, em 1910, não pretende a diferenciação do “transexualismo” das demais “perversões”, mas a sua destituição, justamente, da categoria de “atos contra a natureza”, na medida em que estes eram severamente reprimidos, por exemplo, pelo Código Imperial de 1870 da Alemanha. A lei alemã, como bem ressalta Castel (CASTEL, 2001, pp. 81-82), era um grande exemplo dessa barbárie, recusando, mesmo em ambientes de privacidade, com o consentimento dos envolvidos, a liberdade de práticas sexuais. Foi nesse contexto (espaço-temporal) que surgiram as primeiras associações científicas internacionais e os primeiros grandes sexólogos alemães, como Havelock Ellis, Auguste Sorel e Sigmund Freud.

Um dos maiores ganhos dessa empreitada é o desvelamento da impossibilidade de se fixar limites estritamente objetivos entre o lícito e o condenável em termos de comportamentos humanos, tratando-se, na verdade, de uma valoração. O que começou com como uma relativização sem maiores considerações epistemológicas, tornou-se um posicionamento ético constante dos trabalhos acerca das perversões deste momento histórico. De outro lado, também o fundamento psicopatológico dessas teorias e etiologias da perversão permitiu certo empoderamento aos "doentes" ou "transtornados", que passaram, então, a ser respeitados em sua subjetividade, transtornos e práticas essencialmente compulsivas.

As contribuições da sexologia (sobretudo psicanalítica), em linhas gerais, foram até aí, quando ganharam relevância e tornaram-se evidentes as suas próprias limitações. A psicanálise freudiana, em um primeiro momento, teve êxito em reforçar a naturalização das práticas sexuais desviantes, atingindo um dos objetivos centrais desta primeira fase. Não obstante, tornou-se uma ameaça às pretensões sociais e jurídicas deste mesmo grupo (transexuais), na medida em que não tardou a ser identificada como uma normatividade contrária aos intentos libertários dos primeiros sexólogos, ao estabelecer-se sobre um pressuposto heterossexual de matriz edipiana, bem como identificar na psiquê as origens das perversões a serem, pois, devidamente tratadas (extirpadas) através de acompanhamento terapêutico.

2.2. Segunda fase (1920/1930) – o "behaviorismo endocrinológico", a revolução hormonal e o início das novas propostas audaciosas de modificações corporais: uma resposta biologicista ao fenômeno.

Será nas décadas de 1920 e 1930 (*segunda fase*) que os estudos acerca do funcionamento e potencial dos hormônios oferecerão uma alternativa às construções teóricas da psicanálise, tais como a libido, a bissexualidade e a escolha dos papéis sexuais de acordo com premissas edipianas, ampliando horizontes em termos de possibilidades concretas de modificações biológicas e gerando expectativas tanto no público-alvo interessado, quanto nos especialistas.

Trata-se do predomínio do "behaviorismo comportamental" de Louis Berman e Williams Robinson, que, resgatando perspectivas clássicas do Séc. XIX acerca do prolongamento da vida e da "segunda juventude" com suas implicações sexuais próprias, legitima cientificamente o dimorfismo e as diferenças entre homens e mulheres (com o que reforça estereótipos politicamente implicados), passando ao largo de fundamentações subjetivistas ou psicológicas. Como cenário histórico, tem-se que este é, de fato, um momento

de reafirmar padrões sociais na realidade norte-americana, na medida em que corresponde ao período de aprovação de leis relativas aos costumes, casamento, proibição do consumo de álcool e estabelecimento de quotas imigração; o império do conservadorismo moralista e das convenções sociais que demandam adequação.

As alterações provocadas pelas intervenções hormonais virão atender perfeitamente a demanda de adequação social, assumindo a "anormalidade" das condutas como uma questão de mera dosagem sanguínea[5].

Sigmundo Freud tenta recuperar, em face das novas e inevitáveis mudanças repletas de promessas e resultados palpáveis (em um momento em que os endocrinologistas conquistam quatro prêmios Nobel em duas décadas[6]), o naturalismo biologicista que representou o avanço inicial da sexologia em geral e, também, da psicanálise, passando a teorizar sobre possíveis relações entre sexualidade e hormônios, bem como adaptando as suas construções em torno da libido nas sucessivas edições de *Drei Abhandlungen*.

As tentativas assimilacionistas da corrente psicanalítica, entretanto, não obtêm grande êxito, sobretudo diante dos apelos midiáticos, publicitários e promessas audaciosas dos laboratórios farmacêuticos norte-americanos, que se dizem aptos, dentre outros, a interromper a menopausa ou a calvície. O chamado *behaviorismo universitário pós-watsoniano* desenvolve-se significativamente, sempre se pautando no comportamento observável e na fisiologia.

Será na Europa, contudo, que se promoverão os maiores avanços endocrinológicos (com aprimoramento técnico significativo) no que tange à identidade sexual. Em 1912, Eugen Steinach, aluno de Magnus Hirschfeld, tentará um implante de ovários em um indivíduo do sexo masculino. Mas é o discípulo de Steinach, o cirurgião Felix Abraham, quem vai operar o primeiro transexual redefinido, "Rudolf", em Dresde/Alemanha (1921), praticamente na clandestinidade. Na Dinamarca, em 1930, houve o caso do pintor dinamarquês Andreas Sparre, conhecido como Eina Wergener e que se tornou Lili Elbes, que veio a ser publicizado depois, quando o pintor narrou a sua experiência, valendo-se de uma série de pseudônimos, em uma obra com prefácio do famoso sexólogo britânico Norman Haine.

Ambas as técnicas de redesignação sexual, a vaginoplastia e a faloplastia,

5 Afinal, segundo Castel, "[...] Retificar essas dosagens é econômico, causalmente eficaz, e deixa fora do campo consciência moral e vida privada. A evidência segundo a qual os comportamentos sexuais ou sociais (sobretudo a violência) dependem dos hormônios não espera senão uma teoria que reduza a identidade pessoal à soma das interações comportamentais para acabar numa construção exclusiva da noção de conflito psíquico indispensável à psicanálise" (CASTEL, 2001, p. 84).

6 Bantig e MacLeod em 1923, Dale em 1936, Butenandt em 1939, o único que o obtém não em medicina, mas em química, Doisy em 1943, por trabalhos empreendidos desde 1920 (CASTEL, 2001, p. 109).

experimentaram um considerável aprimoramento nessa época; a primeira já era bem aplicada desde a segunda metade do século XIX, enquanto a segunda vinha se desenvolvendo por conta do trabalho de Harold Gillies, um dos pioneiros em matéria de cirurgia plástica, tanto em soldados mutilados (1917), quanto em intersexuais (1919) e, inclusive, em alguns transexuais. A sua primeira faloplastia foi realizada em Laura Dillon ("Michael"), primeira militante do "direito moral" à mudança de sexo.

Nesta segunda fase, em suma, o que se percebe é que as intervenções corporais (hormonais e cirúrgicas) passam a ser consideradas como a grande solução para as demandas (trans)sexuais, sob o pano de fundo da necessidade de "adequação" aos padrões de inteligibilidade social. A análise das demandas dos transexuais se dará de forma estritamente objetiva e biológica, uma vez que não há dúvida de que são as taxas hormonais que regem o comportamento sexual humano. Com efeito, não se faz mais necessária uma análise detida da psiquê do indivíduo, da sua subjetividade e trajetória psicológica, afastando-se, pois, a participação dos psicanalistas, psiquiatras e sexólogos na tomada de decisão acerca do fazer ou não a cirurgia de redesignação. Bastava, para tanto, a manifestação expressa, o desejo explícito e convicto do paciente[7].

2.3. Terceira fase (1945-1975) – construção e consolidação do dispositivo da transexualidade como transexualismo, de bases endocrinológicas e sociológicas.

Durante a II Guerra Mundial, alguns casos bizarros foram identificados de forma pontual, como a transexualização forçada de um travesti num campo de concentração nazista na França, citada por Castel, mas a *terceira fase* da retrospectiva histórica acerca do "fenômeno transexual" se inicia, de fato, no pós-Guerra, nos Estados Unidos.

A partir das décadas de 1950/1960, ganham expressiva relevância no cenário teórico norte-americano as ideias do sociólogo Talcott Edgar Frederick Parsons (1902-1979), no que diz respeito à sua Teoria dos Papéis Sociais. Começa a se desenvolver, então, "*uma*

7 Como bem ressalta Castel: Como se vê, a escolha de responder à demanda de operação tal como se apresenta na boca dos pacientes é comandada no segundo plano por um feixe denso de assunções teóricas: *se o estatuto hormonal rege absolutamente a vivência mental* (é o fundo de representações populares e semi-eruditas sobre o qual ele se apóia), *não é mais necessário interrogar a demanda enquanto tal, a prova está na convicção subjetiva do doente e sua insistência em se fazer operar*. O argumento compassional é tão forte que jamais se interrogam os psiquiatras (de fato, nos anos 60, e não antes, eles se escandalizarão com as decisões tomadas sem que fossem consultados). Os doentes não são loucos, mas homossexuais infelizes (essa infelicidade explicaria sua tristeza psíquica); dispensava-se a perícia extramédica além do bom senso. E a raridade do fenômeno não permitia muito a avaliação de um verdadeiro risco deontológico. Quanto aos sexólogos como Benjamin, ele também aluno de Steinach, sua posição militante os protegia de interrogar além da demanda explícita dos pacientes, ou o que teria podido determinar sua vivência íntima e seu sentimento de liberdade. [...]. (CASTEL, pp. 85-86 – grifo nosso).

sociologia minuciosa, quase clínica, atenta aos 'papéis' funcionais dos indivíduos e dos agentes, e que se esforça em traduzir em todos os terrenos o empreendimento abstrato de Talcott Parsons" (CASTEL, 2001, p. 86).

Sociólogos e psicólogos dessa época passam a se questionar acerca da relevância da natureza e da cultura na conformação da identidade sexual dos sujeitos, sobretudo no que concerne aos intersexuais, buscando análises e dados empíricos para decidir a questão. Os estudos empreendidos nesta seara são influenciados por Erwin Goffman e por Harold Garfinkel (cuja análise acerca do caso "Agnes", uma transexual que se fez passar por hermafrodita, permanece ainda um clássico da Sociologia) e se desenvolvem tomando por base, justamente, a teoria dos papéis sociais, e não mais uma perspectiva meramente biológica, o que leva a discussão acerca do *transexualismo* a ser pensada como se tratando de um "hermafroditismo psíquico", já se aproximando do paradigma atual.

Um dos grandes ícones desta fase será *John Money*, professor de psicopediatria do Hospital Universitário Johns Hopkins, que, em 1955, lança os seus primeiros esboços teóricos acerca do conceito de "gênero", com fundamento nas teses de T. Parsons sobre os papéis sociais aplicadas à diferenciação entre os sexos. Money trabalhará o momento, os limites etários, em que é fixada a identidade sexual das crianças, legitimando, assim, o procedimento de redefinição (adequação) sexual que vigora até hoje, recomendado, a princípio, para os casos de mutilação e intersexualidade, o que resultará, por sua vez, em uma "castração dos machos genéticos", acompanhada de uma educação condizente com as convenções sociais correspondentes ao sexo/gênero feminino.

O conhecimento edificado até então acerca dos intersexuais, acumulado desde a década de 1920 e sintetizado no manual de Hugh H. Young[8], passa a ser reinterpretado sociologicamente, a ponto de não se questionar mais a conclusão de que a *identidade sexual resulta essencialmente do aprendizado/assimilação de um determinado "papel de gênero", derivando, daí, também a identidade de gênero*. Todos os trabalhos antropológicos desenvolvidos sobre essas questões, a partir de então, irão culminar na distinção definitiva entre "sexo biológico" e "gênero psicossocial", consagrando este entendimento que passará a ser assente e pacífico em muitos círculos teóricos.

A leitura que Castel faz da abordagem sociológica de John Money é de que se trata de uma abordagem despatologizante, com o que não concordamos, mas é válido analisar as razões deste autor para chegar a tal conclusão.

8 YOUNG, Hugh. ***Genital Abnormalities, Hermaphroditism and Related Adrenal Disorders.Baltimore***: Williams and Wilkins, 1937 *apud* CASTEL, 2001.

Na opinião do psicanalista francês, não se trata, para Money, de "*aceitar o quadro sexológico e médico tradicional das parafilias*", uma vez que o sociólogo leva em consideração as repercussões/implicações da classificação como "desviante" das práticas sexuais não-convencionais, bem como os fatores que conduzem à estigmatização e execração dos transexuais por parte da sociedade em geral; daí a necessidade de superar a compreensão do "fenômeno transexual" enquanto representante da prática de condutas tidas como "anômalas", "antissociais", "patológicas", na medida em que estes sujeitos têm consciência e analisam racionalmente a sua posição na sociedade, em termos de possibilidades de inserção (adequação) ou exclusão, não sendo, pois, imorais – aqui não mais sob um fundamento biológico determinista e, sim, sociológico.

Os transexuais teriam, assim, total condição de se adaptar à sociedade, conscientes que são dos "papéis" que desejam representar, ao concordar e assumir o entendimento acerca dos papéis sociais desempenhados pelos indivíduos e do processo de construção das identidades (sexual/de gênero) de modo a confirmar a tese inicial de que é possível educar os intersexuais para vivenciarem um gênero não equivalente ao seu sexo biológico-cromossômico, o que viabiliza o alívio do "mal-estar" da população transgênera através da realização de intervenções cirúrgicas e endocrinológicas, possibilitando a inserção destas pessoas no convívio social com os demais.

As teorias de J. Money, contudo, a partir das premissas lançadas por T. Parsons, consolidarão a heterossexualidade natural dos sujeitos com base em diferenças anatômicas, a partir do dimorfismo genital com finalidades reprodutoras. As distinções entre os sexos biológicos (pênis/vagina) conformarão, dessa forma, os gêneros (masculino/feminino), os papéis sociais (homem/mulher) e as práticas sexuais (heterossexuais). O sujeitos transexuais, ao seu turno, terão como objetivo uma "adaptação social". Para nós, esta necessidade de "adaptação" diagnosticável e as expectativas nela depositadas (coerência entre sexo, gênero, desejo e práticas sexuais) é um dos pilares, ainda, do reforço ao paradigma patologizante.

A construção do canal vaginal nas crianças hermafroditas, ressalta Bento, não se destinava à simples formação de um órgão sexual adequado/perfeito, mas dirigia-se, sobretudo "*à prescrição das práticas sexuais, uma vez que se define como vagina o orifício que pode receber um pênis, conforme apontou Preciado (2002)*" (BENTO, 2006, p. 41). O curioso a esse respeito, como bem frisa esta autora, é que, quando Money elaborou a tese do dimorfismo natural dos corpos e da corresponde heterossexualidade como a prática normal, não imaginava que algumas garotas intersexuais seriam homossexuais e reivindicariam o uso alternativo dos seus órgãos redesignados.

Retomando-se a cronologia da transexualidade, nesta terceira fase, tem-se, ainda, que:

Em 1952, a primeira cirurgia divulgada oficialmente foi realizada pela equipe de Christian Hamburger em Copenhague, Dinamarca: trata-se de George Jorgensen, ex-soldado norte-americano, que passou, após a redesignação sexual, a se chamar Christine Jorgensen.

Em 1953, o endocrinologista alemão que emigrou para os Estados Unidos, *Harry Benjamin*, outro grande expoente desta fase e da própria história geral da transexualidade, resgatou o termo utilizado pela primeira vez por Hirschfeld, em 1910, e reutilizado, em 1949, pelo sexólogo David Oliver Cauldwell (1897-1959)[9].

Benjamin passou a indicar a cirurgia de redesignação sexual como a única solução terapêutica possível para transexuais, em contraposição aos profissionais de saúde mental, que se opunham às intervenções corporais, consideradas mutilantes por diversos psicanalistas. Em seu artigo "*Transvestism and Transexualism*" (1953), H. Benjamin mostra-se frontalmente contrário a qualquer tipo de tratamento psicoterapêutico, sobretudo psicanalista, da transexualidade e do travestismo.

Em 1954, Christine Jorgensen foi eleita "mulher do ano", ampliando a visibilidade das discussões em torno da transexualidade, da relativização das categorias de gênero e do debate sociológico acerca da construção da identidade sexual, bem como ocasionando o aumento exponencial das demandas e realizações das cirurgias de redefinição. O crescimento substancial das cirurgias de mudança de sexo levou, mais uma vez, os psicólogos a questionarem a potencial banalização do procedimento interventivo – compreendido como mutilação irreversível, na medida em que suprime o substrato material das queixas aparentes do paciente – em detrimento de uma maior atenção e análise dos aspectos subjetivos/psicológicos do fenômeno, sobretudo em razão dos critérios objetivos utilizados nos protocolos médicos de avaliação dos candidatos à cirurgia[10].

Na década de 1960, os estudos mais recentes acerca do *transexualismo*, com destaque

9 D. O. Cauldwell também pleiteou o pioneirismo na criação da nomenclatura e foi autor de um estudo de caso acerca de um transexual masculino no qual esboçou características que viriam a ser consideradas exclusivas dos transexuais, sendo que não havia, até então, uma nítida diferenciação entre transexuais, travestis e homossexuais.

10 Castel explica essa reação dos psicólogos nos seguintes termos: […] A mediatização do caso logo pareceu favorecer a multiplicação vertiginosa das demandas (embora se pensasse atingir apenas uns poucos casos marginais), a ponto de suscitar as interrogações de Hamburger. De modo significativo, são os psicanalistas os mais vigorosamente colocados contra a banalização das operações, porém não em nome de convicções psicanalíticas: em nome da fraqueza de protocolos de avaliação das conseqüências, e, portanto, como psiquiatras. De fato, esse problema é evidente: os transexuais que se dizem satisfeitos com as conseqüências das operações cirúrgicas são avaliados com critérios os mais objetivos possíveis (adaptação social medida pelo emprego, estabilidade, etc.). Não se cogitam de outros, e sobretudo não se faz a avaliação interpessoal e subjetiva que os psicanalistas reclamam. Não se considera, em particular, o fato de que o cuidado psicoterapêutico é um sucesso quando previne ou retém o transexual de se fazer operar. O fracasso de curar seu mal-estar psíquico é imputado ao psicanalista, enquanto a solução mutilante irreversível – porque faz desaparecer os motivos alegados pelo paciente de seu mal-estar – é creditada à técnica cirúrgica [...]. (CASTEL, 2001, p. 88).

para a combinação entre, de um lado, os avanços endocrinológicos/hormonais e, de outro, as teses de John Money e Talcott Parsons acerca dos papéis sociais e diferenciação dos papéis de gênero, passaram a ser colocados em prática mediante a organização de Centros de Identidade de Gênero, nos EUA, destinados ao atendimento especializado voltado para o público transexual. Ou seja, embora as teses de J. Money se destinassem, inicialmente, ao tratamento dos casos de crianças intersexuais, tendo em vista a definição de um órgão sexual correto, as suas conclusões terão inegável impacto na *formulação do dispositivo da transexualidade*, cuja individualização mais bem acabada ("síndrome do transexualismo"), na versão difundida e reiterada até hoje, conforme já mencionado supra, foi a de H. Benjamin.

Em 1966, a obra *El fenómeno transexual* de Harry Benjamin lançou as bases para o diagnóstico do "verdadeiro transexual". Neste livro, foram fixados os parâmetros a serem utilizados como referência pela equipe médica responsável para avaliar se os indivíduos que chegam às clínicas ou hospitais solicitando a cirurgia de mudança de sexo são "transexuais de verdade". Dessa forma, a diferenciação dos gêneros com base no dimorfismo natural dos corpos (leia-se: dos sexos, dos órgãos sexuais), que até então vinha sendo relacionada aos conceitos de "papel de gênero", "identidade ou função de gênero" por Money para os casos dos intersexuais, passa a ter uma indissociável vinculação com a transexualidade, sobretudo a partir do momento em que o Hospital Johns Hopkins anunciou, também em 1966, que criaria uma Clínica de Identidade de Gênero, cujos trabalhos seriam coordenados por Harry Benjamin, John Money e Robert Stoller, tendo já realizado a sua primeira cirurgia de "conversão sexual", por determinação de um tribunal de Baltimore, em 1965.

Em 1969, ocorreu em Londres o primeiro congresso da *Harry Benjamin Association*, que, em 1977, viraria a *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association* (HBIGDA) – Associação Internacional de Disforia de Gênero Harry Benjamin, utilizando no nome a expressão "disforia de gênero" cunhada por John Money, com Norman Fisk e o cirurgião plástico Donald Laub, em 1973. A HBIGDA legitimou-se, em todo o mundo, como a responsável pela normatização do "tratamento" para as pessoas transexuais.

Em 1975, o psicanalista e psiquiatra Robert Stoller – que, em Stanford, com H. Garfinkel, inicia os primeiros "tratamentos" de transexuais – publica a obra "A Experiência Transexual"[11], a qual passará a ser vista, também, como referência para a identificação do transexual genuíno, verdadeiro.

A expressão cunhada por John Money, incorporada e difundida por H. Benjamin, bem como as premissas lançadas na obra de 1966 consolidaram, por fim, o *dispositivo da*

11 STOLLER, R. ***Sex and Gender II****: The transsexual experiment.* London: Hogarth Press *apud* CASTEL, 2001.

transexualidade, influenciando a normatização médica das principais e maiores organizações mundiais, o que atribui ao sexólogo de origem alemã um papel decisivo e central na história recente do "fenômeno transexual".

Berenice Bento evidencia essa constatação ao relacionar a formulação da HBIGDA acerca da "disforia de gênero" e o conceito estabelecido no Código Internacional de Doenças. Também Miriam Ventura destaca a influência de H. Benjamin nos documentos oficiais, com ênfase nos manuais da Associação Psiquiátrica Americana (DSM) e da Organização Mundial da Saúde (CID)[12].

Os documentos médicos oficiais sobre o "transexualismo" – que identificam, conceituam e classificam o fenômeno, em suas múltiplas terminologias, indicando protocolos e tratamentos correspondentes – ocasionam o que Berenice Bento (BENTO, 2006, p. 43) identifica como *desdobramentos micro e macro*. Como desdobramentos *micro* (intergrupo), compreender-se-ia a forma como um transexual avalia e valora outro transexual. Já os desdobramentos *macro* (institucionais) referir-se-iam à percepção que as próprias instituições têm desses indivíduos, com destaque para a Medicina e a Justiça (os grandes normatizadores, aqui, seja do corpo, da identidade ou da externalização/inteligibilidade de ambos tanto na individualidade, quanto no meio social), que, em face das demandas para a modificação de corpos e/ou documentos, realizam avaliações sobre feminilidades/masculinidades dos sujeitos, de maneira taxativa e com pretensões de inquestionabilidade.

Na produção desse dispositivo, duas grandes vertentes de produção de conhecimento se encontram: as *teorias biológicas sobre o funcionamento endocrinológico do corpo* e as *teorias sociológicas que ressaltam o papel da educação na formação das identidades sexuais/de gênero*. Embora saberes provenientes de áreas distintas (naturais e humanas), ambas convergem no reforço às bases anatômicas do fenômeno, identificado como "problema" a ser devidamente "tratado", dando ensejo/reforçando os protocolos oficiais e formas de tratamento difundidos nas "Clínicas de Identidade de Gênero"[13].

12 Senão, vejamos, nas palavras de M. Ventura: Há três classificações internacionais institucionais utilizadas para o diagnóstico do transexualismo formuladas por: (a) Associação Internacional de Disforia de Gênero Harry Benjamin (HBIGDA – *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association*). *Essa associação foi criada por Harry Benjamin em 1977 e, desde então, busca estabelecer os critérios de diagnóstico e tratamento dos transtornos de identidade de gênero*. A última revisão de seus *padrões de cuidados para transtornos de identidade de gênero* é do ano de 2001 (Saadeh, 2004; Bento 2006); (b) Associação Psiquiátrica Americana, que introduziu o diagnóstico em seu *Manual diagnóstico e estatístico das desordens mentais*, DSM-III (*Diagnostic and statistical manual* – DSM), em 1980, quando retirou o homossexualismo do rol de doenças e incluiu o transexualismo. Esse manual foi revisado no ano de 1994 (DSM-IV) e passou a denominar o diagnóstico como "desordem da identidade de gênero", retirando os termos "disforia de gênero" e "transexualismo" (Saadeh, 2004); e (c) OMS, que, em seu *Manual internacional de classificação das doenças* – décima revisão (**CID**-10), em 1990 –, incluiu o transexualismo como um "transtorno de identidade sexual" (Saadeh, 2004). (VENTURA, 2010, pp. 80-81 – grifo nosso).

13 É o que bem elucida B. Bento, ao concluir que: [...] Essas duas concepções produziram explicações distintas

A partir desta terceira fase, ou seja, de meados do século XX em diante, multiplicou-se o número de publicações investigando as origens da transexualidade, a fim de tentar explicá-la através das correntes teóricas disponíveis e estudos de caso. A inclusão do *transexualismo* no Código Internacional de Doenças, em 1980, foi amplamente comemorada, nesse sentido, pela comunidade científica, como o fechamento de um ciclo que si iniciou na década de 1950 e foi se consolidando cada vez mais, na medida em que, empenhados na comprovação de que se tratava de uma "doença", os cientistas poderiam celebrar a "cura" de um mal existente em todos os tempos e culturas (BENTO, 2006).

Ao final da cronologia divida em quatro fases, dais quais nos detivemos na análise das três primeiras, o psicanalista francês chega, portanto, à conclusão de que, de modo geral, as abordagens científica (endocrinológica) e sociológica (identidade/papel de gênero) dominantes acerca do *transexualismo* não são contraditórias entre si, mas complementares. Isto é, se, de um lado, o sexo anatômico representa uma imposição apriorística ao indivíduo, este pode, vivenciando um gênero psicossocial diverso daquele correspondente ao seu sexo biológico, pleitear legitimamente uma adaptação cirúgico-hormonal, bem como a alteração do registro civil, seguindo neste sentido as reivindicações da maior parte dos movimentos e grupos transexuais (não intervenção do Estado na esfera privada do indivíduo – a *privacy* anglo-saxônica – conjugada com o discurso de efetivação do direito à saúde deste seguimento social).

Mas as divergências prosseguem no que diz respeito – em termos de tratamento, não de premissas –, aos psicólogos e aqui, sim, há um antagonismo real de posicionamentos, conflitantes em termos de respostas possíveis ao enfrentamento do "dilema" da transexualidade[14].

---

para a gênese da transexualidade e, consequentemente, caminhos próprios para o seu "tratamento". No entanto, **a disputa de sabres não constituiu impedimento para que uma visão biologista e outra, aparentemente construtivista, trabalhassem juntas na oficialização dos protocolos e nos centros de transgenitalização**. Money, por exemplo, que sempre destacou a importância da educação para a formação da identidade de gênero, defendia a hipótese "ainda por ser investigada [de que a origem da transexualidade está em uma] anomalia cerebral que altera a imagem sexual do corpo de forma a torná-la incongruente com o sexo dos genitais de nascimento". (Money apud Ramsey, 1996: 19). (BENTO, 2006, p. 42 – grifo nosso).

14 Conforme destaca Castel: *Daí em diante, as duas concepções do transexualismo não se encontram de maneira alguma: a psicanalítica, que continua a manter — pela evocação de uma clínica cada vez mais precisa — o caráter patológico e com freqüência delirante da esperança de mudar de sexo, e a do militantismo transgender, na ponta da luta pelo reconhecimento legal.* Há muitas evidências de que os psicanalistas querem de fato defender a existência de uma psiquiatria que mensuraria os distúrbios mentais com uma outra norma que a aceitabilidade social dos desvios, enquanto os militantes *transgender* denunciam na psicanálise um dogmatismo desprovido de bases científicas que legitime a posteriori os preconceitos conservadores. *Tais anátemas recíprocos refletem uma dificuldade exemplar de nossas concepções antropológicas: estão em luta as que trazem uma visão do homem como indivíduo livre, transparente para si mesmo, instrumentalizando a ciência para realizar um projeto do qual ele é o único responsável e que se mede pelos ideais hedonistas; e aquelas que vêem na transparência pretendida a consciência de uma ilusão radical, nas quais a sexualidade e a identidade sexual não-escolhidas são as pedras de toque, com uma desconfiança pela técnica médica que*

Com efeito, ainda que tenham sido edificadas bases supostamente “seguras”, tanto endocrinológicas, quanto sociológicas, para a explicação do fenômeno da transexualidade, não há uma etiologia definitiva ou marcadores biológicos precisos que sirvam de critérios exatos para a identificação/delineamento da “síndrome do transexualismo”. A hipótese que tem sido mais aceita, nesse sentido, segundo a endocrinologista Amanda Athayde (ATHAYDE, 2001, p. 409) é a de que se trata de uma *diferenciação sexual prejudicada em nível cerebral por fatores hormonais, os quais desempenham um papel importante na formação da identidade de gênero*. Não obstante, um outro autor, o psiquiatra Alexandre Saadeh (SAADEH, 2004, p. 110), também referenciado por Ventura e que desenvolveu um amplo estudo histórico acerca do tema, afirma que as pesquisas que visam atingir resultados conclusivos do ponto de vista biológico acerca do *transexualismo* prosseguem, sem, contudo, terem ainda logrado êxito.

O enquadramento nas categorias de “homem” e “mulher”, “masculino” e “feminino”, continuam, pois, sendo pressupostos (essencializados) indispensáveis para que se indique a cirurgia de redesignação para os transexuais e a operação corretiva para os intersexuais, uma vez que é entendimento pacífico, na seara das discussões travadas até aqui, a necessária conformidade entre a genitália externa, o corpo adequado, e a identidade sexual/de gênero (de base anatômica dimórfica) para um “desenvolvimento normal e completo” do indivíduo em sua plenitude existencial.

3. O TRANSEXUAL VERDADEIRO.

Conforme demonstrado no tópico anterior, a partir da análise das fases do fenômeno transexual propostas por Pierre-Henri Castel, foi-se consolidando ao longo da segunda metade do Séc. XX o *dispositivo da transexualidade*, passando a cirurgia de redesignação sexual ou *transgenitalização* a ser recomendada, de forma relativamente pacífica e propagada pelo discurso médico oficial (instituições e organizações internacionais de saúde), para o casos comprovados de transtorno de identidade de gênero, disforia de gênero ou, simplesmente, *transexualismo*. Para tanto, acompanhando a construção das nosologias e etiologias em torno da transexualidade, bem como o discurso científico (endócrino-sociológico) e seus correlatos dispositivos e protocolos, surgiu, também, a demanda pela *certeza* no diagnóstico a embasar o tratamento oferecido (alterações hormonais, intervenções cirúrgicas). É nesse contexto que se

refabricaria o humano. Como essas duas opções são opções morais, seria muito arriscado considerar que uma ou outra possa ser definitivamente vencida (ao menos no círculo historicamente definido de nossa cultura e de nossa sociedade). (CASTEL, 2001, p. 92 – grifo nosso).

insere a figura do *transexual verdadeiro*, como categoria criada para prover essa necessidade de segurança, de certeza real de cura e resultados satisfatórios. Apenas para o *verdadeiro transexual* indicar-se-á a solução terapêutica interventiva, a adequação dos corpos, *do sexo biológico ao gênero psicossocial vivenciado*.

Se a "síndrome do transexualismo" começou a ser individualizada na década de 1950 por Harry Benjamin, na forma como tem sido abordada, majoritariamente, até hoje, a categoria diagnóstica do transexual genuíno ("verdadeiro") teve a suas bases lançadas também pelo sexólogo alemão, a partir da sua obra, já citada, "*El fenómeno transexual*", publicada na década de 1960. A criação pioneira da Clínica de Identidade de Gênero do Hospital Johns Hopkins nesse mesmo ano de 1966, os eventos da *Harry Benjamin Association* e sua ulterior transformação na *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association* (HBIGDA), após a formulação da expressão "disforia de gênero", levaram não apenas a HBIGDA a tornar-se referência mundial em termos de normatização do tratamento do *transexualismo*, mas também divulgaram e propagaram as características identificadas por H. Benjamin como próprias dos indivíduos transexuais, as quais passaram a ser repetidas e oficializadas – como saber científico determinante no processo de diagnóstico, acompanhamento e cura – por praticamente toda a comunidade médica internacional.

Embora predominante, contudo, o transexual de Harry Benjamin não é o único padrão referencial, além de algumas características terem sido incluídas ou adaptadas, ainda que as bases permaneçam.

Berenice Bento (BENTO, 2006), assim como Castel (CASTEL, 2001) o fez, trabalha, em sua pesquisa, com o agrupamento das teorias que tentam explicar a origem e o "tratamento adequado" para o "transexualismo" em duas correntes principais: a psicanalítica e a de matriz biológica (endócrino-sociológica), de acordo com cada uma das quais foram edificados dois padrões de transexuais, que esta autora identifica como "transexual stolleriano" e "transexual benjaminiano", em referência ao psicanalista Robert Stoller e ao endocrinologista Harry Benjamin, respectivamente. Ambos os profissionais que marcaram a história do desenvolvimento do fenômeno transexual revelaram a pretensão de encontrar e diagnosticar o *transexual verdadeiro*, levantando características que fossem compartilhadas e estivessem, portanto, presentes em todo transexual genuíno. São justamente estes critérios que irão conduzir a produção dos protocolos médicos e demais orientações seguidas internacionalmente no tratamento dos transexuais e, ainda, reforçarão uma tendenciosa "universalização" deste fenômeno, formulando a *categoria* (geral e abstrata) do "transexual"; neste caso, do "transexual verdadeiro".

Como já visto, as posições psicanalítica e endocrinológica por muito tempo rivalizaram entre si em busca do diagnóstico definitivo, da legitimidade para dar a palavra final em termos de transexualidade. Não obstante, em razão das incertezas que subsistiram (apesar de o discurso oficial médico, bioético e jurídico fazer parecer que não existem) quanto às possíveis causas/origens, ambos os saberes passaram a trabalhar conjuntamente, cada um cedendo um pouco para o outro, ainda que se possa afirmar que "*o endocrinologista espera o dia em que a ciência descobrirá as origens biológicas da transexualidade, o que provocaria um reposicionamento do papel e do poder dos terapeutas, pois, atualmente, são eles os responsáveis em dar a palavra final sobre as cirurgias de transgenitalização. Os terapeutas, por sua vez, esperam que a escuta e o tempo durante o qual o/a 'candidato/a' se submete obrigatoriamente à terapia o remova da convicção da necessidade da cirurgia"*. (BENTO, 2006, p. 134).

A análise dos indicadores presentes tanto no "transexual stolleriano", quanto no "transexual benjaminiano", pois, torna-se oportuna para uma melhor compreensão do discurso que conformará o entendimento dominante, o senso comum desenvolvido em torno da identificação do "transexual verdadeiro".

3.1. O transexual de Robert Stoller (1975).

A obra "A Experiência Transexual" de Robert Stoller (1975) aponta como um indicativo precípuo do potencial desenvolvimento de uma sexualidade "anormal" (homossexual, bissexual, travesti ou transexual) *o fato de a criança gostar de brincadeiras e de se vestir com roupas consideradas apropriadas para o gênero oposto ao seu sexo de nascença* (anatômico, biológico).

A origem do *transexualismo*, para Stoller, encontrar-se-ia na forma como se dá a relação da criança com a mãe – identificando esta última como uma mulher que projeta em seu filho (criança do sexo masculino) as suas frustrações pessoais e a inveja que sente dos homens, em geral, porque gostaria de ser um deles. O nascimento do filho gera tamanha felicidade na mãe stolleriana que provoca uma superproteção, um vínculo exacerbado passível de impedir que o conflito edipiano (Complexo de Édipo freudiano) se estabeleça, na medida em que a figura do pai é suplantada e obscurecida pela mãe. A passagem pelo conflito edipiano e a sua adequada resolução, para este psicanalista, seriam etapas cruciais para a construção da identidade de gênero e sexual da criança. Dessa forma, a "verdade" sobre a experiência transexual estaria na infância e na relação com a mãe, sendo determinante a

posição, o comportamento e as atitudes da figura materna. Nesse sentido, B. Bento (BENTO, 2006, p. 137) frisa que Stoller chega a colocar em dúvida o diagnóstico do "transtorno de identidade de gênero" se o paciente tiver uma mãe diferente daquela que ele identificou como a *mãe típica do transexual*.

Stoller, então, indica alguns traços característicos do *comportamento feminino desviante* desta mãe típica ao descrever uma mãe que o procurou em seu consultório nos seguintes termos:

> […] é eficiente, enérgica e dada a negócios. Veste-se de uma maneira masculina, com cabelos curtos, quase sempre usa *slacks* e camisas de seu marido. Ela inveja os homens e é mordaz e condescendente em relação a eles, dominando situações sociais. Diz que seu casamento é infeliz, havendo uma grande distância entre ela e seu marido. Ela é, sem dúvida, quem toma as decisões na família. (STOLLER, 1982, p. 99 *apud* BENTO, 2006, pp. 137-138).

A sua solução para o "problema" seria, então, a indução, por parte de um terapeuta qualificado, do conflito de Édipo (ou de Electra) no paciente transexual, a fim de que este pudesse desenvolver, a partir daí, uma masculinidade (ou feminilidade) "normal".

3.2. O transexual de Harry Benjamin (1966).

O "sexo", para Harry Benjamin, apresenta uma composição multifacetária, envolvendo vários "sexos": o cromossomático (ou genético), o gonádico, o fenotípico, o psicológico e o jurídico. O cromossomático, contudo, tem um papel preponderante, sendo o responsável pela determinação do sexo e do gênero dos indivíduos (XX para mulheres e XY para homens). Quando todos os níveis constitutivos do sexo se encontram em acordo uns com os outros, dá-se o *desenvolvimento normal* do sexo biológico e da inteligibilidade de gênero. Em contrapartida, quando qualquer deslocamento entre esses níveis se manifesta, verifica-se, então, um *mau funcionamento*. A heterossexualidade seria a matriz de normalidade a orientar todas as facetas que compõem o sexo da pessoa, para além do funcionamento hormonal, que determina a masculinidade e a feminilidade dos sujeitos.

Um ponto interessante que vale a pena ressaltar, nesse contexto, é que as formulações teóricas e propostas de H. Benjamin contemplam o *autodiagnóstico*, sobretudo porque a cirurgia é a única solução terapêutica considerada possível para um indivíduo transexual (genuíno). Nesse ponto, Bento (BENTO, 2006, pp. 149-150) destaca que, ao identificar a origem das identidades de gênero no sexo cromossomático e da sexualidade no sexo germinal

(relativo à produção de gametas e, portanto, à procriação), Benjamin estaria reafirmando Tardieu, *para quem a verdade última dos sujeitos deveria ser buscada não nos comportamentos, mas na biologia dos corpos – no caso de Benjamin, principalmente nos hormônios*.

H. Benjamin reitera, assim, mais uma vez, a condição de anomalia, de distúrbio ou transtorno, da transexualidade; Gerald Ramsey, um dos principais defensores das teses de Benjamin, é bem claro nessa reiteração, ao asseverar que:

> […] **por mais que isso soe duro, transexuais não são normais**. Dizer que um transexual – ou alguém que tem fenda palatina ou um defeito congênito no coração – não tem anomalia alguma é pura ilusão. Já dizer que todos esses pacientes podem ser conduzidos a uma quase normalidade com a ajuda da medicina e da psicologia é correto... Por mais que se sintam "normais" por dentro quanto à sua identidade de gênero, os transexuais não são realmente plenos, inteiros, enquanto o interior não se coadunar com o exterior. **Mais uma vez, afirmar que o transexual não se desvia da norma biológica e psicológica é iludir-se**. Em minha opinião, é preferível considerar os problemas reais inerentes a esse distúrbio e resolvê-los a negá-los. (RAMSEY, 1998, p. 80 *apud* BENTO, 2006, p. 150 – grifo nosso).

O "transexual verdadeiro", para o sexólogo de origem alemã, seria, portanto, aquele que deseja ter um corpo correspondente ao gênero com o qual se identifica, diferente daquele com o qual nasceu, através de intervenções hormonais e cirúrgicas, sendo, até então, essencialmente assexuado. Somente a cirurgia lhe conferirá a possibilidade de exercer a sua sexualidade, com o órgão pertinente ao gênero psicossocial vivenciado, bem como lhe permitirá interagir socialmente, desfrutando da condição de mulher (ou de homem) desejada.

Harry Benjamin elaborou, ainda, uma tabela com a classificação dos níveis de indecisão e "desorientação" tanto sexual, quanto de gênero. Essa tabela (ANEXO II) apresenta seis categorias ou níveis, quais sejam: pseudotravesti masculino; travesti fetichista masculino; travesti autêntico; transexual não-cirúrgico; transexual verdadeiro de intensidade moderada; transexual verdadeiro de alta intensidade. A partir desta classificação, poder-se-ia chegar, com segurança, às características basilares passíveis de definir e identificar o *verdadeiro transexual*. Em síntese, estas características são (BENJAMIN, 2001, p. 45 *apud* BENTO, 2006, p. 152):

1) Vivenciar uma inversão psicossexual total;
2) Viver e trabalhar como uma mulher, bem como apenas vestir roupas que lhe dão alívio suficiente;
3) Desejar intensamente manter relações com homens (ou mulheres) considerados

"normais";

4) Experimentar um intenso "mal-estar de gênero";
5) Solicitar a cirurgia com urgência;
6) Manifestar nítido ódio com relação aos seus órgãos sexuais.

Serão estes aportes teóricos de H. Benjamin que influenciarão, sobremaneira, todo o discurso médico futuro acerca da transexualidade (*patologizador*, *biologicista*, *terapêutico*, *adequatório*), perdurando até as versões mais recentes deste dispositivo.

Nesse sentido, Berenice Bento questiona:

> […] quando um transexual decide não se operar e entra na justiça solicitando a mudança do prenome e do sexo em seus documentos, um conjunto de consequências é desencadeado, o que remete ao ponto inicial desta discussão: quem são os transexuais de verdade? E a própria socióloga responde à indagação, reiterando que: as teses de Benjamin são os cânones definidores de pareceres, diagnósticos e classificações. Todas as vezes que um juiz, um médico ou um psicólogo emite um parecer sobre a demanda de uma pessoa que está em conflito com o gênero imposto, está fazendo uma citação do que já se transformou em norma, em verdade científica, a partir das quais os/as demandantes são avaliados. Nesses momentos se nota a operacionalidade do dispositivo da transexualidade. Assim, se todo transexual de verdade só encontra na cirurgia os mecanismos para a superação de seus transtornos, não se poderá conceder a um transexual que não esteja totalmente cirurgiado o direito à mudança legal da identidade de gênero? (BENTO, 2006, p. 158).

Ou seja, a categoria do "transexual verdadeiro" – sobretudo a partir das premissas biológicas lançadas por Benjamin, que se tornou um dos grandes nomes nesta área, verdadeiro especialista no tema do "transexualismo", com pretensões de diagnóstico seguro, exaustivo e resultados exitosos –, atendeu perfeitamente às necessidades de segurança e certeza quer da equipe médica, que irá realizar a cirurgia (tida como irreversível, logo, um procedimento de alto risco e gravidade), quer do poder judiciário, que autorizará a alteração do registro civil do indivíduo transexual, impactando na tão salvaguardada segurança jurídica e confiabilidade das relações intersubjetivas tuteladas pelo Direito. Daí a ampla aceitação, difusão e constante reiteração da categoria e das suas premissas fundamentais.

3.3. Diagnóstico Diferencial.

Partindo-se do pressuposto de que remanesce na tipologia de H. Benjamin, ainda que de bases biologicistas (endocrinológicas, morfológicas), por influência de J. Money e, por

conseguinte, de T. Parsons, traços psicológicos, é possível afirmar-se, também, que o diagnóstico do *transexualismo* é de tipo diferencial, na medida em que o primeiro passo é o afastamento de outras causas possíveis para o desejo de mudança de sexo manifestado pelo "paciente", sejam causas orgânicas/anomalias biológicas congênitas (como o *hermafroditismo*), sejam outras causas mentais passíveis de ocasionar semelhante "transtorno". Dessa forma, além de averiguar a experimentação de "intenso sofrimento" por parte do pleiteante e certificar-se da natureza irreversível do "transtorno", a equipe médica necessitará realizar uma minuciosa diferenciação entre o "transexual verdadeiro" e outras categorias como travestis, homossexuais e intersexuais, afinal, somente para o primeiro serão recomendados o tratamento hormonal e a intervenção cirúrgica de redesignação.

Miriam Ventura (VENTURA, 2010, pp. 81-82) ressalta que, até os anos 1970, *transexualismo* e *homossexualismo* recebiam uma mesma abordagem médico-psicológica, sendo o primeiro um caso considerado manifestação mais gravosa do segundo e ambos encarados como doenças mentais. Quando o *homossexualismo* foi suprimido da classificação internacional de doenças, em 1973, o *transexualismo* foi incluído nessa mesma lista como uma categoria de transtorno específica. Não obstante, no senso comum e em determinados estudos e práticas, ressalva a autora, a compreensão do *transexualismo* (e da própria transexualidade) ainda se encontra de certa forma atrelada à noção de homossexualidade. Para esta jurista, por fim, segundo entendimento dominante, os transexuais diferenciar-se-iam dos homossexuais – na medida em que estes apresentam apenas uma orientação sexual dirigida para o mesmo sexo e não uma insatisfação com o seu corpo (sexo biológico) –, dos travestis – que se expressam vestindo-se e comportando-se como pertencentes ao gênero oposto ao correspondente ao seu sexo anatômico, mas não julgam ter uma corporeidade equivocada – e das pessoas intersexuais – que revelam ambiguidades de base corpórea, material, como os hermafroditas.

O psiquiatra A. Saadeh, por sua vez, traz, em sua tese, uma ampla revisão bibliográfica dos autores que se debruçam sobre as tentativas de diagnosticar o *transexualismo* (SAADEH, 2004, pp. 82-115), chegando à conclusão de que a maioria destas se encontra consubstanciada ou representa um desenvolvimento de três referências centrais já mencionadas anteriormente, quais sejam: (1) a Classificação Internacional de Doenças, 10ª Versão (CID-10) (OMS, 1993); (2) o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, 4ª edição – *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 4th edition* – DSM-IV (APA, 1995) e sua revisão de texto, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 4th edition, text revision* – DSM-IV-TR (APA, 2000); (3) *The Harry Benjamin International Gender Dysphoria*

Association's, Standards of Care for Gender Identity Disorders, 6th version (HBIGDA, 2001) – Associação Internacional Harry Benjamin de Disforia de Gênero, 6ª versão (HBIGDA, 2001).

Após este apanhado bibliográfico, afirma o autor que subsistem diversas dificuldades para um diagnóstico preciso, com características previsíveis e únicas, bem como para o próprio tratamento do *transexualismo* ou t*ranstorno de identidade de gênero*. Existem pesquisas recentes, inclusive, que *buscam revelar o grau de masculinidade ou feminilidade nessas populações e nesses pacientes como um possível fator facilitador do diagnóstico* (LIPPA, 2001; HERMAN-JEGLINSKA et al. 2003 *apud* SAADEH, 2004).

É possível, contudo, expor uma síntese de como se desenvolveu o diagnóstico do *transexualismo*, nos seguintes termos (SAADEH, 2004, pp. 109-110): 1) coexistência, nos últimos anos, de vários termos referentes aos transtornos de identidade de gênero; 2) progressivo movimento em direção ao abandono do termo "transexualismo", que nada mais seria do que um extremo do espectro de um transtorno de identidade de gênero; 3) consenso na prática médica em relação ao uso tanto do CID-10 quanto do DSM-IV para estabelecer os critérios diagnósticos dos transtornos de identidade de gênero; 4) a opção cada vez maior e mais clara pelo uso da expressão transtorno de identidade de gênero em lugar de transtorno de identidade sexual, visto que sexo seria mais restrito às características anatômicas e biológicas e gênero envolveria construção psicológica e social; 5) abandono do termo disforia de gênero, pela pouca especificidade; e 6) restrição do uso do termo transgênero no meio social e informal, não no médico-psicológico e científico.

Como resultado de toda a retrospectiva histórica, empreendida por Saadeh, da dificuldade diagnóstica, bem como partindo do entendimento de que o *transexualismo* é um transtorno mental que deve ser diagnosticado e tratado como tal, conclui o psiquiatra que os seguintes critérios têm sido majoritariamente utilizados para defini-lo (SAADEH, 2004, pp. 110-111):

a) Anamnese: história, desde a infância, de inadequação de gênero; quadro não relacionado à situação de estresse; ausência de sinais de fetichismo; experiências homossexuais raras e geralmente na fase de definição pessoal, quando o indivíduo descobre que a categoria homossexual não lhe é adequada; vivência no gênero desejado sem conflitos; crença de que é heterossexual e membro do gênero oposto ao seu sexo anatômico; busca da transformação hormonal e cirúrgica; mostra da repugnância por seus genitais e vontade de

transformá-los; grande sofrimento psíquico por sua situação, com sintomas depressivos e história de autoagressão, até mesmo suicídio;

b) Desconforto e inadequação de gênero com duração de no mínimo dois anos;

c) Vivência no papel de gênero desejado já estabelecida ou a se estabelecer durante o acompanhamento;

d) Ausência de anormalidades genéticas ou intersexuais;

e) Diagnóstico diferencial, ou seja afastamento de outras possibilidades clínicas e psiquiátricas para a manifestação do transtorno, como exclusão de quadro esquizofrênico, transtorno de humor psicótico, transtorno mental orgânico ou oligofrenia, dentre outros;

f) Busca real e intensa pela cirurgia, mas com a compreensão das dificuldades presentes na indicação desse recurso; e

g) Disponibilidade efetiva para psicoterapia como facilitadora para a eventual indicação endocrinológica e cirúrgica.

Quanto à relevância do diagnóstico diferencial, por fim, assevera o psiquiatra Coordenador do AMTIGOS – NUFOR (Ambulatório de Transtornos de Identidade de Gênero e Orientação Sexual do Núcleo de Psiquiatria e Psicologia Forense), desde 2010, que, quando se está diante da inexistência de critérios exatos de diagnóstico, o risco de má ou equivocada recomendação da cirurgia como solução terapêutica é considerável e aponta para a necessidade de uma maior cautela, uma maior tranquilidade e atenção nas avaliações dos candidatos ao procedimento cirúrgico-interventivo, devendo-se, portanto, excluir, de antemão, patologias como esquizofrenia, oligofrenia, transtorno dismórfico corporal, além de se procurar evitar, a todo custo, lesão física em indivíduos homossexuais ou transformistas.

3.4. A categoria do “transexual verdadeiro” presente no Direito (Medicina Legal e Sexologia Forense).

Para Jorge Vanrell, médico clínico especialista em medicina legal, *um transexual acredita ser vítima de um acidente biológico, cruelmente preso dentro de um corpo incompatível com sua real identidade sexual* (VANRELL, 2008, p. 69). Em sua opinião, a grande maioria dos transexuais seria constituída por homens que se identificam, em verdade,

com uma identidade de gênero feminina, encarando com repugnância seus órgãos sexuais e suas características masculinas, em geral. O objetivo primordial deste público, portanto, ao procurar auxílio, seria a realização da cirurgia que lhes confira a máxima aproximação possível com o corpo feminino que desejam ter, mais do que qualquer tratamento clínico, hormonal ou psicológico.

Quanto ao diagnóstico, o especialista em medicina legal, autor da obra "Sexologia Forense", também reitera a imprescindibilidade do diagnóstico diferencial, que estabelecerá "um divisor de águas entre três tipos": transexuais, travestis e esquizofrênicos.

Aqui, também a categoria do "transexual verdadeiro" é destacada, com características bastante peculiares. Senão, vejamos, nos próprios termos do autor:

> Para os **transexuais masculinos verdadeiros**, a condição manifesta-se precocemente, na infância, com gosto excessivo por brincadeiras de meninas, fantasias de ser mulher, aversão por jogos rudes e competitivos, repugnância às mudanças físicas que ocorrem na puberdade e, a partir de então, uma busca de identidade de gênero feminino. Com frequência, os transexuais tornam-se "experts" em adquirir habilidades que lhes permitam adotar uma identidade do gênero feminino. Há casos em que a satisfação se limita a obter uma boa aparência feminina, conseguir um emprego e uma carteira de identidade que os habilite a trabalhar e viver em sociedade como mulheres. Todavia, há casos em que não se conformam apenas com a mudança de identidade social, e estes podem ser auxiliados, de modo a conseguir um ajuste mais estável, utilizando pequenas doses de hormônio feminino. Chegados à adolescência, e alcançados os "ganhos" elencados no parágrafo acima, aos poucos a ideia de mudança anatômica de sexo se torna obsessiva. É então que muitos transexuais buscam operações feminilizantes. Isso acaba por acarretar graves problemas éticos e sociais. (VANRELL, 2008, p. 70 – grifo nosso).

Na obra coletiva de Tereza Vieira e Luiz Paiva, T. Vieira reforça o paradigma medicalizante ao afirmar que a cirurgia de adequação de sexo possui *natureza terapêutica*, devendo, portanto, receber do Direito, da Medicina e da Psicologia contribuições para a *diminuição do sofrimento* dos transexuais (VIEIRA, 2009, p. 186).

Não obstante, será o psiquiatra Sérgio José Alves de Almeida, Doutor em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto, que definirá os transexuais como *pessoas, homens e mulheres, que apresentam identidade cruzada*. Dessa forma, os indivíduos, em geral, apresentariam uma identidade conforme o seu sexo biológico, tendo homens uma identidade masculina e mulheres, uma identidade feminina. Com os transexuais, entretanto, se daria o oposto, levando-os a agir, pensar, atuar e falar como se pertencessem ao sexo oposto (ALMEIDA, 2008, p. 50).

O psiquiatra vai além na sua descrição dos transexuais, detalhando-os nos seguintes termos:

> Uma característica desta população é não aceitar o seu corpo, principalmente os órgãos genitais. Nos casos dos transexuais masculinos, os quais são em número muito maior, eles abominam o pênis. Nas relações sexuais, nunca deixam que o parceiro veja o órgão e muito menos o toque. Alguns chegam ao ponto de terem infecções localizadas por falta de higienização. De uma forma geral, não se masturbam e quando o fazem premidos por um forte impulso sexual costumam ser acometidos por fortes sentimentos de culpa. Todos se colocam como "mulheres heterossexuais" e só desejam homens realmente héteros, não aceitando homossexuais, bissexuais ou parceiros de travestis, por não considerá-los "homens de verdade" e sim *gays* enrustidos. Lembramos então que nunca se deve confundir um transexual com um travesti ou um homossexual. As duas últimas categorias têm identidade masculina, embora entre travestis possam existir "lampejos" de identidade feminina. Para o leigo, é tudo "farinha do mesmo saco", todos são iguais, mas na sexualidade humana sabemos que formam entidades completamente distintas. Daí a necessidade de um pormenorizado disgnóstico diferencial para separarmos o "joio do trigo", ou seja, as três categorias em potencial. (ALMEIDA, 2008, p. 50).

Por fim, também S. Almeida revela uma preocupação com a precisão do diagnóstico e a necessidade do atendimento por profissionais qualificados, experientes e especialistas na área, alertando que um erro pode ser fatal, na medida em que somente os *transexuais verdadeiros* almejam, de fato, a cirurgia de redesignação sexual, enquanto as outras duas categorias por ele mencionadas (homossexuais e travestis) não têm esse objetivo, ainda que, em momentos de crise, possam manifestar tal interesse.

O que se observa na análise das obras acima referenciadas apenas como exemplo de como a questão é tratada no âmbito jurídico é o reforço ao *dispositivo da transexualidade*, cujos limites e histórico de sua construção já se evidenciou amplamente supra.

4. CONCLUSÃO: "TRANSEXUALISMOS" E CONSENSOS VELADOS – O PARADIGMA *PATOLOGIZANTE-BIOLOGICISTA-TERAPÊTICO-ADEQUATÓRIO (OU "PARADIGMA DO TRANSEXUAL VERDADEIRO").*

A história recente do que identificamos como "fenômeno transexual", sobretudo no curso do Séc. XX, levou a inúmeras tentativas de compreensão desta experiência, a partir de diferentes premissas teóricas, bem como forneceu respostas, algumas aparentemente antagônicas e incompatíveis, que foram se consolidando e conformaram o que chamamos de *dispositivo da transexualidade*, no sentido de Foucault.

Apesar de haver, hoje, um entendimento relativamente assente e dominante em torno do "transtorno de identidade de gênero", conforme já ressaltaram alguns autores, tais como Alexandre Saadeh e Miriam Ventura, não há um diagnóstico definitivo ou características absolutas e precisas a serem encontradas em todos os candidatos à cirurgia de redesignação sexual. Essa constatação reforça a ideia de que a disputa de saberes originária, entre

psicólogos e endocrinologistas, ainda que amenizada, na medida em que ambos os grupos de profissionais tiveram que aprender a conviver e atuar conjuntamente, persiste.

Não obstante esse conflito teórico-científico, cujo ponto fulcral de divergência está na recomendação ou não da intervenção cirúrgica/hormonal como "solução terapêutica adequada", as principais respostas ao *transexualismo* formuladas no século passado e ainda em vigor podem ser enquadradas em um mesmo paradigma, a partir do desvelamento de determinados "consensos" que aproximam mesmo as correntes a princípio mais divergentes.

Desde a primeira fase da retrospectiva histórica da transexualidade delineada por Pierre-Henri Castel, quando Magnus Hirschfeld utilizou o termo "transexual psíquico" pela primeira vez, as práticas transexuais deixaram, aos poucos, de ser consideradas *ilícitas* ou *meramente imorais*, para passarem a ser encaradas como "desviantes", "compulsivas", produto de um *transtorno* ou *disforia*. Ou seja, a primeira resposta da Sexologia (Primeira Fase), que identificava na transexualidade uma **patologia**, ainda que com uma conclusão (sobretudo em termos de etiologia) e proposta significativamente diferenciada, foi reforçada pelas constatações do "behaviorismo endocrinológico" da Segunda Fase, bem como pela conjugação da Endocrinologia com a Sociologia, na Terceira Fase, que, mediante a incorporação e desenvolvimento das ideias de Talcott Parsons, John Money e Harry Benjamin, legitimaram, "cientificamente", o dimorfismo natural dos corpos e as diferenças entre homens e mulheres.

A classificação da transexualidade como uma patologia (que veio a ser institucionalizada pelos organismos internacionais) parte de premissas – e, ao mesmo tempo as reforça, num círculo vicioso – **biológicas** (ou melhor seria dizer biologicistas, posto que se tratam, em verdade, da biologização de construções culturais), naturalizando o dimorfismo genital com finalidades reprodutoras, condicionando a construção identitária de gênero em razão das diferenças anatômicas e do funcionamento hormonal, o que culmina na imposição da heterossexualidade como a prática normal, adequada, dos sujeitos, caracterizando todo o resto como desviante e passível de adequação (aos papéis de gênero socialmente estabelecidos e bem delimitados).

Com efeito, diante de uma *patologia* de premissas *biologicistas* (ou científicas, uma vez que a Sociologia se junta à Endocrinologia para a construção de uma abordagem coerente e uníssona), propõe-se uma solução (ou "cura") **terapêutica**, que irá extirpar o "problema" (na visão dos psicólogos) ou tratá-lo devidamente (na compreensão dos endocrinologistas), viabilizando a **adequação** do indivíduo ao seu contexto social, a fim de que possa vivenciar o *gênero correto* ao qual julga pertencer.

A concepção de gênero que permeia todo o discurso majoritário em torno da experiência transexual e fundamenta o dispositivo da transexualidade pauta-se, portanto, na essencialização das categorias de "homem" e "mulher", "masculino" e "feminino", bem como na naturalização da heterossexualidade, seguindo o que virá a ser identificado como uma "linha coerente", que parte das diferenças anatômicas (genitália, sexo biológico – pênis/vagina), para as distinções entre os gêneros (papéis sociais – homem/mulher), chegando à heterossexualidade com fins reprodutores.

O objetivo dos estudos acerca do diagnóstico (seguro) do transexual (genuíno) passará, então, pela mensuração de feminilidades e masculinidades, bem como pela identificação do grau de "sofrimento", de "necessidade de adequação", experimentado pelo "paciente". Essa preocupação pode ser observada desde as formulações dos psicólogos da primeira fase, até as mais recentes considerações dos profissionais da área de saúde.

Eis delineado o paradigma (patologizante, biologicista, terapêutico, adequatório) que gerou o atual dispositivo da transexualidade e a categoria diagnóstica do "transexual verdadeiro". Um paradigma capaz de ***conformar e disciplinar corpos, gêneros e sexualidades***, afinal, é comum encontrar afirmações no sentido de que: *"[...] a cirurgia do transexual devidamente padronizada e regulamentada é um procedimento ético, legal e de **ressocialização humana**"* (ALBANO, 2003, p. 336 *apud* VIEIRA, 2009-C, p. 170).

A percepção dos limites teóricos e práticos deste paradigma, das suas falácias evidenciadas, sobretudo, na forma como foi edificado, possibilita, portanto, agora de maneira ainda mais fundamentada e embasada, a discussão do tema da "transexualidade" não mais apenas sob a ótica do direito à saúde, mas da realização plena da dignidade humana, dos direitos e liberdades sexuais, do direito de dispor do próprio corpo, exercer autonomia individual/privada e proferir consentimento informado na realização da cirurgia de "mudança de sexo", conforme já vimos defendendo em trabalhos anteriores (GRANT, 2010). Desse modo, ampliar-se-ão significativamente as possibilidades jurídicas de contestação dos diagnósticos (cujas possibilidades de certeza já se demonstrou serem largamente questionáveis, principalmente em face da dinâmica do "diagnóstico diferencial") considerados, hoje, determinantes para a realização do procedimento cirúrgico, e uma ampla gama de vivências transexuais (excluídas da categoria "transexual verdadeiro") poderá vir a ser democraticamente contemplada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sérgio de. **Transexualidade e etiologias**: como desvendar este mistério. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de. [Org.]. Identidade sexual e transexualidade. São Paulo: Roca, 2009, pp. 49-55.

ATHAYDE, Amanda V. Luna de. **Transexualismo masculino**. *Arq Bras Endocrinol Metab* [online]. 2001, vol.45, n.4, pp. 407-414. ISSN 0004-2730. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/abem/v45n4/a14v45n4.pdf>. Acesso em 24 abr. 2012.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do "fenômeno transexual". **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 21, nº 41, p. 77-111. 2001. [online]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882001000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 abr. 2012.

GRANT, Carolina. **Bioética e Transexualidade**: para além da patologização, uma questão de identidade de gênero. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, pp. 842-858.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 11ª reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1995.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**: a vontade de saber. 14ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011.

HAUSMAN, Bernice. ***Changing Sex**: Transsexualism, Technology and the Idea of Gender*. Duke University Press, 1995 *apud* CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do "fenômeno transexual". **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 21, nº 41, p. 77-111. 2001. [online]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882001000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 abr. 2012.

OLIVEIRA, Morgana Bellazzi de; GOMES, Dacio Cunha. **Transexualismo**: aspectos sociais e jurídicos. *In* Revista Jurídica dos Formandos de Direito da UFBA. Salvador, 2001.

SAADEH, Alexandre. **Transtorno de identidade sexual**: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino. 2004. 279f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. [online]. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde.../Tesealexandre.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2012.

VANRELL, Jorge Paulete. **Sexologia Forense**. 2ª ed. Leme: JH Mizuno, 2008.

VENTURA, Miriam. Transexualidade: Algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. *In* RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

VENTURA, Miriam. **A transexualidade no tribunal**: saúde e cidadania. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2010.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de sexo**: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. São Paulo: Editora Santos, 1996.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SEGRE, Marco. **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de. **A transexualidade no passado e o caso Roberta Close**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de. [Org.]. Identidade sexual e transexualidade. São Paulo: Roca, 2009-A, pp. 01-11.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Identidade sexual**: aspectos éticos e jurídicos da adequação de prenome e sexo no registro civil. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de. [Org.]. Identidade sexual e transexualidade. São Paulo: Roca, 2009-B, pp. 183-198.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; PIRES, Roberta Martins. **Responsabilidade penal do médico em cirurgias em transexuais**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de. [Org.]. Identidade sexual e transexualidade. São Paulo: Roca, 2009-C, pp. 165-182.

DO *BULLYING* AO TRANSEXUAL NO SEIO FAMILIAR COMO VIOLÊNCIA VELADA: UMA AFRONTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

(THE BULLYING TO TRANSEXUAL IN FAMILY RELATIONS AS VIOLENCE VELADA: AN AFFRONT TO HUMAN DIGNITY).

Valéria Silva Galdino Cardin[1]

Fernanda Moreira Benvenuto[2]

RESUMO: Neste trabalho científico, buscou-se a análise da violência perpetrada contra o transexual, que se caracteriza pelo desejo compulsivo de modificar seu sexo anatômico em conformidade com o seu sexo psicossocial. Abordou-se o tratamento diferenciado e discriminatório que o transexual sofre no âmbito familiar, o qual compromete a sua vontade, o seu sentimento e o seu intelecto, lesionando assim sua integridade física, em decorrência da sua exclusão que advém primeiramente do seio familiar e posteriormente da sociedade do qual faz parte. A violência intrafamiliar pode ocorrer não só entre os cônjuges e ou conviventes, mas entre os demais entes familiares, sendo perpetrada com maior intensidade quando os filhos tem uma orientação sexual diversa da heterossexual. Acrescente-se que esta acarreta danos não só a integridade física, mas a psíquica também. Normalmente, o dano psíquico é gerado pelo *bullying* e pelo assédio moral. Conclui-se que o dano psíquico e o dano moral em relação aos transexuais são provenientes do assédio moral e violam os direitos da personalidade, afrontando assim o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, faz-se necessário não só a punibilidade da prática, mas a reparação e a proteção legislativa contra a violência velada do *bullying* aos transexuais nas relações familiares como forma de tutelar a sua integridade e a sua dignidade.

Palavras-chave: Transexual; *Bullying*; Violência; Relações familiares.

ABSTRACT: In work done, we sought to analyze the violence perpetrated against transgender, which is characterized by compulsive desire to modify their anatomical sex in accordance with their gender psychosocial. Addresses the unequal and discriminatory treatment that transsexual suffers in the family, which compromises his will, his feelings and his intellect, thus injuring his physical integrity, as a result of their exclusion that comes primarily from within the family and later society to which it belongs. The domestic violence can occur not only between spouses or cohabiting and, but among the other family members loved being perpetrated with greater intensity when the children have a sexual orientation different from heterosexual. I would add that this not only causes damage to the physical, but also mental. Usually the psychic damage is generated by the bullying and harassment. We conclude that the psychic damage and moral damages in relation to transsexuals are from harassment and violate the rights of personality, thus defying the principle of human dignity. Therefore it is necessary not only punishment of practice, but the repair and legislative protection against violence veiled bullying transsexuals in family relationships as a way to protect their integrity and dignity.

[1] Pós-doutoranda pela Universidade de Lisboa, Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora da Universidade Estadual de Maringá e do Centro Universitário de Maringá. Advogada em Maringá, Paraná.

[2] Cartorária em Maringá – PR, (2ª Vara de Família, Sucessões e Acidente de Trabalho). Docente da Instituição de Ensino da Faculdade Alvorada de Maringá/PR. Discente do programa de Mestrado em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Especialista em Direito de Família à luz da Responsabilidade Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2011). Graduada em Direito pela Faculdade Maringá (2006). Orientanda da Prof.ª. Valéria Silva Galdino Cardin, Advogada em Maringá PR, mestre e doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora da Universidade Estadual de Maringá e do Centro Universitário de Maringá. Líder do grupo de pesquisa do CNPQ, intitulado "A tutela jurídica dos direitos da personalidade".

Keywords: Transsexual; *Bullying*; Violence; Family relations.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra o transexual que deflui do âmbito familiar e posteriormente da própria sociedade compromete os direitos da personalidade e a dignidade humana daquele. Nos noticiários e nas mídias, detecta-se que essa violência compromete não só a integridade física do transexual, mas a sua integridade psicológica.

Ressalte-se que a violência ao transexual no seio familiar acarreta danos à integridade física ou psicológica deste.

Em se tratando de violência psicológica, destaca-se o assedio moral e o *bullying*, especialmente quando praticados no âmbito familiar em relação ao transexual, em decorrência de que neste ambiente deveria existir afeto e compreensão.

Discutir-se-á a questão (problema) do *bullying* contra o transexual no ambiente familiar e a possibilidade de reparação oriunda deste tipo de violência já que afeta os direitos da personalidade e a dignidade daquele.

Por fim, foi adotado o método teórico que consiste nas consultas de obras e artigos de periódicos especializados que tratam o assunto para dirimir as consequências nefastas que o *bullying* praticado no seio familiar acarreta em relação aos direitos da personalidade do transexual.

2 DA INTEGRIDADE PSICOLÓGICA DO SER HUMANO

O termo “psique”, que se origina de psicológico, psíquico, é oriundo do grego e tem como um dos significados: “mente”[3].

Ressalte-se que a expressão “psíquico”, refere-se ao termo “psicológica e ou psicológico”, dessa forma, é possível falar tanto em integridade psíquica como psicológica.

Wanderlei de Paula Barreto[4], afirma que, dentre os direitos decorrentes da personalidade, estão os relativos à integridade física e à integridade moral. Outros doutrinadores, como Maria Helena Diniz[5], defendem a divisão entre a integridade física, a

[3] DORSH, Friedrich. **Dicionário de Psicologia Dorsch.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.165.
[4] BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao Código Civil Brasileiro/parte geral.** Everaldo Augusto Cambler [et al.]; Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.117.
[5] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 126.

intelectual e a moral. Por sua vez, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[6] entendem que a integridade física, psíquica e moral são distintas. Já Pontes de Miranda[7], entende que a integridade física é diversa da integridade psíquica, tendo ambas um tratamento único.

Assim, a integridade do transexual também envolve os aspectos: físicos e psíquicos, constituindo uma só unidade[8].

Luciany Michelli Pereira dos Santos[9] ao discorrer acerca do tema afirma que "a integridade psíquica, ou a incolumidade da mente, tem por conteúdo todos os atos ou fatos que possam, direta ou indiretamente, afetar a saúde mental (psicológica, ou físico-psiquica) do indivíduo, ou seja, da pessoa humana".

No mesmo sentido, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos afirma que:

> [...] dano psíquico se relaciona com a existência de uma deterioração, disfunção, distúrbio ou transtorno ou desenvolvimento psicogênico ou psico-orgânico que afetando suas esferas afetivas e/ou intelectual e/ou volitiva, limita sua capacidade de gozo individual, familiar, atividade laborativa, social e/ou recreativa[10].

Cada pessoa pode reagir de forma diferente a uma mesma situação, a um mesmo fato, apresentando, assim, atitude diversa, ou seja, uma pessoa pode não apresentar qualquer reação, enquanto outra pode entrar em profunda depressão.

Note-se que, se alguém tem a sua vontade, sentimento ou intelecto comprometido, já não está com sua mente incólume, ou seja, foi afetado em sua estrutura psicológico[11].

Ressalte-se que a transexualidade é caracterizada por um conflito entre o corpo e a identidade de gênero (identidade psicossocial) e compreende um arraigado desejo de adequar o corpo hormonal àquele gênero almejado.

---

[6] GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo curso de direito civil: Parte Geral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva 2002, v1. p.157.
[7] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsoi 1971, p.28.
[8] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p.469.
[9] SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. **O assédio moral nas relações privadas:** uma proposta de sistematização sob a perspectiva dos direitos da personalidade e do bem jurídico integridade psíquica. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, ago.2005, p.96.
[10] SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. **O assédio moral nas relações privadas:** uma proposta de sistematização sob a perspectiva dos direitos da personalidade e do bem jurídico integridade psíquica. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, ago. 2005, p.106.
[11] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p.474.

Segundo Miriam Ventura[12], o fenômeno do transexual é definido, na Medicina e no Direito, como um tipo de transtorno psíquico, denominado na Classificação Internacional de Doenças (CID), pela OMS – Organização Mundial de Saúde, como transtorno de identidade de gênero e ou disforia de gênero, tratado como transexualismo.

O Terapeuta sexual João Batista Pedrosa menciona que:

> A identidade de gênero é a convicção íntima de uma pessoa pertencer ao gênero masculino ou ao gênero feminino. Diferente do papel de gênero, que são padrões de comportamentos definidos pela prática cultural na qual as pessoas vivem papéis estereotipadamente masculinos e femininos[13].

Acrescente-se ainda que, geralmente o transexual vive uma situação de ostracismo, necessitando de reconhecimento e inclusão social por se deparar com suas frustrações. O ambiente familiar proporciona a aceitação e solução de tais transtornos[14], amenizando direta ou indiretamente qualquer "tratamento diferenciado" ao transexual que possa afetar a saúde mental (psicológica, ou físico-psiquica), garantindo assim a sua integridade psicológica.

A maioria dos transexuais apresentam conflitos de identidade desde a infância. A sua sexualidade psíquica difere do seu sexo anatômico desde as características primitivas até as secundárias. Para muitos, o tratamento diferenciado e discriminado que se inicia, primeiramente e primordialmente, no âmbito familiar, compromete a vontade, o sentimento e o intelecto do transexual, lesionando a sua integridade física, por demonstrar que a sua exclusão primeiramente advém da família e depois da própria sociedade.

E, nesse sentido, ocorrendo lesão ao bem jurídico "mente" (sentimento, vontade, intelecto), faz-se presente o dano, pois, para aquele que sofreu a lesão, há um prejuízo, a princípio, não econômico, mas que pode gerar e envolver aspectos econômicos. Com isso, está-se ferindo um direito da personalidade, ou seja, à integridade psicofísica do transexual.

3 DO DANO PSÍQUICO

[12] RIOS, Roger Raupp et al. **Em defesa dos direitos sexuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 142.
[13] DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 412.
[14] *Id.*, 2011. p. 412.

A lesão gerada à "psique" configura um dano psicológico ou psíquico. Como afirma Gustavo Alberto Azpeitia[15] "a lesão psíquica é um dano que não incide no corpo humano, mas na estrutura da mente ou alma da vítima[16]".

Acrescenta o autor que: "El dano psíquico tambíen há sido definido como la alteracion de la personalidad, la pertubacion patológica del equilíbrio emocional que estraña uma descompensacíon significativa que pertuba su integracion en el médio social."[17]

Com efeito, um fato praticado em determinado momento, contra um transexual, pode afetar a sua integridade psíquica, sem que se tenham consequências corpóreas visíveis.

Para Yussef Said Cahali:

> A integridade psíquica pode ser agredida, do mesmo modo e de forma predominante, a estrutura psíquica, causando-lhe uma lesão que repercute na saúde do sujeito; estas lesões podem ser consequências de uma prévia agressão físico-corpórea ou podem também apresentar-se desvinculadas da mesma; esses danos à pessoa, por sua vez, podem ter consequências patrimoniais e/ou extrapatrimoniais: o agravo à esfera psíquica do sujeito, que integra com o corpo (soma) uma unidade, pode incidir, em particular, sobre algum dos três aspectos em que, teoricamente, se apresenta a estrutura psíquica do ser humano; pode ocasionar um dano psíquico ao atuar, primariamente e segundo circunstâncias, sobre os sentimentos, a vontade ou o intelecto, ou sobre os três, em conjunto. Pode, assim, provocar uma lesão psíquica em função dos sentimentos do sujeito; sentimentos, sensibilidade que, como sabido, variam de pessoa a pessoa; a pena, o sofrimento, a dor de afeição, produto do dano, terá provavelmente maior intensidade e duração em pessoas extremamente sensíveis; esse específico dano, causado à esfera sentimental do sujeito, é conhecido, tradicionalmente, pela expressão dano moral; este dano, por outro lado, era o único dano à pessoa juridicamente reconhecido e digno de reparação até faz pouco tempo. É possível, ainda assim, causar outra variante de dano a integridade psíquica da pessoa, relacionado primariamente com a vontade e o intelecto; pode atuar para anular ou limitar a vontade de uma pessoa ou para diminuir a sua capacidade intelectual[18].

Deste modo, a integridade psicológica não estará perfeita se a mente do transexual ou sua vontade foi afetada por meio da intervenção de outrem.

---

[15] AZPEITÍA, Gustavo Alberto. **El dano a lãs personas: sistemas de reparación, doctrina y jurisprudência.** Ábaco de Rodolfo Depalma: Buenos Aires. 2008, p.109

[16] "Es um daño que no incide em el cuerpo humano sino em La estructura anímica o alma de la víctima"

[17] *Op. Cit.* 2008, p.110 "O dano psíquico também tem sido definido como a alteração da personalidade, a perturbação doentia do equilíbrio emocional que provoca uma descompensação significativa que altera a integração da vítima com seu meio social". (Tradução da autora)

[18] CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p.188-189.

Nessa esteira, Carlos Alberto Bittar[19] expõe que "o direito a integridade psíquica opõe-se a qualquer meio externo, humano ou técnico, tendente a alterar a mente de outrem ou a inibir sua vontade, sancionando-se ao atentado em nível penal e civil", justamente porque, nessa situação, ocorreu o dano, um dos requisitos para a responsabilização do agente.

Para a constatação de um dano à integridade psíquica, ou os efeitos de determinada conduta junto à "psique", é importante a realização de uma perícia médico-legal para que não se cometa excesso. Conforme afirma Luciany Michelli[20], é "importante ressaltar que o dano à integridade psíquica deve ser tratado como um dano corporal, que deverá ser aferido e dimensionado em sua extensão por meio de perícia médico-legal".

É possível constatar mediante acompanhamento psiquiátrico que as alterações geradas por dano psíquico só podem ser minimizadas por meio de tratamento médico.

O dano psíquico ou psicológico "não pode prescindir, portanto, de alguma forma de alteração da personalidade do indivíduo, quer apenas na seara psíquica quer acompanhada de disfunções orgânicas[21]". Ressalte-se que a integridade psicofísica faz parte de um patrimônio da personalidade[22].

Muitas vezes, o comprometimento das estruturas mentais é tão severo que o mero pensamento em deslocar-se ao local onde se sofre o assédio moral, onde se é desrespeitado ou desprestigiado, provoca, por exemplo, problemas estomacais como a gastrite nervosa, dores pelo corpo que acabam por impedir ou dificultar referido deslocamento, danificando a higidez e a saúde da vítima.

A integridade psicofísica do transexual quando comprometida, atinge, portanto, um direito da personalidade, merecendo esse, proteção da lei contra qualquer ameaça ou agressão de particulares ou do próprio Estado[23].

Ressalte-se ainda que os transexuais são pessoas que, via de regra, se sentem em desconexão psíquico-emocional com o sexo biológico do seu nascimento, pelo fato de, psicologicamente, identificarem-se de modo oposto ao esperado para o seu corpo.

O transexual repudia com veemência seu sexo e a sua manutenção gera propensão à depressão e desejo suicida em razão de intenso sofrimento psíquico[24]. Para o indivíduo

[19] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 7. ed. Forense universitária: Rio de Janeiro. 2006, p.120.
[20] *Op.Cit.* 2005, p.103.
[21] *Op.Cit.* 2005, p.109.
[22] REIS, Clayton. A proteção da Personalidade na perspectiva do novo Código Civil brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**/Mestrado: v.1, n.1 (dez 2001) Centro Universitário de Maringá. Maringá 2001, p.13.
[23] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Parte geral. São Paulo. Saraiva. 2003, v.1. p.155

transexual a cirurgia de redesignação sexual é a adequação a uma condição existente por já considerar pertencente ao gênero oposto ao seu sexo. Para eles o procedimento cirúrgico se apresenta como uma das possíveis soluções para que cesse o conflito entre sua mente e seu corpo, apesar de inexistir qualquer anomalia ou má formação congênita[25].

Observa-se que o transexual é taxado e discriminado pela heteronormatividade, a qual descreve situações nas quais orientações sexuais diferentes da heterossexual são marginalizadas, ignoradas ou perseguidas por práticas sociais, crenças ou politicas. Insto inclui a ideia de que os seres humanos recaem em duas categorias distintas e complementares: macho e fêmea; e que cada sexo têm certos papéis naturais da vida.

Para Cathy J. Cohen define a heteronormatividade como a prática "que legitimam e privilegiam a heterossexualidade e relacionamentos heterossexuais como fundamentais e 'naturais' da sociedade"[26].

Assim, o sexo físico, a identidade de gênero e o papel social de gênero deveriam ser aceitos ou mais tolerados no seio familiar, não para a prática de *bullying*, mas para a formação da personalidade dos seus entes.

Por vezes, quando o dano psíquico ocorre dentro do seio familiar, principalmente quando um de seus entes possui disforia de gênero (transexual), e tratado e discriminado seja pelo seu conflito ou mediante a heteronormatividade, observa-se que referido dano pode gerar um dano moral. O dano moral é sempre extrapatrimonial, já os danos psicológicos tanto podem gerar consequências patrimoniais quanto extrapatrimoniais.

Verifica-se ainda que o dano psíquico consiste na dor, ou seja, nos sofrimentos físicos e morais que um pessoa pode sentir[27]. Ademais, o transexual quando acometido pela discriminação familiar, afasta-se de sua autonomia de vontade. O dano psicológico pode ser gerado por um único ato traumático, ou por atos repetitivos e contínuos, esclarecendo-se, ainda, que desses atos contínuos e repetidos, que geram lesões que comprometem a integridade psíquica, podem advir outros danos.

---

[24] ARÁN, Márcia; ZAIDHAFT, Sérgio; MURTA, Daniela. **Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva.** Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000100008>. Acesso em: 11 de Out. 2011.

[25] Conforme art. 3º da Resolução 1652/2002

[26] COHEN, Cathy J. Punks, **bulldaggers, and welfare queen: The radical potential of queer politics** *in* "Black Queer Studies". E. Patrick Jhonson e Mae G. Henderson, eds.Duke UP, 2005. p. 24.

[27] CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

O direito à integridade é a garantia de reconhecimento da existência da pessoa no seio social, sendo que sua "tutela" inicia-se dentro do ambiente familiar, proporcionando o aceite quanto aos aspectos físicos, pessoais e culturais.

Maria Berenice Dias[28] menciona que com o respaldo constitucional do direito social ao desenvolvimento, todos os cidadãos possuem a mesma proteção contra qualquer ato que lhe venha a atingir ou que lhe gere óbices ao desenvolvimento pessoal.

Assim, afere-se que o assédio moral, e, por conseguinte, o *bullying*, é o dano gerado por atos contínuos e repetitivos, que fere a integridade psíquica da pessoa, discriminando e rotulando a sua vontade e o intelecto; podendo anular ou limitar a vontade de uma pessoa diminuindo a sua capacidade intelectual.

4 DO ASSÉDIO MORAL

A fim de que se possa extrair os elementos integrantes do assédio moral, é preciso, primeiramente, determinar a sua definição. Assim, tal instituto constitui-se em "uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social[29]". Percebe-se que se trata de conduta que extrapola o exercício regular do direito e provoca lesão à mente – sentimento, vontade ou intelecto – da vítima, no caso do transexual.

O assédio moral ou o "terror psicológico" são sinônimos destinados a definir a violência pessoal, moral e psicológica da vítima. O assédio moral é uma ofensa, uma agressão que ocorre de maneira repetitiva e prolongada.

Na visão de Marie-France Hirigoyen[30], o assédio moral é "toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica da pessoa [...].".

Constata-se, ainda, pelo conceito exposto, que as agressões são reiteradas e sucessivas e têm por finalidade a exclusão de determinado indivíduo ou grupo de indivíduos do ambiente social.

---

[28] DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 433.
[29] PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Noções conceituais sobre assédio moral na relação de emprego.** Elaborado em 07/2006. *In* CUNHA, Dirlei (Coord.). *Temas de teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Salvador: Podium. 2007, p.204.
[30] *Id.*, 2007, p.240.

A realização do assédio moral é a discriminação e não aceitação de um indivíduo ou um determinado grupo de pessoas e tem por escopo a exclusão destes. Sob o mesmo prisma, pode-se afirmar que tal instituto "se caracteriza através da prática de condutas repetitivas e prolongadas, de conteúdo ofensivo e/ou humilhante[31]".

Desse modo, o assédio moral não é praticado contra sujeitos indefinidos, ou seja, contra a coletividade. Será sempre dirigido contra uma pessoa especificamente ou contra um grupo de pessoas que se deseja neutralizar ou afastar do ambiente social.

Utiliza-se a expressão "ambiente social", pois se percebe que o assédio ocorre em agrupamentos de pessoas, na família, na escola, no trabalho – onde é mais comum –, igrejas, exército, e inúmeros outros agrupamentos sociais. É uma conduta abusiva no convívio social, que visa excluir um ou alguns deste meio.

No assédio moral, o assediador e assediado geralmente encontram-se em situação de desigualdade. Assim, fala-se em assédio vertical (descendente ou ascendente). Porém, tem-se também o assédio horizontal, que é aquele praticado entre sujeitos que estejam no mesmo nível hierárquico, sem nenhuma relação de subordinação entre si, ou seja, entre colegas de escola ou companheiros de trabalho[32].

Afere-se que o transexual é suscetível de assédio moral, uma vez que se enquadra em grupos minoritários. Geralmente, no processo de assédio, existe dissimulação, pois as atitudes são veladas e não aferíveis de plano. Ademais, as agressões são repetidas e sistematizadas. A vítima e o agressor sabem que está ocorrendo o assédio, mas, nem sempre este é facilmente constatado pelos demais participantes do meio social[33].

A família detém uma função social para com seus entes, pois enseja a formação da pessoa por meio do exercício da afetividade, sendo que para Rolf Hanssen Madaleno[34] a paz familiar não pode ser mantida sobre atos discriminatórios, ou seja, deve ser propagada com respeito à liberdade e a felicidade na busca da realização pessoal.

O assédio moral não propicia a realização pessoal, pelo contrário, enseja um retrocesso pessoal, todavia, é o termo mais usual no Brasil, sendo que admite-se atualmente outros termos como: *bullying, mobbing, cyberbullying, móbile bullying, whistleblowers*, que estão

[31] *Id.*, 2007, p.244.
[32] *Op. Cit*, 2007, p.204.
[33] SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. **O assédio moral nas relações privadas:** *uma proposta de sistematização sob a perspectiva dos direitos da personalidade e do bem jurídico integridade psíquica*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, ago. 2005, p125-126.
[34] *Op. Cit*, 2011, p.444.

ligados mais ao ambiente onde acontecem, do que propriamente a características diferenciadoras.

5 DO TRANSEXUAL

Antes de adentrar na discussão acerca do *bullying* do transexual nas relações familiares e as suas consequências na dignidade do transexual, será realizada uma compilação quanto aos termos e conceitos, para a melhor compreensão do tema.

Ao contrário do que se afere na sociedade, a transexualidade não é recente, pelo contrário a transexualidade, ainda pouco conhecida, consiste em uma pseudossíndrome psiquiátrica, na qual o indivíduo se identifica com o gênero oposto, significando "manifestação extrema da inversão psicossexual, em que o indivíduo nega o sexo biológico e deseja assumir a identidade do sexo oposto"[35].

Há um verdadeiro conflito entre o sexo biológico, correspondente à sua realidade corporal e sua psique, desde a tenra idade[36], preferindo se vestir e interagir com crianças do sexo oposto[37]. Na puberdade, ao tomar conhecimento de sua sexualidade, inicia-se grande conflito interior caracterizado pelo repúdio aos seus órgãos sexuais, além do exterior, porquanto, normalmente sofrem rejeição do meio em que vivem[38], ou seja, no seio da própria entidade familiar.

Tereza Rodrigues Vieira afirma que:

> Nestes casos a evolução da identidade sexual não seguiu a via correta, tendo ocorrido uma justaposição de diversos fatores psicológicos, hormonais e sociais sobre o comportamento cromossômico (...). Esta adequação lhe é imposta de modo irreversível, escapando ao seu livre-arbítrio[39].

[35] FARINA, Roberto. **Transexualismo: Do homem à mulher normal através do estados de intersexualidade e das parafiliais.** 1 ed. São Paulo: Novalunar, 1982, p. 117.
[36] PERES, Ana Paula Ariston Bario. **Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual**. 1 ed. São Paulo:Renovar, 2001, p.96.
[37] SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidade do direito de redesignação do estado sexual.** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 49.
[38] *Ibidem*., 1999, p. 49.
[39] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **O direito à mudança de sexo do transexual.** Revista Jurídica Consulex. Ano VIII, nº 181. 31 de Jul/2004.

Para a medicina a transexualidade é uma anomalia da sexualidade humana segundo a qual o indivíduo possui um "sentimento profundo de pertencer ao sexo oposto e a vontade extremada de reversão sexual"[40].

Sexo e gênero não podem ser confundidos. O sexo é definido pela natureza, baseado no corpo orgânico, biológico e genético, enquanto o gênero é algo que se adquire por meio da cultura, mais atrelado ao papel que se exerce no seio da sociedade[41].

Há transexualidade, portanto, quando o sexo visível não está interligado com a identidade de gênero, posto que o transexual considera-se membro do sexo oposto[42].

Nesse sentido, Ana Paula Ariston Barion Peres ensina que:

> Embora se sinta pertencente ao outro sexo, o seu corpo espelha uma realidade diversa, e é com base no seu sexo anatômico que a sociedade lhe atribui um papel sexual e espera que ele, nesses moldes, o desempenhe. Esse papel socialmente aceitável, contudo, se torna intangível para essa pessoa[43].

Por se sentirem do sexo oposto, os transexuais consideram que as relações afetivo/sexuais com seus parceiros, são heterossexuais e não homossexuais[44].

A transexualidade não se confunde com o travestismo uma vez que este se caracteriza pelo desejo de utilizar os trajes típicos do sexo oposto[45], utilizando seus órgãos sexuais para o prazer sem que exista qualquer tipo de repulsa por eles. Nem se confunde com a homossexualidade, porquanto, neste caso, o desejo sexual é orientado para pessoas do mesmo sexo[46].

O transexual repudia com veemência seu sexo e a sua manutenção gera propensão à depressão e desejo suicida em razão de intenso sofrimento psíquico[47]. Para o indivíduo transexual a cirurgia de redesignação sexual é a adequação a uma condição existente por já considerar pertencente ao gênero oposto. Para eles o procedimento cirúrgico se apresenta

---

[40] SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidade do direito de redesignação do estado sexual.** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

[41] PERES, Ana Paula Ariston Bario. **Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual.** 1 ed. São Paulo:Renovar, 2001, p.98.

[42] GRUNEICH, Danielle Fermiano dos Santos; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=166>. Acesso em: 13 de out./2011.

[43] PERES, Ana Paula Ariston Bario. Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual. 1 ed. São Paulo:Renovar, 2001, p.104.

[44] ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades "impensáveis": pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. In: *Horizontes Antropológicos*. v.12, n. 26 Porto Alegre jul./dez. 2006

[45] *Ibidem*., 1999, p. 52.

[46] ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades "impensáveis": pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. In: *Horizontes Antropológicos*. v.12, n. 26 Porto Alegre jul./dez. 2006

[47] ARÁN, Márcia; ZAIDHAFT, Sérgio; MURTA, Daniela. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000100008>. Acesso em: 11 de out./2011.

como única solução para que cesse o conflito entre a sua mente e o seu corpo, apesar de inexistir qualquer anomalia ou má formação congênita[48].

Pelo exposto, é de fácil inferência que o *bullying* praticado ao transexual visa agredir e dar ênfase à um ato discriminatório mediante o seu desejo de viver e ser identificado como pessoa do sexo oposto ao seu sexo biológico, ferindo assim o direito fundamental de sua integridade psicofísica, ou seja, o seu direito de ter dignidade.

Dessa maneira, o transexual deve ser protegido em razão dos princípios da dignidade da pessoa humana, respeitando-se sua autodeterminação, a fim de alcançar sua realização plena como indivíduo, até porque determina o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal que um dos objetivos da República é promover o bem de todos, o que pressupõe o direito de ser feliz.

6 DO *BULLYING* NO ÂMBITO FAMILIAR

A família é o elemento propulsor da felicidade e também das angústias, frustrações, traumas e medos. Para o psicanalista Jacques Lacan: "entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos. Ela estabelece desse modo, entre as gerações, uma continuidade psíquica cuja causalidade é a ordem mental"[49].

Pois bem, conforme citado anteriormente, o *bullying* nada mais é do que uma espécie de assédio moral. Assim,

> Bullying (termo inglês que significa tiranizar, intimidar) é um fenômeno que pode ocorrer em qualquer contexto no qual os seres humanos interagem tais como, nos locais de trabalho (workplace bullying, mobbing ou assédio moral, como vem sendo chamado no Brasil), nos quartéis, no sistema prisional, na igreja, na família, no clube, através da internet (cyberbullying ou bullying digital) ou do telefone celular (móbile bullying), enfim, em qualquer lugar onde existam pessoas em convivência[50].

[48] Conforme art. 3º da Resolução 1652/2002

[49] LACAN, Jacques. **Os complexos Familiares.** Rio de Janeiro:Jorge Zahar Editor. 1985. p. 13.

[50] MONTEIRO, Lauro. **O que todos precisam saber sobre bullying.** *Jornal Jovem*, set./2008, n.11. Disponível em:<http:// www.jornaljovem.com.br/edicao11/convidado03. php>. Acessado em 27 de nov./2012.

Observa-se que tal forma de assédio moral caracteriza-se pelos atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo (agressor) contra outro (vítima), fato este que geralmente é presenciado por outros que assistem (testemunhas ou espectadores).

Tanto o agressor quanto o alvo não precisam ser uma única pessoa; podem ser um grupo de agressores (sendo, portanto, praticado por um grupo, em concurso de pessoas) e pode ocorrer não contra uma única vítima, mas contra um grupo de vítimas. Quanto às testemunhas, ou espectadores, estes geralmente assumem uma postura passiva, agindo de forma omissiva e, muitas vezes, apoiando, incentivando ou aparentemente concordando com os atos do agressor, ou agressores.

Atualmente, o termo é mais conhecido no meio escolar, todavia, é possível a ocorrência em outros meios, como por exemplo, no seio familiar.

Ora, nesse caso, as consequências podem ser ainda mais nefastas, já que a família é a base estrutural do ser humano. A família, para Maria Berenice Dias é a base garantidora para a formação dos valores éticos e morais em seu pleno desenvolvimento[51]. Além disso, os pais são um reflexo na formação dos filhos e, nessa medida, pode-se afirmar que a atitude agressiva do pai para com a mãe, por exemplo, pode transformar a violência em algo natural, tornando o filho um possível agressor. Dessa forma, afirma-se que o comportamento do ser humano jovem ou adulto está intimamente associado aos aprendizados que ocorreram na infância e no meio familiar.

Verifica-se que, no que diz respeito à violência intrafamiliar, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006), considerou o assédio moral, ou seja, o *bullying*, como uma conduta típica e ilícita, ensejando punição, reparação de danos e indenização[52]. Note-se, todavia que, a conduta descrita no tipo, engloba não apenas a mulher, mas a parte mais vulnerável da relação familiar, e sendo assim, se aplica também ao homem – quando ocupa posição hipossuficiente –, aos filhos e aos grupos minoritários tais como homossexuais, transgêneros entre outros.

[51] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.68.

[52] Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III – [...] a V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Na realização do assédio moral intrafamiliar, o objetivo do agressor constitui-se na supressão do alvo do ambiente social (escolar, de trabalho ou familiar), ou na exclusão da vítima da divisão das tarefas de direção da família, fazendo sentir-se incapaz, impotente, tendo a possibilidade de gerar um dano psíquico/psicológico muito grave. Verifica-se que, no grupo familiar, se um dos genitores, todos os dias, passa a humilhar um de seus filhos que detém disforia de gênero (transexual), afirmando sua incapacidade (retirando sua iniciativa e visando torná-lo dependente), subjugando-o e diminuindo-o perante os demais entes familiares, está praticando assédio moral, visto que tal atitude visa excluí-lo da coparticipação e direcionamento da família. Com o passar do tempo e devido a constantes investidas daquele que pratica o assédio, a vítima acaba realmente acreditando em sua incapacidade.

Quando a vítima é a mulher, o prejuízo não se atém a ela, mas se estende à toda família, vez que a mãe tem papel fundamental na estruturação familiar, o que pode se perder com os danos sofridos. Assim, existe a possibilidade de um ciclo, pois os filhos terão aquele modelo na formação de sua personalidade, e terão grandes propensões a prática de violência doméstica dentro de suas futuras famílias.

Ainda, as formas de *bullying* podem ter um objetivo complexo, pois, além de excluir do ambiente, o assédio moral pode ser praticado para silenciar a vítima, fazer calar, e nesse caso, existe termo específico que é o *whistleblowers*[53].

Desse modo, também o *whistleblowers* é capaz de gerar danos psíquicos à vítima, excluindo-a do ambiente social. Se comprovado o dano e o nexo de causalidade com a conduta do agressor, torna-se possível a indenização.

Os transexuais, vítimas do *bullying* e *whistleblowers* familiar se deparam com o seu engessamento, uma vez que a sua condição social é diversa de sua identidade sexual, inibindo o seu maior direito, que é a condição de realizar-se e de ser feliz.

Evidente que, ocorrendo o *bullying* no seio familiar, onde o que deveria imperar seria o amor, o carinho, o respeito e a valorização, o dano psíquico é causado de forma extremamente danosa. Entretanto, os tribunais resistem a reconhecer e indenizar nas varas de família, nos processos de dissolução de sociedade conjugal o dano moral e psíquico. Além de relutarem em conceder indenizações aos filhos vítimas de danos morais.

O problema deve ser analisado com cautela, eis que, as consequências do *bullying* nas relações familiares são desastrosas, e, por se tratar de ato ilícito, é indispensável que tal

[53] BARRETO, Wanderlei de Paula, SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. O conceito aberto de desdobramento da personalidade e os seus elementos constitutivos nas situações de *mobbing* ou assédio moral. **Revista de Ciências Jurídicas,** *v.6* n.1. p.474 – 487, jan./jun.2006, Maringá, p.483.

conduta seja combatida e os agressores devidamente punidos, indenizando-se não apenas os danos à saúde e o dano psíquico, mas também o dano moral quando houver.

Quando o transexual se depara com *bullying* praticado dentro de seu próprio ambiente familiar, depara-se como fenômeno da negação pelo conflito que lhe assiste. Este, por "não ser" e não deter da mesma identidade sexual a sua identidade psicossexual sofre naquele ambiente a exclusão, a segregação e a violação de sua integridade, uma vez que seus familiares não o aceitam.

Para Beauvoir o fenômeno da exclusão vitimiza qualquer individuo que se encontra em um grupo inferiorizado, ainda que tal agressão ocorra dentro do seio familiar, mencionando que:

> [...] quando um individuo ou um grupo de indivíduos é mantido numa situação de inferioridade, ele é de fato inferior; mas é sobre o alcance da palavra *ser* que precisamos entender-nos; a má-fé consiste em dar-lhe um valor substancial quando tem o sentido dinâmico hegeliano; *ser* é ter-se tornado, é ter sido feito tal qual como se manifesta; o problema consiste em saber se esse estado de inferioridade, bem como o tratamento dado deve perpetuar-se[54].

Assim, observa-se que o *bullying* ao transexual é processo que se iniciado primeiramente dentro de seu ambiente familiar, num processo que seus entes familiares estigmatizam e inferiorizam a sua condição conflituosa, tornando-se o transexual perante os olhos da sociedade e do Estado um ser invisível, tendo os seus direitos da personalidade e fundamentais violados.

Denota-se a título exemplificativo da prática de *bullying* no âmbito familiar o caso da modelo Lea T que foi descoberta pelo diretor de arte da *Maison Givenchy* e hoje faz sucesso nas passarelas de todo o mundo. A modelo conta que sofre preconceito constantemente. "Eu sofro *bullying* todos os dias, de todas as formas em qualquer ambiente", afirmou[55], complementando ainda as dificuldades que passou na infância pela falta de apoio de seus familiares e a luta pela superação de preconceitos.

É preciso lembrar sempre que o dano decorrente do assédio moral será de natureza psíquica ou psicológica, fruto do sofrimento da pessoa assediada, podendo causar danos físicos e restringir sua esfera sentimental (dano moral puro). Assim, é preciso diferenciar o

[54] BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo.** 6 ed. Rio de Janeiro: nova fronteira, 1980. p. 54.
[55] http://contigo.abril.com.br/noticias/eu-sofro-bullying-todos-os-dias-afirma-transexual-lea-t-no-de-frente-com-gabi. Acessado em 15 de mar./2013.

dano moral do dano psíquico, já que este último exige tratamento com o fim de restabelecimento psicológico.

Tratando-se, portanto, de assunto complexo e que pode gerar consequências nefastas ao transexual e a família, faz-se necessária a criação de campanhas de politicas publicas de promoção humana e conscientização, a fim de que a família exerça sobre o transexual a função de formadora do ser humano, não trazendo malefícios para o mesmo. Isso porque o *bullying* intrafamiliar contra o transexual fere os direitos da personalidade e os direitos fundamentais de integridade psicofísica, bem como, o direito que o ser humano possui de ter dignidade.

7 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRANSEXUAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O ser humano, dotado de personalidade, é a razão de ser do direito. A pessoa, então, é o centro do ordenamento jurídico e, na Constituição Federal de 1988, isso restou claro, pois o legislador Constituinte elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Trata-se não apenas de um valor como de um princípio e, também, de um direito fundamental.

Afere-se ainda que, os direitos fundamentais é uma qualidade inerente ao ser humano, pois é detido de valor supremo, atuando como alicerce na ordem jurídica democrática, onde David Pardo[56], explica:

> (...) identifica como fundamentais todos aqueles direitos declarados em uma comunidade política organizada, para satisfação das necessidades ligadas ao reconhecimento dos princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana; todos conformes com o momento histórico e reconhecidos na ordem jurídica constitucional.

Assim, e não ignorando a advertência de Ingo Wolfgang Sarlet[57], verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referencia expressa, não se poderá – apenas partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

[56] PARDO apud MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.40.
[57] SARLET apud REIS, Clayton. **Responsabilidade Civil em face da violação aos direitos da personalidade: uma pesquisa multidisciplinar.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 93.

A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República vem como "uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento[58]". Valor este que é atribuído a todo homem. Dessa forma, o transexual também é detentor de dignidade.

O homem é um ser multifacetário, e pode-se entendê-lo em, pelo menos, três dimensões, físicas, psíquicas e moral. Assim, é função do direito resguarda-las. "[...] Ao Direito cabe à responsabilidade de resguardar ideais e princípios jurídicos de todos, que assimilam a honra, a integridade, ao nome, dentre outros, mas principalmente a felicidade"[59].

Se há ou não um novo paradigma, um novo modelo de homem, é importante descobri-lo e estudá-lo, pois, como centro do ordenamento jurídico, princípio e fim das normas, conhecer o paradigma é fundamental para aqueles que se destinam a interpretar e aplicar as normas, bem como, para aqueles que constroem o direito no caso concreto.

O ser humano contemporâneo vem se descobrindo, desvendando seus gostos, preferências e aprendendo a conviver com as transformações do século passado e atual. "A vida nos transforma. O cenário social, político e econômico de cada época da história nos afeta profundamente, exigindo respostas, formas de pensar e sentir ou modelos de comportamento[60]".

No mesmo sentido, a definição que se tem do homem contemporâneo é aquele que

> [...] cria, recria, modifica, explora, coloniza, domina, mas é cada vez mais escravo de sua criação, preso que está na vontade crescente de dominar o mundo. Este homem que modifica a natureza segundo seu desejo de domínio, que vai a luta, marte, cria tecnologias cada vez mais avançadas e um meio ambiente cada vez mais artificial, é também produto daquilo que cria, um objeto de seu próprio progresso que convive com o vazio interior, com a angústia de não ter "tempo" para usufruir dos bens que cria, é um ser perdido em seus (dês) encontros, um homem solitário, que usa cada vez mais a tecnologia para relacionar-se em tempo real com pessoas que estão a milhares de quilômetros e desconhece as pessoas que estão ao seu lado, um homem capaz de falar horas sobre o que acontece em outros continentes, mas não sabe o que se passa ao seu redor, em seu interior[61].

---

[58] TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.48.

[59] BARBOSA. Guilherme Vieira, e SABINO. Mauro César Cantareira. **Direitos da personalidade e transexualismo: a dignidade da pessoa humana sob uma ótica plural da intimidade e identidade sexual.** *Revista Jurídica Cesumar. Mestrado*. v.10, n.1 jan./jun. 2010. Maringá: Centro Universitário de Maringá: 2010, p.71.

[60] THADDEU. Rogério, *Os sentimentos do homem contemporâneo.* <http://www.artigonal.com/relacionamentos/os sentimentos -do-homem-contemporâneo-678887.html.> Acessado em 19 de nov./2012.

[61] GURGEL. Angela Rodrigues, *O homem Contemporâneo. In* <HTTP://recantodasletras.uol.com.br/ensaios/772856> Acessado em 19 de nov./2012.

O homem atual detém mais informação que outrora, mas é débil no controle de suas emoções, apresenta valores morais distorcidos, valoriza o ter e não o ser, tem como culto o individualismo, o permissivismo, materialismo e, consequentemente, o consumismo.

À evidência, a dignidade da pessoa humana, como valor maior da nossa Constituição Federal, sobrepõe-se aos demais direitos invocados pela pessoa, e tratando-se de necessidade basilar para a sobrevivência e coexistência da humanidade, principalmente na sociedade contemporânea.

Nas palavras de Rizzato Nunes[62] a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. Assim, apura-se que a dignidade é preceito fundamental da República Federativa do Brasil, uma vez que é trabalhada em seu artigo 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 em seu inciso III – a dignidade da pessoa humana; (...)".

Denota-se ainda que tal preceito uma vez consagrado na Constituição Federal, ainda é abordado e trabalhado no art. 226, § 7º da Constituição Federal, que segundo o ensinamento de Zulmar Fachin[63]:

> A dignidade da pessoa humana é o valor fundante do estado brasileiro (art. 1º, inc. III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa. Tal valor está presente, de modo expresso ou implícito, em todas as partes da Constituição. Um exemplo bastante claro pode ser encontrado no campo do direito de família: o planejamento familiar, livre decisão do casal, deve estar findado no principio da dignidade da pessoa humana (art. 226,§ 7º).

Tem-se ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito de família traz como instrumento o respeito à personalização do homem e de sua família, uma vez que a base do direito de família é o referido princípio de modo que promove a ligação com todas as outras normas conexas ao direito familista, assegurando ainda em seu único propósito a comunhão plena de vida, não só dos cônjuges e ou companheiros, mas de cada integrante da sociedade familiar.

O ordenamento jurídico deve conduzir o indivíduo (como regra de conduta) ao que é fundamental para o todo, sem perder de vista o próprio ser. Com efeito, a preservação da dignidade da pessoa humana como valor maior indica a preservação da nossa espécie, bem como, da existência do próprio Estado.

[62] NUNES apud REIS, Cleyton, *Op. cit*. p.45.
[63] FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 198.

Ao se promover a dignidade humana, o homem é levado a desenvolver suas potencialidades, suas virtudes e é direcionado, por meio de normas de conduta, ao bem, ao bom, ao justo e ao virtuoso. Assim, entende-se que qualquer lesão que ofenda a personalidade, ou leve o ser humano a uma condição indigna, tolhendo suas capacidades, deve ser reprimida, ou coibida.

É impossível, quando se fala em dignidade da pessoa humana, concordar que a pessoa ceda, renuncie ou negocie sua dignidade. "Quando se trata da proteção da dignidade do ser humano, não podemos admitir tergiversação. A dignidade do ser humano exige proteção máxima, inegociável[64]". Não menos a dignidade do transexual que também é inegociável.

Conforme leciona Roberto Lyra Filho[65], a identificação entre os dois vocábulos (Direito e Lei) faz parte do repertório ideológico do Estado para manter a situação posta, concluindo-se, que o direito e a justiça estão sempre enlaçados, embora isso não se dê sempre entre direito e lei. Dessa forma, conceitua-se o direito como sendo "o direito ao desdobramento da liberdade dentro dos limites da coexistência, [...], só nos restringindo a liberdade para garantir o que, nela, afete os demais[66]".

Do conceito de direito, extrai-se o essencial: o direito, voltado à coexistência e ao bem comum, apenas existe em função da sociedade, onde o valor maior é o ser humano. É necessário limitar as liberdades individuais em prol da existência coletiva, não enquanto Estado, mas enquanto coletividade reunida.

Como o direito regula a coexistência humana, não está dissociado da evolução social e histórica pela qual passa a sociedade, não podendo, portanto, desprezar o processo histórico e, tampouco, as novas soluções e tecnologias, porque, como delas advém soluções para velhos problemas, também vêm novos conflitos e questões para serem gerenciadas e resolvidas. Destarte, o direito não é perfeito e acabado, ele é construído no processo evolutivo, em um movimento contínuo.

De outro lado, a personalidade é um atributo que caracteriza o ser humano, determinando como ele é; uma característica que o identifica e o individualiza. Na verdade, cada atributo do indivíduo corresponde a um direito, e, por esse motivo, suas particularidades não são elencadas em rol taxativo, estando algumas delas regulamentadas e protegidas em lei, sendo outras descobertas conforme são violadas.

---

[64]ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado*, São Paulo, n.24, out.-dez. 2005, p.29.
[65] LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito.* São Paulo: Brasiliense, 2006. (Coleção primeiros passos), p.98.
[66] *Op. Cit.* 2006, p. 103.

Os direitos decorrentes da personalidade podem ser conceituados como aqueles que têm por objeto atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e de sua projeção social[67]. Diante de tal conceituação, pode-se afirmar que toda vez que se desrespeita os direitos da personalidade de uma pessoa, viola-se a sua dignidade.

Desta forma, a prática de *bullying* familiar ao transexual, quando compromete a integridade psíquica, viola um direito da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a família pode ser vista como um instrumento[68] porque sua existência se justifica para possibilitar o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem e, consequentemente, da própria sociedade. Por isso, pode-se afirmar que a família exerce uma função social quando é capaz de proporcionar um ambiente de convivência harmônica e de dignificação de seus membros[69].

O *bullying* praticado ao transexual agrava e lesiona a avaliação e o aceite que este tem para com o sua identidade de gênero, necessitando dentro de seu ambiente familiar ponderações para o seu ajuste social.

No seio familiar a violência psíquica é mais danosa, pois não compromete apenas a vítima, mas toda a família, gerando reflexos negativos sobre os filhos, que muitas vezes não são alvos diretos da violência, mas assimilam um ambiente violento como modelo padrão e na vida adulta o reproduzem, tornando-se agressores. As mulheres e os grupos de minoria, como os transexuais, por sua vez, acomodam-se e não combatem a violência, anulando-se perante a família e a sociedade, não cumprindo sua função dentro daquele seio familiar. De tal modo, "a família, longe de ser aquele lugar seguro dos românticos, constitui o espaço onde mais ocorrem crimes na sociedade, sejam perpetrados contra os jovens e as crianças, sejam contra os idosos ou as mulheres, sendo perpetrada ainda com maior intensidade quando os filhos tem uma orientação sexual diversa da heterossexual[70]".

---

[67] GAGLIANO, Pablo Stolze, novo curso de direito civil: volume I: parte geral/ Pablo Stolza Gacliano e Rodolfo Pamplona Filho. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva 2002, p.144.

[68] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2008, p. 10.

[69] PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e Solidariedade:** Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 190.

[70] MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. As escusas absolutórias do código penal e os crimes patrimoniais de gênero a proteção da nova ordem jurídica aos direitos humanos das Mulheres. *In Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI* realizado em Florianópolis - SC nos dias 13, 14, 15 e 16 de Outubro de 2010, p. 1371-1387. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/ manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>, acessado em 15 de out./2011.

O agressor, precisa além da responsabilidade penal imposta pela lei Maria da Penha, responder civilmente, sendo obrigado a restabelecer ou indenizar as vítimas de seus atos, não apenas propiciando um tratamento para recuperar, na medida do possível, o dano psíquico, mas, também para que a indenização haja como desestímulo a novas práticas de violência dentro do lar.

Saliente-se, por fim que, as indenizações fazem parte da resolução das consequências do problema – *bullying* nas relações familiares –, mas não a solução da questão. Assim, em que pese a legislação atual traga expressamente a proteção dos direitos da personalidade e, portanto, os direitos fundamentais do ser humano, a violação psíquica intrafamiliar praticada contra o transexual, somente terá possibilidade de ser exterminada a partir de políticas públicas de promoção humana em prol do transexual para conscientizar a todos de que também é um ser humano, apenas pelo fato de ter nascido com vida, tem direitos que lhe são inerentes e que, fazem com que o mesmo possa viver uma vida digna.

7 CONCLUSÃO

O transexual como ser humano, enquanto sujeito de direito, detentor de personalidade, revestido de dignidade, tem o direito de desenvolver todas as suas potencialidades de forma lícita e para o bem próprio e comum. Sendo assim, um dos direitos decorrentes da personalidade é o da higidez, ou seja, o da integridade psicofísica. O direito de não sofrer qualquer atentado contra a sua saúde, o de permanecer incólume.

Nesse sentido, qualquer conduta (por ação ou omissão), que gere danos a um ser humano, ou a um grupo, deve ser evitada e combatida.

As práticas de assédio moral contra o transexual em qualquer das suas formas (*mobbing, bullying, whistleblowers*, entre outras), constituem uma violência velada, que lesa o bem jurídico integridade psicofísica gerando danos físicos (à saúde do corpo e da mente) e, ainda, por vezes, morais, irreparáveis, sendo apenas possível, além do custeio dos tratamentos necessários para amenizar a situação, a indenização compensatória, nos moldes que se tem hoje para o dano moral puro.

As medidas de ressarcimento ou indenizatórias devem prever sempre o tratamento de restabelecimento da saúde além de indenização, porque dificilmente uma criança ou adolescente que efetivamente sofreu o assédio, tendo o comprometimento de sua integridade psicofísica, terá uma vida adulta normal.

O transexual, que sofreu o *bullying* na relação familiar, dificilmente construirá nova relação familiar saudável e estruturada, sendo que, grande parte das vezes existe um comprometimento da estima, fazendo com que a pessoa às vezes liberte-se do agressor conjugal, e passe a ser agredida pelos filhos na fase da adolescência ou adulta.

Necessária, portanto, que a reparação cubra toda a extensão do dano, conforme determinação da legislação civil pátria. Além de, quando possível, sofrer a punição no âmbito do direito penal.

Constatada a conduta ilícita, humilhante, agressiva, reiterada, no convívio social, independente do ambiente em que se der, esta deve ser reprimida, de forma preferencialmente preventiva, pois a reparação, se ocorrido o dano psíquico, é de difícil êxito, devendo, nesse caso, o agressor indenizar a vítima, já que a situação não pode voltar ao estado anterior.

Certamente o tema é inesgotável devido sua extensão, todavia, a conclusão a que se chega é a de necessidade de atenção para as práticas abusivas nas relações familiares, a fim de que não gerem o dano psíquico.

Os tribunais de justiça dos Estados e as supremas cortes, inclusive devem enfrentar o tema, e conceder indenizações que ao menos minimizem os danos decorrentes de *bullying* reconhecendo mais do que a existência de dano moral, mas tratando ou minimizando o dano psíquico.

Se o dano ocorre contra os filhos, deve-se analisar se a condenação não deve abranger o casal parental, um por ação e o outro por omissão, por não ter conferido a devida proteção.

Salienta-se que, no assédio moral cometido contra o transexual, há consequências nefastas, pois o comprometimento do desenvolvimento das potencialidades pode perdurar pela vida toda, devido à condição de vulnerabilidade que esses seres humanos vivem – de pessoas em formação, em desenvolvimento –, entretanto não se deve desprezar os cuidados entre os cônjuges e também com os idosos que convivam.

Ressalte-se que os transexuais, já acometidos pela sua disforia de gênero, estes não devem ser vitimizados dentro de seu ambiente familiar, não devem ser objeto de reprovação e ou descontento familiar, uma vez que o respeito a sua dignidade é a proteção fundamental e inerente para o melhor tratamento quanto a sua identidade de gênero.

Pelo exposto, conclui-se que o transexual, dotado de direitos fundamentais que lhe são inerentes, merece e, verdadeiramente, necessita de uma convivência familiar pacífica, respeitosa e estruturada e, isso, somente é possível por meio de prevenção. Assim, a melhor alternativa para a erradicação do assédio moral familiar seria a criação de políticas públicas de promoção da dignidade da pessoa humana de conscientização, já que a família, exercendo

papel fundamental na estruturação da vida do ser humano, deve lhe oferecer a proteção e efetivação de um dos direitos mais supremos, a dignidade humana.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Revista de direito privado - n.24, out.-dez. 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo : Saraiva, 2000.

AZPEITÍA, Gustavo Alberto**. El dano a lãs personas: sistemas de reparación, doctrina y jurisprudência.** Ábaco de Rodolfo Depalma: Buenos Aires. 2008.

BARBOSA. Guilherme Vieira, e SABINO. Mauro César Cantareira. **Direitos da personalidade e transexualismo: a dignidade da pessoa humana bob uma ótica plural da intimidade e identidade sexual.** Revista Jurídica Cesumar. Mestrado. jan./jun. 2010. Maringá: Centro Universitário de Maringá: 2010.

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral.** Everaldo Augusto Cambler...[et al.]; coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____; SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. **O conceito aberto de desdobramento da personalidade e os seus elementos constitutivos nas situações de mobbing ou assédio moral.** Revista de Ciências Jurídicas. jan./jun.2006, Maringá/PR.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. 6. Ed/atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRUNS, Maria Alves de Toledo, e SOUZA, Celia Regina Vieira de. **Gênero, diversidades e direitos sexuais nos laços da inclusão.** Curitiba: CRV, 2012.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 186 p.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: [s. n.], 1961.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Diversidade Sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DORSH, Friedrich. **Dicionário de Psicologia Dorsch.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade.** Curitiba: Juruá, 2009.

FIUZA, Ricardo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva. 2004

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: parte geral/* Pablo Stolza Gacliano e Rodolfo Pamplona Filho. 2. São Paulo: Saraiva 2002. vol. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GOLDIM, José Roberto. **Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Transexualismo.** coord. Tereza Rodriges Vieira. *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1969.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte geral.** São Paulo. Saraiva. 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GURGEL. Angela Rodrigues, **O homem Contemporâneo.** *In* HTTP://recantodasletras.uol.com.br/ ensaios/772856 acessado em 19 de nov./2012

LIMA, Roberta de Abreu. FIGUEIREDO, João. **O bullying agora na rede.** Veja, 2163 ed., ano 43 n.18, maio/2010. São Paulo: Abr./2010.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito.** São Paulo: Brasiliense, 2006. (Coleção primeiros passos).

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direitos Reais e Direitos Intelectuais.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. **As escusas absolutórias do código penal e os crimes patrimoniais de gênero a proteção da nova ordem jurídica aos direitos humanos das Mulheres.** *In Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI* realizado em Florianópolis - SC nos dias 13, 14, 15 e 16 de Outubro de 2010, p. 1371-1387. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/ manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>, acessado em 15 de out./2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsoi. 1971.

MONTEIRO, Lauro. **O que todos precisam saber sobre bullying.** *Jornal Jovem*, set./2008, n.11. Disponível em:<http:// www.jornaljovem.com.br/edicao11/convidado03. php>. Acessado em 27 de nov./2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais.** 2. ed. Belo Horizonde: Del Rey, 2001, 288 p.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo:o direito a uma nova identidade sexual.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Clayton. Responsabilidade Civil do profissional médico. **Revista de direito privado e processual:** v.1, n.1 (jun. 2000). Universidade Estadual de Maringá. Maringá/PR.

REIS, Clayton. **Responsabilidade Civil em face da violação aos direitos da personalidade: uma pesquisa multidisciplinar.** Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. **O assédio moral nas relações privadas: uma proposta de sistematização sob a perspectiva dos direitos da personalidade e do bem jurídico integridade psíquica.** Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, ago. 2005.

SUTTER, Matilda Josefina. **Determinação e mudança de sexo – aspectos médicos –legais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Limites e possibilidades do Direito de redesignação do estado sexual:estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2011.

THADDEU. Rogério, **Os sentimentos do homem contemporâneo.** <http://www.artigonal.com/ relacionamentos/os sentimentos -do-homem-contemporâneo-678887.html.> Acessado em 19 de nov./2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito Civil: direito de família.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **A bioética e o direito à adequação de sexo do transexual.** coord. Tereza Rodriges Vieira. *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

DA POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS ENVOLVENDO A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

IMPLICATIONS OF THE POSSIBILITY OF MORAL DAMAGES IN DEALINGS INVOLVING HUMAN ASSISTED REPRODUCTION

Loreanne Manuella de Castro França [1]
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador [2]

RESUMO
O tema da presente pesquisa, "Da possibilidade de incidência de dano moral nas relações negociais envolvendo a reprodução humana assistida", é caracterizado pela necessidade de se relacionar a ocorrência de dano com os negócios jurídicos celebrados cujo objeto é a reprodução humana assistida, a qual surgiu com o avanço da ciência e da tecnologia médica e biológica em prol do desenvolvimento do ser humano. A problemática do estudo é demonstrada na medida em que, contratada a prestação de serviço médico com fim à realização de reprodução humana assistida, pode ocorrer um adimplemento insuficiente ou defeituoso, o que ensejaria a ocorrência de dano ao paciente. São tecidas breves considerações sobre a reprodução humana assistida, sua classificação e técnicas, assim como um estudo sobre o dano moral e sua incidência na hipótese de prestação de serviços. Por derradeiro, elenca e explica algumas causas que podem dar ensejo à aplicabilidade do dano moral nos procedimentos de fecundação artificial.
PALAVRAS-CHAVE
Dano moral, negócios jurídicos, reprodução humana assistida.

ABSTRACT
The theme of this research, "Implications of the possibility of moral damages in dealings involving human assisted reproduction", is characterized by the need to relate the occurrence of damage to the legal business agreements whose object is the human assisted reproduction, which emerged with the advancement of science and medical technology and biological for the development of the human being. The problem of the study is demonstrated in that contracted to provide medical service to order the implementation of assisted human reproduction can occur insufficient or defective provision, which would cause the occurrence of damage to the patient. Brief considerations are woven on assisted human reproduction, classification and techniques, as well as a study of the moral damage and its impact in the event of service. At the end, lists and explains some causes that can give rise to the applicability of moral damages to in vitro fertilization procedures.
KEYWORDS
Moral damages, legal business, human assisted reproduction.

1 INTRODUÇÃO

Em face de diversas inovações na sociedade, avanços tecnológicos e globalização, o Direito deve acolher as mudanças nas relações entre pessoas, a fim de que se enquadre no

[1] Mestranda em Direito Negocial pela UEL/PR; especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL/PR; loreannemcf@yahoo.com.br.
[2] Doutora em Direito pela UFPR/PR; mestre em Direito Negocial pela UEL/PR; rita.tarifa@gmail.com.

mundo atual.

Por essas e outras razões, o dano moral foi inserido de forma explícita no Código Civil de 2002, a fim de que não restasse mais dúvidas quanto à sua aplicabilidade nas mais diversas relações jurídicas que causasse prejuízo aos direitos da personalidade do indivíduo ou aos seus valores mais intrínsecos.

De outro vértice, na esfera médica e biológica também ocorreram muitos progressos, como resultado de inúmeras pesquisas e estudos científicos. De forma especial, dentro dessa evolução da ciência e da tecnologia em favor da vida, se podem inserir os estudos da engenharia genética, especialmente quanto aos novos métodos de reprodução humana, com o escopo primordial de ajudar casais estéreis ou inférteis a alcançarem o desejo da maternidade/paternidade.

Ocorre que, para que a pessoa ou casal interessada a se submeter a um procedimento de reprodução humana assistida, um acordo de vontades deve ser celebrado, com uma inclusa obrigação. Tal relação jurídica surge da contratação de um médico, clínica ou hospital que fará o serviço, ou seja, aplicará a técnica de fecundação artificial cabível.

No entanto, como em toda relação obrigacional, a prestação do serviço pode ser passível de falha ou erro, o que pode ter como consequência um prejuízo ou um dano à parte contratante.

Nesse fato surgiu o questionamento central dessa pesquisa, qual seja, a possibilidade de incidência de dano moral nas relações negociais envolvendo a reprodução humana assistida, especialmente em algumas situações pontuais estudadas, tais como: a espécie de obrigação contratada, a falta de informação do paciente, a possibilidade de dano à criança, à gestante e ao casal contratante e a falta de manutenção de características entre o casal paciente e o filho gerado.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Desde a metade do século XX, muitos avanços tecnológicos foram surgindo em favor das “ciências da vida”, notadamente quanto ao início e ao fim de vida humana. Nesse momento, as técnicas de reprodução humana assistida surgiram e foram disseminadas, a fim de que os casais inaptos a gerarem uma vida por si só pudessem realizar o desejo de aumentar suas famílias por meio do nascimento de filhos.

Genival Veloso de França (2001, p. 225) define a reprodução humana assistida como “o conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da

infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada".

Quanto à utilização dos gametas para a fertilização, a reprodução humana assistida é classificada de duas formas, quais sejam, homóloga e heteróloga. A reprodução assistida homóloga, também chamada de interconjugal, é aquela realizada com os gametas do próprio casal, ou seja, o material genético utilizado na formação do embrião é o espermatozoide do marido com o óvulo da mulher. Já a reprodução assistida heteróloga, denominada também de supraconjugal, é a que se efetiva com a utilização de gametas oriundos de terceiros, podendo ser parcial, quando um dos gametas é doado e o outro é de um dos cônjuges ou companheiros, ou total, quando os dois gametas são obtidos por doação (DALVI, 2008, p. 190/193).

De acordo com as lições de Enrique Varsi Rospigliosi (2001, p. 260), há uma terceira forma de realização da reprodução humana assistida, que é a mista, considerada em algumas legislações como uma forma de manipulação genética e em outras como uma variante da técnica heteróloga.

Rospigliosi assim conceitua tal forma de reprodução assistida:

> También es llamada confusa, combinada, biseminal o cóctel de semen, es aquella que se realiza mesclando espermas de varios varones con los del marido. Su finalidad, al parecer, estaría dada en el hecho de que sirve para: elevar las probabilidades de que el marido sea el padre, estableciéndose una duda acerca de su paternidad dándole una ilusión, o quizá una esperanza, que fue su esperma, y no el del tercero, el que fecundó el óvulo de su mujer o conviviente (ROSPIGLIOSI, 2001, p. 260).

Válida também a explicação sobre os métodos a serem empregados para que uma reprodução humana assistida seja realizada: a) ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), o qual concretiza a ectogênese ou fertilização *in vitro* e é realizado por meio da retirada do óvulo para fecundação com sêmen em proveta, dando origem a um embrião que será inserido no útero; b) GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), o qual consolida a inseminação artificial e efetiva-se por meio da colocação direta do sêmen na mulher, sem qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião (DINIZ, 2008, p. 520).

Em face do conceito e classificações citadas, vislumbra-se que na realização de um procedimento de reprodução humana assistida homóloga, busca-se apenas superar uma deficiência na fecundação, tendo em vista que os gametas empregados são do próprio casal paciente. Isso significa que somente a fecundação ou inseminação é realizada fora do útero, não restando dúvidas quanto à filiação e parentesco.

Maria Helena Diniz (2008, p. 525) apresenta entendimento no sentido de que "a

inseminação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, embora possa acarretar alguns problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho componentes genéticos do marido (convivente) e da mulher (companheira)".

Todavia, afirma que na inseminação artificial heteróloga os problemas jurídicos e morais são maiores, entre eles:

> a) Desequilíbrio da estrutura básica do matrimônio, por contrariá-la no que atina ao pressuposto biológico da concepção, que advém do ato sexual entre pai e mãe. [...]
> b) Possibilidade de transexual ou homossexual pretender que companheira obtenha filho por meio dessa inseminação. [...]
> c) Falsa inscrição no registro civil, ante a presunção legal de que é filho do marido o concebido por meio de inseminação artificial heteróloga durante o casamento, desde que haja prévia autorização do marido. [...]
> d) Dúvida se o homem poderia, livremente, dispor ou ceder seus componentes genéticos [...].
> [...]
> f) Introdução numa família de pessoa sem o patrimônio genético correspondente ao do marido, embora tenha 50% do da mãe, o que poderá comprometer a transcendência genética;
> g) Arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial, sugerindo o aborto, ou depois do nascimento, gerando infanticídio;
> h) Alegação de que houve adultério da mulher e não a inseminação artificial heteróloga pelo marido enganado [...] (DINIZ, 2008, p. 528/531).

Vislumbra-se que na reprodução assistida heteróloga, por várias razões, a simplicidade relatada sobre a reprodução assistida homóloga não existe.

> A reprodução assistida heteróloga envolve várias pessoas ao mesmo tempo, cujas funções, responsabilidades, direitos e reações temos que avaliar com todo cuidado a fim de darmos uma definição mais precisa. Essas pessoas são: a mulher, o esposo (quando existe), o médico, o doador, a esposa do doador (quando existe), o filho que venha a nascer e a sociedade (pessoa moral).
> Os autores que defendem a heterorreprodução são concordes em dois pontos de vista: 1. A receptora não deve conhecer a identidade do doador; 2. o doador não deve reconhecer a identidade da receptora.
> Isso implica que apenas uma pessoa pode conhecer a identidade de uma e de outro: o médico responsável pela operação, o que faz a eleição do doador, tendo em vista consequências que possam surgir na gravidez e na higidez do novo ser. Assim, toda responsabilidade recai única e exclusivamente na pessoa do operador (FRANÇA, 2001, p. 226).

Assim, observa-se que várias formas de geração de vida podem advir da realização de reprodução assistida heteróloga, posto que um dos gametas pode ser doado ou até mesmo os dois, ressaltando ainda a possibilidade da gestação em útero alheio ("barriga de aluguel").

Vencidas essas considerações iniciais sobre a reprodução humana assistida, seus métodos, técnicas e procedimentos, passa-se à análise do dano moral, seu conceito, classificação e fundamentos jurídicos.

3 DA CONCEITUAÇÃO DO DANO MORAL

Elemento essencial para a caracterização da responsabilização civil, o dano é constituído por uma lesão a um interesse jurídico tutelado, de caráter patrimonial ou não, causada por uma ação ou omissão do agente.

Yussef Said Cahali divide o dano em patrimonial e extrapatrimonial, sendo que nessa última qualificação encontra-se inserido o dano moral.

> Segundo entendimento generalizado na doutrina, e de resto consagrado nas legislações, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angustias e as frustrações infligidas ao ofendido (CAHALI, 2000, p. 19).

Por sua vez, Pablo Stolze Gagliano traz o conceito de dano moral, definindo-o como

> [...] a lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO, 2008, p. 55).

O primeiro diploma legal que deu fundamento e oportunidade para a reparação do dano moral foi o Código Civil de 1916, em seus artigos 76 e 159, ainda que de forma originária e, portanto, também precária:

> Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.
> Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor ou sua família.
>
> Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Tendo em vista que o artigo 76 tinha como referência o processo, o exercício do direito de ação e defesa, e o artigo 159 não se referia expressamente aos prejuízos de ordem moral, ou seja, sem alusão ao patrimônio do lesado, logo a tese de reparação do dano moral foi rechaçada.

No entanto, passado considerável lapso temporal, foram sendo proclamadas diversas leis esparsas que regularam o tema (por exemplo, Lei nº 4.737/65 - Código Eleitoral - e Lei nº

5.988/73 – Lei dos Direitos Autorais). Mais além, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria foi elevada ao status de Direitos e Garantias Fundamentais e, consequentemente, a base jurídica para a indenização por dano extrapatrimonial foi ainda mais alargada, especialmente com a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – e Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (GAGLIANO, 2008, p. 65/66).

Finalmente, com o Código Civil de 2002 a indenização do dano moral ficou patente, em decorrência do reconhecimento do instituto pelo artigo 186 e da sua reparabilidade no artigo 927:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No concernente à mensuração da extensão do dano moral, observa-se uma enorme dificuldade, pois não é possível colocar no mesmo patamar a lesão extrapatrimonial e sua indenização, posto que se trata de situação que não envolve valor exato em pecúnia.

Porém, tal fato não deve atrapalhar a atividade do Poder Judiciário ao resolver cada caso concreto de forma individualizada, a partir de sua livre e prudente convicção, considerando as particularidades relativas à situação fática danosa ocorrida, o nexo de causalidade com o prejuízo sofrido e as condições financeiras dos envolvidos.

Desse modo, é maior a probabilidade de se atingir o fim da indenização por dano moral, ou seja, a sanção civil coibindo novas práticas semelhantes (reparação e prevenção).

Especificamente no que tange ao dano moral nos negócios jurídicos cujo objeto é a realização do procedimento de reprodução humana assistida, pode-se afirmar a sua inclusão na vertente de aplicabilidade do dano moral na prestação de serviços.

Isso porque a pessoa ou casal que se interessa em se submeter à reprodução humana assistida deve celebrar um negócio jurídico – muitas vezes instrumentalizado por um contrato – com um médico (prestador de serviços singular), uma clínica (pessoa jurídica prestadora de serviços) e/ou um laboratório (pessoa jurídica prestadora de serviços).

Assim, os contratantes, que podem ser considerados como consumidores, em que pese terem contratado um serviço específico, o qual requerem seja prestado de forma perfeita, estão sujeitos à um adimplemento insatisfatório e defeituoso o que ensejaria a ocorrência de dano moral.

Frise-se que essa espécie de dano pode ser presumida em razão do dever de qualidade, adequação e segurança do serviço oferecido e contratado, além do dever de agir de acordo com a boa-fé objetiva.

4 DAS CAUSAS QUE PODEM ENSEJAR A INCIDÊNCIA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS ENVOLVENDO A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Entre as diversas causas que podem levar a caracterização de dano moral no procedimento de reprodução humana assistida, devido a alguma falta, falha, erro na execução do procedimento, ou mesmo alguma omissão, merecem destaque a espécie de obrigação contratada por quem deseja se submeter à alguma técnica de reprodução humana assistida, a falta de informação do paciente sobre os riscos e implicações do tratamento a ser realizado, a possibilidade de dano à criança, à gestante e ao casal contratante, assim como a falta de manutenção de características fenotípicas, compatibilidade racial e imunológica entre o casal paciente e o filho gerado.

4.1 Da Espécie de Obrigação Contratada

O primeiro assunto relacionado com a possibilidade de ocorrência de dano moral originado a partir da realização de reprodução humana assistida que se deve levantar, antes mesmo de verificar se a reparação é devida, traduz-se na averiguação se a obrigação contratada seria de meio/diligência ou de resultado.

De forma simples, Pablo Stolze Gagliano assim conceitua essas espécies de obrigações:

> A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a empreender sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado esperado. [...] Nesta modalidade obrigacional [obrigação de resultado], o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade, mas, principalmente, a produzir o resultado esperado pelo credor. (GAGLIANO, 2009, p. 97).

Sobre a diligência que deve ser empregada no cumprimento de uma obrigação de resultado, Giselda Hironaka entende que

> [...] deve ser avaliada a diligência do devedor ao cumprir a obrigação. Para alcançar

> tal objetivo, isto é, para que seja possível aferir, com maior segurança, o comportamento do devedor, deve ser levado em consideração um certo comportamento padrão, isto é, aquele comportamento que tem, por exemplo, o homem médio, o protótipo do cidadão prudente, normal, atento, dotado de ordinária inteligência, hábil, emprenhado e dedicado. Este é o bom pai de família – bonus pater famílias – referido pelos romanos (HIRONAKA, 2008, p. 53).

Quanto a sua execução, no caso das obrigações de resultado, ocorre quando o devedor cumpre objetivo final; nas obrigações de meio, o inadimplemento caracteriza-se pelo desvio de comportamento ou omissão de cuidados ou precauções a que se comprometeu, sem considerar o que se obteve como resultado final (PEREIRA, 1993, p. 214).

Portanto, a fim de se verificar uma hipótese de inadimplemento de uma obrigação de meio, deve-se analisar o comportamento do devedor, cumprindo ao credor provar que o resultado não correu por falta de diligência, prudência ou empenho do devedor. De outro vértice, se a obrigação pactuada é de resultado, a falta de seu cumprimento resta demonstrada facilmente, bastando a prova do resultado não ocorrido.

No caso da reprodução humana assistida, quando o casal ou pessoa interessada em se submeter ao procedimento específico para obter um filho desta forma artificial procura o prestador do serviço e o contrata, deve-se ter em mente em qual dessas duas espécies de obrigação o acordo celebrado se enquadra.

Então, questiona-se: há promessa de que a gravidez aconteça? Há alguma garantia de que os contratantes efetivamente tenham o filho desejado?

Certamente não se pode assegurar aos pacientes a certeza da gravidez e, muito menos, na hipótese de sua ocorrência, o seu sucesso, culminando com o nascimento da criança originada por métodos artificiais.

Sendo assim, verifica-se que a obrigação assumida pelo médico ou clínica de reprodução humana é, essencialmente, caracterizada como uma obrigação de diligência, não sendo cabível, portanto, qualquer dano moral na hipótese de a gravidez não acontecer ou no caso de perda do bebê que está sendo gestado, salvo se comprovado que o profissional contratado não utilizou de todos os meios que tinha ao seu alcance para a obtenção do resultado desejado.

Corroborando o entendimento apresentado, cita-se decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que negou indenização por dano moral em razão de realização de inseminação artificial mal sucedida, isto é, sem o resultado gravidez, o que deixa ainda mais claro o posicionamento relativo à falta de dano moral nessa situação, em razão da caracterização de obrigação de meio e não de resultado.

4.2 Falta de Informação do Paciente

Com a reprodução humana assistida, tanto homóloga quanto heteróloga, há grandes riscos que a gestante fertilizada artificialmente pode sofrer, entre eles uma probabilidade maior de ocorrer aborto ou pré-eclampsia. Além disso, há uma maior possibilidade de ocorrer problemas em relação à criança gerada, que pode nascer com baixo peso ou má-formação.

Conforme se verifica da análise de excerto de artigo publicado na revista britânica *The Lancer*,

> [...] os riscos de sofrer complicações durante a gravidez aumentam para as mulheres que utilizarem alguma técnica de reprodução assistida, afirma o estudo. Os especialistas recomendam que as crianças concebidas com ajuda deste método sejam submetidas ao acompanhamento exaustivo dos médicos para conhecer as consequências das técnicas de reprodução assistida. As advertências são resultados da análise de 3.980 artigos médicos publicados entre 1980 e 2005, que tratavam das consequências negativas da reprodução assistida. Nesse sentido destacam que o número de abortos espontâneos nas mulheres que utilizam o método é de 20% a 34% maior do que nas gestantes que engravidaram naturalmente. O risco de ocorrência de outros problemas também é maior quando a técnica é utilizada e chega a 55% no caso de pré-eclampsia (aumento de tensão durante a gravidez). A possibilidade de conceber uma criança com pouco peso é de 70% a 77% maior; a de ter um bebê com muito pouco peso, entre 170% e 200% superior; e a de que o tamanho do bebê seja menor que o normal para sua idade de gestação é de 40% a 60% maior. Os pesquisadores garantem que os filhos de casais que utilizam técnicas de reprodução assistida tem 30% mais possibilidades de apresentarem má formação e um risco maior de sofrerem uma paralisia cerebral (DALVI, 2009, p. 53/54).

Portanto, constata-se a necessidade de que a clínica, por meio do profissional que irá realizar a técnica de reprodução assistida, informe seu paciente sobre os riscos que pode vir a sofrer a gestante ou o filho.

De acordo com Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 138/139), cumpre ao médico, nesse caso representante da clínica contratada, explicar a natureza e os riscos dos procedimentos que serão aplicados no paciente; porém, explica que as informações devem ser dadas de modo perspicaz e humanista - a fim de que o paciente não se sinta desencorajado -, e sem a necessidade de se tecer comentários técnicos demais, a ponto de impossibilitar o entendimento do paciente, o qual é, na maioria das vezes, um leigo. E continua, ensinando que as informações só podem ser ocultadas do paciente quando efetivamente não puderem ser dadas, pois a omissão na informação correta ao paciente pode acarretar responsabilidade profissional. Assevera, também, que a advertência e informação ao paciente tornam-se mais necessárias à medida da gravidade e seriedade da intervenção médica a ser realizada.

Desse modo, se há falta de informação do paciente sobre as consequências e riscos do tratamento de fecundação artificial a ser realizado, ou, no caso de as informações terem sido dadas de modo a não permitir a compreensão total e completa por parte do paciente, observando, em tais situações, falha da clínica de reprodução assistida, haverá incidência do dano moral indenizável, pela angústia sofrida em razão da falta de informação, bem como pela lesão a um dos direitos do consumidor elencados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

4.3 Da Possibilidade de Dano à Criança, à Gestante e ao Casal Contratante

Outro problema que pode ser presenciado numa reprodução humana assistida é a possibilidade de ocorrência de dano causado à gestante e/ou ao filho gerado e/ou ao próprio casal paciente, como consequência de erro técnico ou prático cometido na prática da reprodução assistida.

Assim, indaga-se sobre a incidência de dano moral na hipótese de acusação, por parte dos pacientes, da existência de anormalidades físicas ou comprometimento psíquico da criança gerada, ou ainda por complicações na gravidez e aborto espontâneo.

Luciano Dalvi (2009, p. 59) entende que a genitora ou o filho nascido, gerado por meio de reprodução assistida, mesmo passado algum tempo da realização do procedimento, pode entrar com ação de indenização com o fim de obter reparação civil por danos morais e materiais sofridos, responsabilizando a clínica e/ou o médico devido a alguma anomalia constatada posteriormente que prejudique de alguma forma a pessoa nascida por esta técnica.

Portanto, com vistas a todo o sofrimento que acontecimentos desse tipo causaria na pessoa ou família que realizou o procedimento de fecundação artificial, observa-se a incidência do dano moral, a fim de que, obtida a indenização, possam, consequentemente, ter como minorado o prejuízo causado e o dano sofrido.

4.4 Falta de Manutenção de Características entre o Casal Paciente e o Filho Gerado

Consoante já explicado, de acordo com a utilização de gametas para a fertilização artificial e para fins de responsabilização da clínica dentro do que estabelece o Direito do Consumidor, a reprodução assistida pode ser classificada em reprodução assistida homóloga e reprodução assistida heteróloga, sendo aquela a mais comum, realizada com a utilização de gametas do próprio casal, e esta realizada com a utilização de gametas de terceiros.

No que tange à reprodução assistida homóloga, a título de ilustração, observem-se os casos concretos a seguir:

a) Na Itália, uma menina gerada por meio de reprodução assistida homóloga, chamada Giada, filha de Roberto Minucci e Maria Cristina Lervolino, nasceu doente, com diagnóstico de talassemia, o que deixou seus pais deveras assustados, posto que nenhum dos dois possuía predisposição a tal enfermidade. Assim, após a realização de vários exames, restou evidente que o que havia ocorrido era uma troca de proveta. Ou seja, o médico responsável pelo procedimento da fertilização *in vitro*, Dr. Raffaele Magli, trocou a proveta do líquido seminal de Roberto Minucci por outra contendo líquido seminal de um homem doente de talassemia. E dessa forma decorreu a triste situação que vive Giada, doente, sujeita a transfusões de sangue frequentes e na espera de um transplante (DALVI, 2009, p. 58).

b) Conforme noticiado pelo tablóide *The Sun*, um casal, sendo os dois de pele branca, recorrera à fertilização *in vitro* homóloga, da qual resultou o nascimento de gêmeas negras, o que se deu em razão de confusão entre provetas cometida pela clínica que contrataram. A decisão judicial foi favorável ao pedido dos pais que cobrou uma pesada indenização por danos pessoais sofridos (FRANÇA, 2001, p. 228).

Tendo em vista as situações acima descritas, observa-se que em ambas houve uma falha da clínica no momento da realização do procedimento de reprodução assistida, podendo-se caracterizar negligência, imprudência ou imperícia e, consequentemente, a produção de prejuízo de ordem moral e também material, devido à troca do material genético do casal contratante por material genético de outros.

A clínica de reprodução assistida que comete um erro inescusável como o de troca de material genético, desrespeita completamente as normas éticas do Conselho Federal de Medicina sobre Reprodução Assistida, especialmente a Resolução nº 1.957/2010, a qual define:

> III – Referente às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA
> As clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e **transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA**, devendo apresentar como requisitos mínimos:
> 1 – Um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua região.
> 2 – Um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

> 3 – Um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças. (grifo nosso)

Tendo por base a prática de reprodução assistida heteróloga, investiga-se a possibilidade do cabimento de dano moral pela falta de manutenção de características fenotípicas (cor de cabelo, cor dos olhos etc.) e ausência de compatibilização racial e imunológica entre o doador e o casal que se interessa pela fertilização.

Luciano Dalvi (2009, p. 70) alega que, com todos esses avanços da ciência, com a possibilidade de se escolher as características do bebê gerado por meio de fecundação artificial, perdeu-se a simplicidade da criação humana e passou-se a manipular o que deve nascer.

Em seguida, demonstra o seu entendimento com um radicalismo exacerbado, afirmando que

> [...] Na verdade o que a ciência pretende a curto prazo é dar uma oportunidade aos pais de "brincar de Deus" [...]. Mas, a médio e longo prazo tem como objetivo criar um ser humano perfeito sem características genéticas negativas e com uma determinação de cor, de estrutura física e de inteligência. A ideia é que não nasçam mais pessoas com genes de calvície, com baixa estatura e bem desenvolvidos, mas esta pretensão tem o mesmo fundamento idealista de Adolf Hitler, que queria criar a raça pura, sem imperfeições. Tenho certeza que as imperfeições são parte do ser humano, pois ninguém é perfeito e para isso existe a convivência no ambiente, para que possamos nos moldar e aprender que todos têm seus erros e suas complicações genéticas e físicas [...] (DALVI, 2009, p. 70/71).

Na mesma seara, Sérgio Ferraz, ao trabalhar com essa temática, tece as seguintes considerações:

> [...] por fecundação entenda-se a palavra em sua mais radical e despojada significação: dar origem a uma nova vida, em que esteja aprioristicamente assegurado ao nascituro, por exemplo, o direito a uma convivência familiar e social indene de desconforto ou desajuste. Por isso, não temos como afrontoso à regra isonômica o reconhecimento a uma mulher negra receber, num hipotético banco de esperma, gametos doados por um branco. Já o preceito não só de igualdade, mas até os princípios de privacidade e dignidade humana ficariam irremediavelmente comprometidos se se admitisse, por exemplo, que uma mulher escolhesse as células espermáticas de um branco, de olhos azuis, ou de cabelos louros, etc [...] é dizer, o código genético individual e único, não pode, sem ofensa ao princípio da dignidade, ser transformado em mercadoria de supermercado [...] (FERRAZ, 2001).

Até o ano de 2010, não havia nada que tratasse especificamente sobre o tema. Nem mesmo a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, vigente até então, dispunha sobre a manutenção de características fenotípicas e raciais. Nessa época, havia

apenas um Projeto sobre Utilização de Técnicas de Procriação Assistida de Portugal, o qual, em seu artigo 26, definia que a clínica de reprodução assistida, ao realizar a seleção do sêmen para a prática da reprodução assistida heteróloga, deveria procurar o que tivesse maior semelhança com o fenótipo do marido ou convivente da paciente que fosse fecundada.

Contudo, a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina passou a disciplinar o assunto, estatuindo que:

> IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES
> [...]
> 4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um **registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas** e uma amostra de material celular dos doadores.
> 5 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.
> 6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. **Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.**
> [...] (grifo nosso)

Logo, em que pese não haver, no Brasil qualquer tipo de regulamentação legal sobre o tema, especificamente em relação à manutenção de características fenotípicas e raciais em procedimento de reprodução humana assistida heteróloga, nota-se que cabe aos contratantes estabelecer tais particularidades, e, no caso de uma situação ser levada à apreciação do Poder Judiciário, cabe ao próprio magistrado, utilizando-se de seu notável conhecimento jurídico, princípios e valores, decidir o caso concreto.

Porém, vale salientar que, tão somente por estar prevista em resolução de órgão de nível federal, ainda que não tenha força de lei, é um excelente precedente para eventual julgamento de dano moral no caso de não manutenção dessas características ou troca de material genético no momento da realização do procedimento de fecundação artificial contratado.

5 CONCLUSÃO

Existem diferentes técnicas de reprodução humana assistida, utilizadas precipuamente com o fim de realizar o desejo da maternidade/paternidade em pessoas ou casais inférteis, cada uma com as suas peculiaridades e riscos.

Referidos procedimentos são realizados mediante contratação de médico, clínica ou laboratório especializado, os quais se obrigam à realização do procedimento de reprodução humana assistida com a aplicação da técnica mais favorável ao caso.

Todavia, considerando a falibilidade do ser humano, mormente a possibilidade de erro médico, vislumbra-se a incidência de dano, de ordem material, mas especialmente moral.

Conclui-se, portanto, que o dano moral é devido em situações de insucesso na reprodução humana assistida ou em algum de suas fases singularmente consideradas ou consequências advindas da realização da técnica médica específica.

No concernente à espécie de obrigação contratada, isto é, se a pessoa interessada em se submeter à fecundação artificial ajusta com a parte prestadora do serviço uma obrigação de meio/diligência ou de resultado, verifica-se a impossibilidade de incidência de dano moral, pois não há como garantir que a gravidez ocorra ou que tenha sucesso com o nascimento do filho gerado.

Já em relação à falta de informação do paciente, o dano moral é devido, por pela angústia sofrida em razão da falta de informação, bem como pela lesão a um dos direitos do consumidor elencados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

No que tange à possibilidade de dano à criança, à gestante e ao casal contratante tendo em vista todo o sofrimento que acontecimentos como, por exemplo, troca de material genético com o consequente nascimento de criança com doença ou anomalia genética, causaria na pessoa ou família que realizou o procedimento de fecundação artificial, observa-se a incidência do dano moral, a fim de que, obtida a indenização, possam, consequentemente, ter como minorado o prejuízo causado e o dano sofrido.

Por fim, quanto à falta de manutenção de características entre o casal paciente e o filho gerado, verifica-se a incidência do dano moral, posto que, apesar de não haver lei que regule a circunstância, a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina a abarca, disciplinando o dever das clínicas e laboratórios em guardar compatibilidade racial e imunológica com o doador, no caso de reprodução humana assistida heteróloga.

Tendo em vista a dificuldade que se tem de mensurar a extensão do dano moral, já que não é medido em patrimônio exato, verifica-se uma certa discricionariedade do juiz em sua decisão e quantificação do dano, na qual deve ser observada o binômio reparação e prevenção, ou seja, a cominação de sanção coibindo que novas práticas semelhantes ocorram, o que deve ser observado com ainda mais cautela em se tratando de dano oriundo da atividade médica, que lida com a vida humana e não com meros objetos ou bens materais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 01 mar 2012.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 01 mar 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 01 mar 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Notícias. **TJ nega dano moral por inseminação artificial que não resultou em gravidez**. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=27310>.Acesso em: 27 de fev. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.** Resolução n. 1.358, de 19 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 nov. 1992. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 01 mar. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*.** Resolução n. 1.957, de 15 de dezembro de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 jan. 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em 01 mar. 2013.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DALVI, Fernando; DALVI, Luciano. **Curso avançado de direito do consumidor**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. v. II. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

responsabilidade civil. v. III. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. **Direito das obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Derecho genético**. 4. ed. Lima, Peru: Editora Jurídica Grijley.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005b.

DIREITO FUNDAMENTAL DAS MULHERES "SÓS" A CONSTITUIR FAMÍLIA MEDIANTE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: UMA INVESTIGAÇÃO A PARTIR DA TEORIA EXTERNA DE SUPORTE FÁTICO AMPLO

FUNDAMENTAL RIGHT OF SINGLE WOMEN TO START A FAMILY THROUGH ASSISTED REPRODUCTION: A RESEARCH BASED ON THE EXTERNAL THEORY OF BROAD FACTUAL SUPPORT

PELLEGRINELLO, Ana Paula[1]

BACK, Alessandra[2]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo investigar o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, expresso por meio de atos da autonomia privada, como legitimador da possibilidade de as mulheres "sós" determinarem e concretizarem o seu projeto monoparental, com ou sem o uso das técnicas de reprodução humana assistida. O estudo se funda na consideração dos princípios como verdadeiros mandamentos de otimização vislumbrados no entorno da teoria externa proposta por Virgílio Afonso da Silva e de suporte fático amplo para justificar eventual restrição ao direito fundamental de constituir família no caso concreto e a partir da intervenção do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade da pessoa humana; autonomia privada; isonomia; mulheres "sós"; direito fundamental de constituir família.

ABSTRACT

The aim of this article is to investigate the principle of isonomy and dignity of the human person, expressed through acts of private autonomy, as a legitimator of the possibility of single women to determine and accomplish their project of having a singleparent family, with or without the use of assisted reproduction techniques. This study is based on the notion of principles as true optimization commendments glimpsed around the external theory proposed by Virgílio Afonso da Silva and broad factual support to justify occasional restriction regarding the fundamental right to start a family in this case and from the intervention of the State.

KEYWORDS: dignity of the human person; private autonomy; isonomy; single women; fundamental right to start a family.

[1] Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia nas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Professora da graduação na disciplina de Prática Processual Cível e Constitucional na mesma instituição. Professora de Ética Jurídica na Academia de Direito Centro Europeu.

[2] Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia do programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Professora da graduação na disciplina de Direito Processual Civil na mesma instituição e na Academia Brasileira de Direito Constiucional – ABDConst, no curso de pós-graduação. Coordenadora da Academia de Direito Centro Europeu.

INTRODUÇÃO

No Brasil da contemporaneidade, a vida em sociedade tem assumido contornos cada vez mais distintos e que colocam o direito sempre em situação de atraso em face da realidade. Foi-se o tempo em que a família de base era a patriarcal, heterossexual e realmente voltada à procriação. Hoje, o que identifica a entidade familiar não é o vínculo formal do casamento e nem mesmo a relação material de assistência afetiva protegida pelo Código Civil a título de união estável entre homem e mulher. É a afetividade que caracteriza "as famílias" da atualidade e que, por isso mesmo, não se importa com os padrões de outrora: há famílias de homem com mulher, de mulher com mulher, de homem com homem; de um dos pais com filho, natural ou adotivo; de irmãos; de amigos...

Nesse contexto vem a lume a discussão acerca do direito constitucional a constituir família e, simultaneamente, os deveres do Estado de proteger a família como núcleo essencial da sociedade.

E a discussão se instala exatamente no entorno do reconhecimento jurídico que se dá, ou não se dá, a certos relacionamentos entre pessoas, bem como à possibilidade de restrição a certos direitos que, em verdade, exprimem nada mais nada menos que a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada de decidir o próprio destino.

Este breve ensaio analisa o direito fundamental da "mulher só" de constituir família mediante técnicas de reprodução assistida e assim o faz tomando por base a teoria externa mentada por Virgílio Afonso da Silva e um suporte fático amplo.

1. DO DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA

1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE – CLÁUSULA GERAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Mais do que fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é o princípio que legitima e confere unidade de sentido a toda a ordem constitucional.[3]

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e "novos" direitos na Constituição Federal de 1998:* Algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 176 e 177.

Ela importa na proteção (da própria pessoa) dentro das relações de que participa, porque, a partir do advento da Constituição de 1988, a pessoa humana deixou de ser um mero elemento dessas relações, mero titular de direitos e deveres, e passou a ser o ponto referencial de tutela.[4]

Não por acaso, Canotilho sustenta que

> O sentido de uma República lastreada na dignidade da pessoa humana acolhe a ideia de um indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo seu próprio projeto espiritual. Trata-se do fundamento do domínio público da República, onde esta é tão somente uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos políticos-organizatórios.[5]

E é exatamente o princípio da dignidade da pessoa humana que serve de mandamento máximo de otimização de tantos outros princípios garantidores de direitos fundamentais correlatos, inclusive os sociais.

Afinal, se todo o aparato estatal é construído no entorno e para a pessoa, por evidente que a linha de chegada – a concretização deste princípio – também haverá de ter como destinatário a pessoa. É dela para ela, simples assim.

Ocorre que as condições que revelam a vida de uma pessoa como digna traduzem-se mediante situações objetivas – pela disponibilização de serviços essenciais, *e.g.* – [6] e, ainda, em buscas subjetivas, projetos individuais. Logo, partindo do evidente e insuperável pressuposto de que toda pessoa é única, assim também se deve compreender em relação aos móveis que a levam a se determinar no caminho de sua realização, seja em que esfera for.

Demais disso,

> A polêmica acerca dos direitos humanos, ou dos direitos da personalidade, refere-se à necessidade de normatização dos direitos das pessoas em prol da concretude do principio da dignidade da pessoa humana, do modo de melhor tutelá-la, onde quer que se faça presente esta necessidade. Aqui, e desde logo, toma-se posição acerca da questão da tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade. Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do principio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral da tutela da pessoa humana.[7]

---

[4] MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 13.

[5] *Apud.* LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade:* a repactuação semântica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2010. p. 45.

[6] Este ensaio não tem por escopo investigar as condições objetivas de dignidade da pessoa humana. No entanto, que reste devidamente assentado que até mesmo o Estado tem obrigações positivas a cumprir nessa seara, como a adequada prestação de serviços públicos (essenciais). Sobre o tema, confira, dentre outros: SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 71 e ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 79-116.

[7] MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 142.

Então, com um conteúdo tão vasto quanto o anseio de cada ser humano – ainda que se tome emprestado o imperativo categórico moral de Kant,[8] da concepção da humanidade como um fim em si mesmo, como o mais apropriado a densificar o que seja a tal dignidade – não há como definir o conteúdo e muito menos pretender normatizar todos os direitos que, uma vez concretizados, conduzam à vida digna.

E é exatamente aí que a dignidade se revela como cláusula geral do ordenamento, que, repita-se, apenas se propõe a partir, no entorno e com vistas a promover o bem do ser humano.

De outra banda, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, dentre eles o da dignidade, não passam incólumes à variação das circunstâncias fáticas e sociais, de tempo e espaço, e o fato de não estarem expressos não impede o seu gozo. E isso se dá justamente por conta do caráter normativo dos princípios protetores destes direitos, resultantes dos valores assimilados ao longo dos tempos e assim definidos democraticamente.

Logo, em tese,[9] não parece absurdo considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, cláusula geral do ordenamento, como absoluto.

Todavia, não há como, nem mesmo para este mandamento maior, concretizá-lo "em sua inteireza" em todas as situações jurídicas subjetivas em conflito, razão pela qual sempre será necessário analisar cada caso concreto para ponderar se a restrição imposta a este ou outro direito será ou não constitucional.

1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO (AUTONOMIA PRIVADA) COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO À DIGNIDADE

Com bem assentado por Pires e Reis,

> (...) o direito fundamental à autonomia privada tem como base a compreensão do "ser humano com agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e o que é ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros." Nesse sentido, não cabe ao Estado, à coletividade ou a qualquer outra entidade estabelecer os fins que cada indivíduo deve trilhar, os valores que deve crer, as atitudes que deve tomar.

[8] "Eu digo que o homem, e em geral todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não meramente como um meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade." (KANT, Imannuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Cambrige University Press, 1997. p. 428.)

[9] "(...) a afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado." (PINTO, Paulo Mota. *Apud.* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e "novos" direitos na Constituição Federal de 1988:* algumas aproximações. *In:* MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.)

> Cabe a cada ser humano definir os rumos de sua vida, em conformidade com suas opções subjetivas. Esta é a idéia da autonomia privada, constituindo-se, assim, como um dos elementos fundamentais do direito mais amplo de liberdade do indivíduo.[10]

Destarte, a dignidade da pessoa humana só pode ser cogitada como efetivamente existente quando a pessoa é capaz de se autodeterminar e na medida do exercício de sua autonomia privada.[11]

Nessa perspectiva, a autonomia privada é considerada como meio para se conferir proteção positiva às situações existenciais que, em última instância, apenas completam o caminho da dignidade. Por intermédio dela, a pessoa, para garantir o livre desenvolvimento da sua personalidade, tem o poder de se autodeterminar. Ou seja, de criar, modificar ou extinguir situações subjetivas, conforme o efeito mais adequado para a sua própria tutela (da pessoa),[12] com mínima obstrução de direitos, a menos que elas interfiram ou prejudiquem outra pessoa. Quer dizer, somente serão restritos direitos se e quando em colisão com outros da mesma categoria.

Nesse sentido, pois, é que se faz apelo aos direitos fundamentais como "trunfos que entrincheiram os bens de **liberdade e autonomia individual** contra decisões políticas, mesmo que estas se pretendam justificar na necessidade de limitação da liberdade individual em nome da obtenção do bem da comunidade como um todo ou de uma concepção particular de vida boa".[13]

Assim, protegidos por esse "trunfo", por exemplo, as questões relativas ao próprio corpo, incluindo-se aí a disposição de material genético, podem ser objeto de negócio jurídico, desde que não patrimonial. Aliás, a Carta da República de 1988 expressamente veda a comercialização de órgãos tecidos e substâncias humanas, em seu art. 199, determinando, portanto, a gratuidade de tais negócios jurídicos fundamentada no princípio constitucional da solidariedade.

---

[10] PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. *Autonomia da vontade:* um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 8244-8255. p. 8245

[11] Cabe aqui a distinção entre as expressões *autonomia privada* e *autonomia da vontade*: esta última tem conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito, de um modo objetivo, concreto, real; aquela encontra amparo no liberalismo e no pensamento kantiano; esta no Estado Democrático de Direito, que por si só confere contornos de função social em tudo que toca.

[12] MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada*... p. 60.

[13] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais:* Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 28.

Daí afirmar-se, com razão, que a autonomia privada "não existe apenas nos negócios jurídicos patrimoniais, mas em qualquer outro objeto em que não ocorra restrição legal e que seja possível manifestar-se na autonomia da pessoa."[14/15]

Da mesma sorte, e nesse ambiente todo, se considera o direito à descendência, de determinar e realizar o projeto parental, como inerente à própria personalidade,[16] de forma que ele acaba se imbricar com liberdade – pressuposto da dignidade da pessoa humana, mandamento máximo de otimização – que há de se exprimir também por meio da realização nesta esfera.

1.3 CONSTITUIR FAMÍLIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Partindo, outra vez, do pressuposto de que todas as pessoas são livres na medida em que podem se determinar em suas ações, e que tal liberdade se traduz em um dos desdobramentos da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana – muitas vezes expresso por atos da autonomia privada dos indivíduos – constituir família é direito fundamental[17] passível de concretização.

---

[14] NANNI, Jorge Giovanni Etore. *A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e os tecidos diante da Lei federal n. 9434/97 e da Constituição Federal. In:* LOTUFO, Renan. Direito Civil Constitucional: caderno I. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 262.

[15] Por isso mesmo, quando a negociação é sobre interesses não-patrimoniais, pertinente a categoria do "ser", como no caso da concretização de família monoparenal, seja de forma "natural" ou por meio de reprodução humana assistida, os atos de autonomia se relacionam necessariamente com a dignidade da pessoa. (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida*. *In:* LOTUFO, Renan. Direito Civil Constitucional: caderno III. São Paulo: Malheiros, 2002.)

[16] "Frequentemente, as situações jurídicas subjetivas voltadas para as categorias do ser são identificadas com os direitos da personalidade, classificados pela doutrina como direitos subjetivos absolutos". (MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada*... p. 19.)

[17] E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER

Mas a família a que aqui se refere é, por evidente, a da contemporaneidade, plural,[18] aquela que, ainda que por diferentes linhas de fundamentação, tem encontrado – não sem

---

CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em conseqüência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere "o monopólio da última palavra" em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (RE 477554 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 25/08/2011 – negritamos.)

[18] "Quando nos referimos à família como núcleo essencial, obviamente que não estamos falando de uma família tal como concebida historicamente pelo Direito até 1988, isto é, patrimonializada, hierarquizada e

acalorada discussão – tutela junto ao Poder Judiciário[19] mesmo à margem de lei específica textualmente assim afirmando.[20]

---

matrimonializada. Estamos falando da família tal como ela é hoje: plural. (...) As múltiplas possibilidades de modelos familiares situam-se no contexto histórico do declínio do patriarcalismo, pós-feminismo, mudanças econômicas do capitalismo pós-industrial, novas tecnologias e a compreensão das subjetividades desejantes." (PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Princípios Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 255-256.)

[19] *E.g.:* **Ementa**: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. **DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA**. **O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos**. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no **igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil**. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. **Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural**. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. **Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice**. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do

Portanto, está-se a referir, dentre outras, a famílias monoparentais[21], aquelas constituídas apenas de pai ou mãe – biológicos (nos termos do § 4º do art. 226 da CF) ou não, e seu(s) filho(s).

Tudo isso assim se dá porque a Constituição da República protege – e expressamente – a família. E este instituto, digno de proteção, é aquele mesmo que a pessoa vier a escolher ou em que estiver inserido de fato, por qualquer circunstância, independentemente de o modelo não refletir o "tradicional".

Some-se a isso, ademais, o fato de que a dignidade da pessoa humana, fundamento máximo de todo o ordenamento, é suficiente para legitimar a proteção de qualquer núcleo familiar, justamente porque "composto de pessoas". E as pessoas – independentemente de gênero, da opção sexual ou da vida sem parceiro(a) – só se realizam, em alguma medida, se livres para satisfazer suas vontades e seus desejos, portanto também por meio da concretização do direito à descendência, expressão da própria personalidade.[22]

---

regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. **Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição**. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 13/10/2011 – negritamos.)

[20] MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. *"Novas Entidades Familiares"*. *In*: A construção... p. 24.

[21] "A Constituição Federal de 1988 consolidou o Estado Social e reconheceu os modelos familiares alternativos. Atualmente, o Direito aceita a família monoparental, a amaparental, a pluriparental e, mais recentemente, a homoparental. Independente do formato, todas as famílias são dignas de proteção, uma vez que têm um fundamento em comum: o afeto." (VENOSA, Silvio Savio. *Direito Civil:* direito de família. São Paulo: Atlas, 2003. p. 35)

[22] "A essência da liberdade de fundar uma família constitui uma manifestação da privacidade determinada pelo livre desenvolvimento da personalidade, com um duplo conteúdo, de positiva participação na criação ou fundação familiar, e de obstáculo às interferências na intimidade de que assegura a liberdade de decisão decorrente da referida participação positiva." (BARBOSA, Heloísa Helena. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In*: LEITE, Eduardo Oliveira (Coord.) Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148.)

2. DA TEORIA EXTERNA COMO SUSTENTADA POR VIRGILIO AFONSO DA SILVA À AUTONOMIA PRIVADA EM CONSTITUIR FAMÍLIA

2.1 COMPREENDENDO A TEORIA EXTERNA NA PERSPECTIVA A TEORIA EXTERNA NA PERSPECTIVA DE VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Para qualquer investigação sob a ótica de Virgílio Afonso da Silva, portanto mediante consideração de um suporte fático amplo[23] e com lastro em uma teoria externa de restrição dos direitos fundamentais, deve-se partir do pressuposto de sempre: de que todos os fatos ou posições jurídicas estão protegidos por norma constitucional específica, protetiva de direitos fundamentais. E mais, que, somente em caso de colisão, poder-se-á cogitar de restrição ao direito, mas sempre alicerçada em outra de igual fundamentalidade.

Melhor dizendo, em princípio não será excluída qualquer possibilidade do exercício do direito (fundamental), haja vista a inaugural ausência de qualquer "limitação" ou exclusão de condicionantes fáticos e jurídicos.

Nas palavras do autor:

> Ora, se a proteção definitiva de um direito fundamental depende da classificação de uma intervenção em seu âmbito ou como restrição constitucionalmente aceita ou como violação inconstitucional, tanto mais tende a ser efetiva essa proteção quanto maior for a extensão do âmbito de proteção e também do conceito de intervenção.[24]

Por isso, nos termos de uma teoria externa de suporte fático amplo – compatível com a *teoria dos princípios* proposta por ALEXY[25] – qualquer fato estará protegido pelo direito e qualquer condicionante deverá ser considerado para que uma racionalização seja imposta. Desse modo, ao não se excluir qualquer condicionante fático ou jurídico de antemão, qualquer decisão deverá necessariamente atender a um ônus argumentativo forte o bastante para garantir a racionalidade da eventual restrição a um ou a outro direito fundamental.

---

[23] Em contrapartida, para Virgílio, a característica principal das teorias que pressupõem um suporte fático restrito para as normas de direto fundamental é a não-garantia a algumas ações, estados, ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção destas normas. Para Vieira de Andrade, a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa uma ou outra situação concreta. Friedrich Muller adota posição semelhante, e afirma que nestes casos não há colisão de direitos fundamentais, mas apenas não-proteção de algumas ações pelas normas que, aparentemente, deveriam protegê-las. (SILVA, Virgilio Afonso. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2009.)

[24] Ibidem, p. 112.

[25] A teoria dos princípios sustenta que direitos fundamentais são garantidos por uma norma *prima facie* e de suporte fático amplo. Isso implica que a colisão com outros princípios pode exigir uma restrição à realização de um deles. Ibidem. p. 139.

Quer dizer, utilizando tais parâmetros, pode-se afirmar que são dois os objetos dos Direitos Fundamentais: os direitos em si e suas restrições, haja vista que elas (as restrições) não exercem qualquer influência no conteúdo do direito, podendo, apenas e no caso concreto, restringir seu exercício.

A partir dessa distinção é que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais, bem como da regra da proporcionalidade.[26] Isso porque, a partir do paradigma de investigação adotado (da teoria externa), em eventual colisão entre princípios, aquele que tem que ceder em favor do outro não tem afetada sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*.

Do mesmo modo – com espeque na teoria externa –, qualquer lei implica em verdadeira restrição ao direito fundamental,[27] já que a ponderação entre direitos fundamentais se faz implícita e previamente.

E esses direitos fundamentais só encontram limites em outro direito fundamental, todos de igual amplitude quanto ao suporte. Em princípio, pois, tudo é permitido e apenas no caso concreto poderá haver alguma restrição, porque os princípios não são regras, e, como tal, não são absolutos, incluindo-se nesse rol o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 SITUANDO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA DA TEORIA EXTERNA

E se está a se tratar da aplicação dos direitos fundamentais – entendidos como aqueles topograficamente inseridos no art. 5º da Constituição da República, sem prejuízo de outros esparsos no texto constitucional – porque especificados ou assim também reconhecidos – mais seguro é considerar todas as possibilidades como protegidas.

De conseguinte, (pode e) deve ser considerado todo o conjunto de fatos como incluídos no conteúdo do princípio, porque assumido num suporte fático amplo e concreto,[28]

[26] Para o autor a proporcionalidade é uma regra de segundo nível, uma regra especial, uma meta-regra, pelo que sugere a expressão regra da proporcionalidade. Ibidem. p. 169.

[27] Isso porque a primeira conseqüência de uma modificação no ponto de partida – de suporte fático restrito para o suporte amplo – é a ampliação no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e a conseqüente ampliação na extensão do conceito de intervenção.

[28] Como conceito de suporte fático há que se diferenciar entre suporte abstrato e suporte concreto. O abstrato é formado por fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. O suporte fático concreto está intimamente ligado ao abstrato e ocorre no mundo da vida dos fatos ou atos que a norma jurídica em abstrato que se juridizou. Ibidem, p. 67.

principalmente quando os direitos a serem restringidos (portanto no entorno da autonomia privada) se refiram aos da personalidade.

Mas para relacionar o princípio constitucional da autonomia privada com o suporte fático, especificamente o amplo, é preciso ter em mente que ele se mostra efetivamente decorrente da dignidade da pessoa humana, o que não colabora com a vulgarização (do conteúdo) deste último,[29] por todas as razões apontadas.

Embora se tome como certo as características tão singulares do princípio da dignidade da pessoa humana, não se considera no objeto deste estudo a feição de regra deste princípio. Ele é nuclear, mas não é absoluto.

Não é preciso muita imaginação para vislumbrar um sem número de casos em que a restrição ao princípio da dignidade faz com que ela própria seja totalmente esvaziada em prol de outro princípio de maior ou igual magnitude, quando da ponderação no caso concreto. Tudo, ademais, sem nenhum prejuízo ao conteúdo deste princípio ou qualquer traço de inconstitucionalidade na restrição.[30]

Pode-se apontar como exemplo a possibilidade de manter uma pessoa nos presídios por conta de condenação criminal, o que, a um só tempo e para a teoria externa, implicaria na ponderação e posterior exclusão dos princípios da dignidade e da liberdade do condenado (vencidos), em face da segurança de muitos.

Donde, pois, tomando por assento a dignidade da pessoa humana com lastro na teoria externa, a sua consideração inaugural há de ser plena, sendo necessário, em cada caso concreto, analisar as circunstâncias de cada restrição como excepcionalmente conformes ao Direito, haja vista assumir cada uma delas também a condição de princípio.

[29] O autor aponta uma inflação no uso da dignidade humana no discurso forense, já que ela vem servindo como recurso universal para a solução de problemas jurídicos que poderiam ser resolvidos com o recurso a outros direitos. Ibidem, p. 195.

[30] Veja-se que a teoria de Virgílio Afonso da Silva e as demais teorias externas pressupõem, em quase todos os casos, a necessidade de verdadeira "restrição" de direito fundamental, preferindo o termo pela exatidão do seu significado, enquanto os adeptos da teoria interna utilizam o conceito de "limite"- imanente -, inserido na própria constituição - para rejeitar essa necessidade. A contraposição entre definição de limite e imposição de restrições é que explicita a diferença entre os dois enfoques.

2.3 CONTEXTUALIZANDO O PROJETO FAMILIAR COMO RECONHECIDO PELO STF NA PERSPECTIVA DA TEORIA EXTERNA

Usando como parâmetro um suporte fático amplo ao âmbito de proteção e no entorno da teoria externa como concebida por Virgílio Afonso da Silva, cabe investigar o (exercício do) direito fundamental a constituir família.

Como visto, toda pessoa tem direito fundamental a constituir família, o que já foi até mesmo literalmente conhecido e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (RE 477554 AgR). Todavia, essa afirmação não se revela de fácil confirmação, teórica ou prática, mormente porque uma expedita leitura da própria Carta Magna pode levar um incauto a concluir de forma diversa.

Os dois julgados colacionados – e especialmente "os julgamentos" externados na ADPF 132, que reclamaram mais quase três centenas de páginas de argumentação – sugerem a dimensão extraordinária da (falsa) celeuma, a começar pelas (equivocadas) tentativas de discernir entre "família" e "entidade familiar", porque assim referidas, com distinção, no *caput* e nos §§ 3º e 4º do art. 226.

E, perceba-se, isso tudo assim se deu a partir da união (e dos efeitos jurídicos da união) homoafetiva, que exprime um tipo contemporâneo e relativamente usual de família, ainda que em menor número.

Nesse sentido, a Corte Constitucional reconheceu inexistir distinção entre família e entidade familiar e, mais do que isso, declarou a possibilidade de constituição de entidades familiares tanto por homem-mulher como por homem-homem e mulher-mulher. Mas não só, o Ministro Carlos Ayres Britto, relator da ADPF 132, assim pontificou:

> É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, **como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana**; permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição. (negritamos.)

Logo, de uma análise isolada dessa afirmação *sob o deliberado enfoque adotado* – mesmo que assim não assumida pelo julgador – aparentemente é possível vislumbrar a adoção do suporte fático amplo[31] e, ainda, o manto da teoria externa cobrindo a hipótese, na exata

[31] Todas as pessoas têm dignidade: homo ou heterossexuais; todos têm direito ao exercício de sua autonomia: homo ou heterossexuais; todos têm direito a constituir família/entidade familiar: homo ou heterossexuais; todos têm direito à igualdade de tratamento: homo ou heterossexuais.

medida em que se reconheceu o direito de constituir família (biparental: homo ou heterossexual) como não limitado *prima facie*.

Demais disso, nesse mesmo julgado ementou-se a "liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, como expressão da autonomia de vontade, de direito à intimidade e à vida privada como cláusula pétrea".

Todavia, essa exposição enunciativa da *ratio decidendi* do julgado não se esgota em si. Parece de facílima apreensão que ela também estaria a implicitamente referir que o direito fundamental de constituir família (biparental: homo ou heterossexual) seria reflexo à autonomia da vontade (subjetivamente falando) e à autonomia privada, como uma objetivação do direito de personalidade.

Ou seja, a autonomia privada de *cada pessoa humana* em constituir família – igualmente tomando por base um suporte fático amplo e nos moldes da teoria externa de Virgílio Afonso da Silva – não encontraria limites *a priori*.

Mas onde se situam na realidade jurídica brasileira – e a partir da perspectiva da autonomia privada e da isonomia[32] – os projetos monoparentais das mulheres decorrentes de fato da natureza (infertilidade ou viuvez) ou mesmo da vontade (produção independente)?

3. INVESTIGANDO O PROJETO MONOPARENTAL DAS "MULHERES SÓS" A PARTIR DA PERSPECTIVA DA AUTONOMIA PRIVADA E DA ISONOMIA E À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

3.1 DA PROTEÇÃO JURIDICA DA FAMÍLIA

Não se discute, no Brasil, a proteção jurídica à "família".

Mas a percepção do Ministro Carlos Ayres Britto acerca da realidade foi além e merece parcial transcrição (outra vez do voto proferido na referida ADPF), ao observar que a igualdade material entre heterossexuais e homossexuais acaba pervertida pelo silêncio normativo: "(...) a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida."

[32] De fato, a investigação poderia ser mais ampla. Poderia, por exemplo, permitir cotejar a situação de mulheres jovens e "não-jovens" a partir do risco da gravidez e da probabilidade de menor tempo de convivência dos filhos com a mãe, portanto trazendo à lume a dignidade do filho e mesmo a responsabilidade sobre o projeto parental. Todavia, a escolha se justifica pela limitação que o próprio trabalho reclama.

A Carta Magna tratou da família como base da sociedade que tem especial proteção do Estado (art. 226), do casamento, da união estável (também entre homem e mulher) e da entidade familiar monoparental (um dos pais e os descendentes).

O Código Civil seguiu a mesma linha e manteve aparente distinção entre casamento (art. 1.514) e união estável (art. 1.723), que pressupõem relação homem-mulher, mas que não se distinguem em relação ao poder familiar (art. 1.631).

Contudo, essas disposições normativas não estão a refletir a realidade social, muito menos a dos brasileiros e das brasileiras que convivem nas grandes cidades em pleno século XXI.

Mas o fato de o direito posto ter permanecido silente (e não necessariamente indiferente) em relação à família brasileira da contemporaneidade, não prejudicou o evidente avanço jurisprudencial e doutrinário.

Como visto, os tribunais foram paulatinamente aproximando as realidades vividas por homem-mulher, homem-homem e mulher-mulher e não mais é possível traçar, com precisão capilar, se há e qual é a diferença jurídica entre casamento e união estável, pelo menos no que diz com o projeto familiar em si. Para este, algumas repercussões, mesmo que também jurídicas, são de somenos importância, porquanto não se pode pretender equivaler dignidade com patrimônio. O que importa é não distinguir o indistinguível, o trato a ser igualmente conferido às pessoas que se encontram em igual situação e por conta dos mesmos valores e anseios.

E onde o direito parou a doutrina, similarmente à jurisprudência, avançou. Como bem observado,

> A nova família, na verdade, deve ser concebida como novas famílias, pois a dimensão plural dos modelos é uma realidade a ser respeitada e reconhecida. Assim, dentre as possibilidades de melhor realização de seus projetos pessoais, uma pessoa poderá identificar-se com um especifico modelo, o qual não deverá ser excludente de outras modalidades também reconhecidas. Não se pode mais conceber que o direito tutele a relação familiar como se ela fosse tão somente uma: a proveniente do modelo tradicional do matrimônio. A forma de se constituir uma família vincula-se a diversos fatores e características dos sujeitos dessa relação, em sua procura de como melhor desenvolver sua afetividade, sua personalidade. [33]

Não por acaso, propõe-se classificar as famílias contemporâneas da seguinte forma:

> (...) (i) famílias reconstituídas, que são aquelas que são formadas por casais que trazem filhos do primeiro casamento; (ii) famílias monoparentais, que são as famílias decorrentes de divórcio ou separações, onde um dos pais assume o cuidado dos filhos e o outro não é ativo na parentalidade, ou ainda, são famílias onde um dos pais é viúvo ou solteiro; (iii) famílias de uniões consensuais, onde casais que optam por morar juntos, sem formalizar a união ou ainda, casais que preferem morar em

[33] MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Perspectiva Civil...* p. 140.

> casas separadas, estes são principalmente os divorciados, separados ou viúvos, que desta forma procuram evitar conflitos existentes nas famílias reconstituídas; (iv) famílias formada por casais sem filhos por opção, são os indivíduos que priorizam sua vontade de satisfação pessoal, ex. desenvolvimento na carreira profissional; (v) famílias unipessoais, denominação atual para aquelas pessoas que optam por ter um espaço físico individual, onde não precisam necessariamente fazer trocas emocionais vindas de um convívio compartilhado; (vi) família por associação, que são compostas por amigos que de formam uma rede de parentesco baseada na amizade.[34]

E essa realidade é que está a exigir investigação do projeto familiar (ou parental, porque equivalente no caso) das mulheres sós – que não se encontram albergadas em um relacionamento afetivo – à luz do direito fundamental a constituir (ou manter) família mediante filiação. E em especial, ainda, como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, fundado na autonomia privada – analisada consoante a teoria externa e mediante adoção de um suporte fático amplo – e que reclama o uso de novas técnicas de reprodução assistida.

3.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL DAS MULHERES SÓS DE CONSTITUIR FAMÍLIA MEDIANTE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Casais heterossexuais constituem “família” (aqui não distinguida de entidade familiar) por si só, seja ela fruto do manto formal do casamento ou da união estável. Isto é, esse *status* deriva da vida em comum e não necessariamente da existência de filhos, sejam eles naturais ou adotivos. Casais homossexuais têm ostentado condição similar mediante construção doutrinária e jurisprudencial.

Mas às mulheres sós não parece acudir a mesma sorte, e há quem sustente que, para elas, não existe direito – quanto o mais fundamental – de constituir (ou manter) família mediante filiação, razão pela qual para elas não seria de se juridicamente tolerar a reprodução assistida.

Tratando exatamente desse tema, da “mulher sozinha que pretende engravidar por meio de técnicas de reprodução assistida”, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves apontam, para refutar, argumentos supostamente aptos a sugerir a impossibilidade de o Estado dar guarida às futuras famílias monoparentais:

> (...) *a criança já nasce sem pai; o direito de ter filho não é absoluto; o desenvolvimento da criança estará prejudicado*”. (...) A Constituição Federal de 1988, ao proteger a família monoparental, não teve a intenção de incentivar sua proliferação. (...) ao se

[34] PORTES, Lorena. *A família contemporânea*. p. 21 a 24. Disponível em: http://www.depen.pr.gov/arquivos/File/A_família_contemporânea.pdf. Acesso em 03 de março de 2013.

> permitir a utilização da técnica assistida de reprodução em mulher só, flagrante é o desrespeito ao princípio do melhor interesse da criança (disciplinado no ECA).[35]

E inicialmente o fazem com uma frase curta, singular e certeira, que por isso mesmo requer transcrição: "Assim, na visão de muitos, não configuraria melhor interesse da criança nascer sem pai, mas seria melhor para ela, na falta de pai e mãe, ser adotada por pessoa só...".[36]

Ou seja, o argumento de repúdio é certeiro: se a solteira pode, à luz do direito vigente, servir de mão adotiva, qual seria a razão para impedi-la, juridicamente, de levara a cabo um projeto monoparental de família mediante reprodução assistida? Nenhuma, por evidente.

De outra banda, a tentativa de proteção de quem ainda sequer nasceu *de não nascer sem pai* – e que, nessa etapa de discussão, não passa de um projeto (parental-familiar de "mulher só", ancorado na dignidade da pessoa humana e na autonomia privada) – beira a sandice. E o beira também pelo fato de que nada impede a "mulher "vir a "formar um casal" (inclusive heterossexual: aquele "das antigas", de pai e de mãe), antes, durante ou depois da gestação obtida mediante reprodução assistida.

Em termos técnicos, isso equivaleria a dizer que a dignidade da pessoa humana da "mulher só" há de ser contido por um suposto "direito à dignidade" daquele que sequer foi concebido, o que não se sustenta juridicamente e, quanto o mais, à luz da teoria externa calçada num suporte fático amplo.

Sintetizando, pois, não há como se sustentar, a princípio, qualquer possibilidade jurídica de válida restrição à dignidade da pessoa humana e mesmo à autonomia da "mulher só" em decidir ter filhos mediante procriação medicamente assistida.

3.3 DA INCONSTITUCIONALDIADE DO (JÁ ARQUIVADO) PROJETO DE LEI Nº 90/99

Destarte, tudo quanto constou do Projeto de Lei nº 90/99, arquivado em 2007, mostrou-se grosseiramente inconstitucional, porquanto tenha discriminado mulheres solteiras

[35] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 130.

[36] Ibidem. p. 132.

de mulheres casadas (ou em união estável) e mulheres inférteis de férteis (para as quais a filiação exigiria, necessariamente, relações sexuais).[37]

De fato, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana garante a todas as mulheres direito ao projeto parental, da forma que melhor lhes convenha, e inclusive de utilizar os meios disponíveis para realizá-lo, concretizando a autonomia privada reservada a cada uma delas. Assim, não há a possibilidade de qualquer regulamentação prévia no sentido de restringir este direito a uma dada categoria de mulheres.

A Constituição Federal assimilou as diferenças entre os núcleos familiares e reconheceu a necessidade de protegê-los, desmistificando o casamento como único local próprio para receber filhos. Então, pouco a pouco a "mulher só" deixa de sofrer as pechas de "encalhada" e passa a sentir-se mais à vontade para realizar o projeto da maternidade sem a colaboração de ninguém, seja mediante produção independente sexuada, seja por meio das técnicas de reprodução assistida.

3.4 O PAPEL DO ESTADO NA REALIZAÇÃO DO PROJETO FAMILIAR

Reforce-se, nesse cenário todo, que é no seio da família que a pessoa nasce e desenvolve as aptidões sociais necessárias a traçar sua trajetória. Ou seja, a família é instituição sob o ponto de vista jurídico, mas é também o último local onde a vontade pode se manifestar - quando da construção e vivência do núcleo familiar.

Em assim sendo, cabe ao Estado acompanhar a evolução da família, que se encontra suscetível às modificações da sociedade e da irrupção de novos direitos.

Mas o limite da intervenção do Estado em famílias não disruptivas[38] – entendidas como aquelas que sequer propiciam a proteção da criança das intempéries da natureza, da fome, da integridade física, moral e sexual, e ainda, cumprem a função de dar afeto e transmitir valores de solidariedade aos filhos – tem limites.

Se a pessoa é entendida como fim em si mesmo, já que a cláusula geral da dignidade humana rege o ordenamento por ser núcleo constitucional, o interesse individual se sobrepõe ao interesse do Estado. Logo, na medida em que os interesses protegidos são predominantemente individuais, os interesses da família e de seus membros não devem sofrer intervenções ostensivas e diretas do Estado.

---

[37] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de Biodireito. p. 133.

[38] SOUZA, Jessé. A Ralé Brasileira: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

Nesse sentido, o Estado deve eleger "(...) uma regulamentação jurídica aberta, traçando valores e princípios contidos em cláusulas gerais. Paradoxalmente, esta é a técnica legislativa que se mostra como mais adequada para limitar e promover a liberdade dos sujeitos de direitos".[39] Logo, a este compete tão somente tutelá-los.[40]

Essa tutela, no entanto, não pode servir como forma de restrição da autonomia privada. A mínima intervenção estatal vincula-se, portanto, ao princípio da autonomia privada, que vai muito além do direito patrimonial, desenvolvido a partir da Carta da República – que tem como núcleo a preservação da dignidade da pessoa humana – e ampliou o campo de aplicação do princípio da autonomia privada no âmbito das relações familiares.

Sobre o assunto, Rodrigo Cunha Pereira esclarece que

> a aplicabilidade do princípio da autonomia privada da família como instrumento de *freios e contrapesos* da intervenção do Estado funda-se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos que a compõem, que resulta também na personificação do indivíduo.[41]

Em suma, na construção, na manutenção e no desenvolvimento da família, quem dita às regras próprias de convivência são seus próprios integrantes, e solidariamente, a partir da personificação e despatrimonialização da família. A intervenção do Estado deve limitar-se, portanto, à tutela da família em sua constituição e desenvolvimento, oferecendo garantias e respaldo, possibilitando a manutenção do núcleo afetivo mediante a possibilidade de autoderminação de cada um de seus membros.

Relembre-se, então e na passagem, que a Carta de 1988 não deixou margem para dúvidas quanto ao papel do Estado, mínimo e tão somente protetor, ao ditar, no art. 226, que: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Justamente por isso é que o Estado não deve intervir na autonomia privada do(s) indivíduo(s) na construção e manutenção da família.

Nessa toada, se para se construir a família for imprescindível o uso das técnicas de reprodução assistida, a decisão será pessoal – de cada indivíduo ou de (pelo menos) dois deles[42] – de modo que o papel de Estado não poderá ir além de orientar e tutelar[43] as relações

[39] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. *In:* MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008, p. 289.

[40] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178.

[41] Ibidem. p. 189.

[42] O que se exige no caso de inseminação com doação de esperma, por exemplo, que reclama manifestação volitiva do doador e da receptora, quando se tratar de mulher só.

[43] Foi o que fez, por exemplo, por intermédio do Ministério Público e do Judiciário, ao retirar a guarda das filhas dos pais, que se socorreram da técnica de fertilização *in vitro*, mas pretendiam abandonar uma das filhas trigêmeas na maternidade. Fonte: Gazeta do Povo, publicado em 02.04.2011.

individuais, interferindo apenas quando sua atuação for indispensável para salvaguarda de direitos ameaçados.[44]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para não transformar o ordenamento jurídico em um "puxadinho que nunca termina de se construir" é que tudo o quanto se necessita em matéria de direito positivo referente à personalidade, à autodeterminação da pessoa e à própria busca individual de dignidade deve vir de um só centro gravitacional: dos princípios constitucionalmente erigidos e amplamente considerados.

A partir deles, em 1988, o ser foi alçado à condição nuclear, em conseqüência da cláusula geral da tutela e promoção da pessoa humana, prevista no art. 1°, III, que possibilita, ao menos formalmente, que ela se autodetermine nos múltiplos aspectos atinentes a sua personalidade, ainda que não seja possível afirmar que os direitos dessa magnitude, diretamente derivados do princípio da dignidade da pessoa humana, não possam ser completamente restritos, quando da ponderação necessária no caso concreto.

E porque não há de se falar em dignidade sem liberdade, sobretudo quando esta se manifesta pelas escolhas existenciais da descendência - restaria prejudicada a dignidade da pessoa humana se não lhe fosse garantido tal direito. Desta feita, desde que atendida a função de promover o desenvolvimento da personalidade, a autonomia privada merece tutela nas situações existenciais.

Nesse sentido, as técnicas de reprodução assistida devem ser utilizadas nas mais diversas formas de manifestação de família, inclusive por aquelas pessoas que não tenham como concretizar seu projeto parental senão socorridos pelo material genético de outrem.

Daí que a forma de constituição do núcleo familiar para utilização das técnicas de reprodução assistida independe de uma compreensão *a priori*, ou mesmo de uma "delimitação" do seu conceito. Isto é, não pode o Estado ditar o que deve-ser um núcleo familiar e nem mesmo pode a sociedade referendar tal ou qual entendimento a esse respeito. Como a dignidade pressupõe a consideração de cada pessoa – como exclusiva e

[44] Tome-se como exemplo, ainda que estrangeiro, a necessidade da tutela do Estado em situações urgentes como a de Nadya Suleman, americana, mãe de seis filhos, todos gerados por meio de fertilização *in vitro* com o auxílio de material genético de doador anônimo, que, dois anos depois, pela mesma técnica, implantou seis embriões criopreservados, que resultaram na gravidez de oito crianças. Frise-se que a cidadã americana vive, hoje, as expensas do Estado. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Nadya_Suleman. Acesso em 03 de março de 2013.

personalíssima que é –, o mesmo se deve afirmar em relação a cada família, composta por pessoas, unidas por laços de afeto.

Logo, a vontade privada a ser externada em sede de reprodução humana assistida há de ser a de cada um e de todos os membros da família; e de ninguém mais.

Em assim sendo, ao Estado compete fomentar e proteger a família entendida como núcleo de afeto e desenvolvimento do ser humano, que é a razão de ser do ordenamento, merecedor da proteção de todos, justamente por interessar a todos, em maior ou menor grau.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

BARBOSA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROS, Eliane Oliveira. *Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. In:* LOTUFO, Renan. Direito Civil Constitucional: caderno III. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. São Paulo: RT, 2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada:* família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GOMES, Renata Raupp. *Os "novos" direitos na perspectiva feminina:* a constitucionalização dos direitos das mulheres. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. (p. 51-75)

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas*: para além do *numerus clausus*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2552>. Acesso em:02 de março de 2013.

MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O conceito de dignidade humana:* substrato axiológico e conteúdo normativo. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003.

NANNI, Jorge Giovanni Etore. A *autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e os tecidos diante da Lei federal n. 9434/97 e da Constituição Federal. In:* LOTUFO, Renan. Direito Civil Constitucional: caderno III. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais:* Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Planejamento familiar e condição feminina*. *In:* MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.

PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. *Autonomia da vontade*: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e "novos" direitos na Constituição Federal de 1998:* Algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida.* São Paulo: Saraiva: 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Jessé. *A Ralé Brasileira:* quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

VENOSA, Silvio Sálvio. *Direito Civil:* direito de família. São Paulo: Atlas, 2003.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E MANIPULAÇÃO DA VIDA INTRA-UTERINA: SUPORTE BIOÉTICO À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

DROITS FONDAMENTAUX ET MANIPULATION DES VIE INTRA-UTÉRINE: L'INTERPRÉTATION CONSTITUTIONNELLE AIDER BIOÉTHIQUE

ARTHUR MAGNO E SILVA GUERRA

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG;

Doutorando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas;

Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC;

Resumo: O reconhecimento do embrião como destinatário de direitos é algo realmente polêmico. Isso, porque, se de um lado há quem veja nele, apenas uma expectativa de vida; de outro lado, essa mera "potencialidade" não seria suficiente para torná-lo sujeito de direitos, como as pessoas já nascidas. A aplicação do texto constitucional a situações dessa natureza, por vezes, enfrenta problemas, como, por exemplo, não ter previsão expressa sobre o assunto ou – tendo em vista a época em que surgiu a Constituição – não aprofundar sobre o tema. Assim, visando dar suporte à interpretação necessária à resolução dos casos concretos, o Direito precisa integrar seus princípios aos da Bioética. Dessa maneira, será capaz de encontrar "respostas corretas" à solução de cada situação específica.

Palavras-Chave: Bioconstituição; Princípios da Bioética; Interpretação dos Direitos Fundamentais; Direito à Vida Intra-uterina; Embrião e Nascituro

Resumé: Le reconnaissance de l'embryon comme personnalité juridique est une question très controversée. Simplement parce que si certains voit en lui une espérance de vie, d'autres considèrent que cette "potentialitė" de vie n'est pas suffisante pour lui valoir des droits subjectifs comme les personnes déjà nées. L application du texte constitutionnel dans certaines situation pose des problèmes de vides juridiques ou bien , dans le cas où elle évoquerait ce sujet, elle ne l'approfondit pas suffisamment. Ainsi cela laisse court a l interprétation nécessaire pour la résolution de cas concrets. le droit doit donc intégrer les principes de la bio éthique et c'est de cette façon que le droit sera capable de trouver de "justes réponses" a chaque situation spécifique.

Mots clés: Bio-constitution; Principes de Bioéthique; Interprétation des droits fondamentaux; Droit á la vie intra-utérine; Statut juridique de l'embryon et du foetus

1. INTRODUÇÃO

Estudiosos de grandes questões jurídicas e aplicadores do Direito, sobretudo em questões que tangem às pesquisas genéticas, envolvendo, mais especificamente, embriões humanos, muita vez, encontram dificuldades, naquilo que concerne ao tratamento interpretativo constitucional orientador da Engenharia Genética humana. Isso, justamente, pelo fato de que, se por um lado os avanços científicos produzem seriadas inovações tecnológicas nos campos das Ciências Biomédicas, Tecnogenética, Embriologia e Saúde, cruciais à própria espécie humana; noutra via, trazem consigo indagações e conceitos, alinhavados à "Bioética", "Biodireito" e à "Bioconstituição", acarretando profundas discussões de ordem existencial, na dimensão dos direitos constitucionais fundamentais.

Baracho (2001), há tempos, já exaltava os paradoxos, entre a inviolabilidade da pessoa humana que se vê ameaçada por manipulações excepcionais, com a utilização de técnicas gerais, para o desenvolvimento da pesquisa científica, geralmente, decorrentes das lógicas do desejo e lucro.

Sabido, sim, que os Direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo o "primado à vida" e a "dignidade humana", são o paradigma precípuo de um Estado democrático de Direito. As recentes experiências e descobertas científicas, tangentes à Engenharia Genética, carreiam questionamentos acerca da viabilidade, entre esses dicotômicos campos do conhecimento, à primeira vista, diametralmente contraditórios.

Nesse sentido, doravante, o presente ensaio analisa, justamente, quais as diretrizes, princípios e processos interpretativos mais viáveis, para lidar com essas intrigantes questões concernentes aos direitos fundamentais do embrião e do nascituro, que, mesmo não sendo novidade à criatividade humana, começam a ser viabilizadas faticamente, sem que os ordenamentos jurídicos se tenham firmado de maneira segura.

2. ETIOLOGIA HISTÓRICA DA MANIPULAÇÃO GENÉTICA E DOS EXPERIMENTOS SOBRE A ESPÉCIE HUMANA

O fascínio humano pelo aperfeiçoamento e eternização de sua espécie não é, de todo, novidade que ocupa diversos setores da sociedade atual: desde os noticiários e telenovelas, até o cotidiano dos maiores laboratórios do mundo com especialização em

Genética e a criação de Cursos de Especialização em Bioética e Biodireito[1]. Casagrande (2000) corrobora o raciocínio, afirmando:

> Desde os tempos mais remotos, lendas, mitos e ficções revelam que, pelas mais diferentes razões, a idéia de ser igual ao outro e de padronização do ser-humano já se encontravam no imaginário humano. Basta lembrar "Prometeu" e "Narciso" das lendas e mitologias gregas, "Dorian Gray" de Oscar Wild, no mundo moderno e mais recentemente, "Admirável Mundo Novo" de Aldous Huxley, "Meninos do Brasil" de Ira Levin, e outros.

O sonho da criação dos *Semideuses* já se encontrava alviçarado na Antiguidade, especialmente, pela Mitologia Grega. Esta já combinava o simples mortal, retirando-lhe as fragilidades humanas, com Deuses, dando origem aos *Hércules*, atualmente vislumbrados.[2]

Não é estranho remeter à Bíblia a compreensão de que o fascínio, *v.g.*, da clonagem já habitava a mente humana. De fato, "Gêneses" ao narrar, nos "Primórdios da humanidade", a criação do primeiro homem por Deus que, a partir do pó apanhado no solo, *"insuflou nas suas narinas o hálito da vida, e o homem se tornou um ser vivo"*. Após criar outros seres vivos, Deus teria procedido à primeira "clonagem reprodutiva humana", pois, a partir de partes do corpo de um indivíduo adulto, teria originado um outro igualmente perfeito e completo.[3]

Através de um salto histórico, contextualizam-se tempos mais modernos, a cerca de 70 anos atrás, quando, experiências de duvidosos objetivos e índoles, quanto ao seu conteúdo ético foram, fatores suficientes à condenação de vinte médicos, sob acusação de serem criminosos de guerra, sendo sete delas à morte. O julgamento desses indivíduos, realizado pelo Tribunal (de Exceção) de Nuremberg, afigurou-se fundamental, ante as circunstâncias excepcionais de uma guerra brutal. O episódio acarretou na formulação de um documento, o

[1] Profissionais de diversas áreas vêm voltando seu interesse à qualificação direcionada pelos avanços da Biotecnologia. No Brasil, pode-se citar como exemplo a Universidade de Brasília (Curso de especialização em Bioética), USP e PUC/SP (Disciplina nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito), UERJ (Grupos de pesquisa do Mestrado e Doutorado), entre tantos outros.

[2] Inicialmente, a relação entre História mitológica grega e a Genética, ainda que sem plena consciência de seus criadores, dá-se através dos antigos que procediam às primeiras experiências de manipulação genética, utilizando-se, exclusivamente de animais. Deram origem, portanto a cães com três cabeças e cauda de dragão (*Cérbero*), cavalos alados (*Pégaso*). Mas uma das mais temidas criaturas, fruto de recombinações genéticas múltiplas o mais eclético desses seres é a *Quimera.* Habitualmente, era descrita com cabeça de leão, torso de cabra e parte posterior escamada de um réptil, tal como dragão ou serpente. Há, no entanto, outras representações plásticas, como a de um leão com uma cabeça de cabra em sua espádua[2].Muitos outros são os casos mitológicos que se pode mencionar, haja vista o Centauro, o Minotauro; além de, remetendo-se ao Egito, as Esfinges, Contérfias etc.

[3] "O Senhor Deus fez cair num torpor o homem, que adormeceu; tomou uma das suas costelas e voltou a fechar a carne no lugar dela. O Senhor Deus transformou a costela que tirara do homem em uma mulher e levou-a a ele. O homem exclamou: „Eis desta vez, o osso dos meus ossos e a carne da minha carne! Ela se chamará humana, Pois do humano foi tirada"." (BIBLE, 1989)

"Código de Nuremberg", no qual essas informações foram divulgadas, juntamente, com as primeiras recomendações internacionais sobre a ética nas pesquisas científicas em seres humanos (CARDIA, 2000).

A humanidade inaugurou, dessa maneira, uma nova etapa, caracterizada pelo advento de novos métodos, novas técnicas e do avanço da tecnologia. As atenções começaram a se voltar para a questão Ciência *versus* Ética. A potencialidade dos limites de criação e descobertas do homem, antes absoluto e limitado pela natureza, passa a ceder espaço para um pensamento dialético, entre suas habilidades e seus valores sociais, tendo como limite a própria consciência. As Ciências Biomédicas necessitavam de um paralelo para discutir e definir até onde a evolução das pesquisas poderiam caminhar, ponderadas por dois objetivos: a evolução biológico-cultural e a Ética.

Há mais de 20 anos, antes mesmo de ser demonstrada a clonagem, os psicólogos Willard Gaylin e Daniel Callahan fundam, próximo à cidade de Nova York, o Instituto de Sociedade, Ética e Ciências da Vida, atual *Hastings Center*, a fim de analisar questões filosóficas, religiosas e morais levantadas pela Medicina e pelas ciências da vida como um todo. Como não eram temas atrativos para a época, noticia-se que Gaylin teve a idéia de conseguir fundos levantando uma temática, demasiadamente, preocupante às convicções das pessoas: a "clonagem", justamente por saber o psicólogo que "a clonagem desperta nossos medos mais profundos". (REVISTA GALILEU, 2001)

Destaca-se, ainda, à época, o nome do oncólogo Van Rensselaer Potter, em 1971, criando o termo "Bioética", que se traduz por "um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, objetivando elucidar e solucionar questões éticas provocadas pelo avanço das ciências biomédicas" (CARDIA, 2000). Nessa abertura, as pesquisas passaram a ter como resguardo a colaboração de outras áreas, como Antropologia, Sociologia, Filosofia, Teologia, Psicologia, entre outras. Com o Direito não foi diferente. Inéditos estudos jurídicos foram realizados, trazendo uma nova disciplina, voltada à discussão da Bioética: o *Biodireito* e, tempos depois, *a Bioconstituição*. Descobertas fundamentais na atuação das ciências biomédicas são hoje examinadas ao lado dos Direitos Fundamentais devido ao furor da repercussão causada por este tema que paraleliza o vital equilíbrio entre a vida humana, a ética e os direitos dos cidadãos.

O uso de embriões e nascituros em experiências científicas e as consequências danosas a eles começam a se tornar preocupação da humanidade, diante, especialmete, das aventuras humanas sobre o desconhecido...

Assim, são relatados casos médicos preocupantes, como o de uma mulher engravidou, mediante inseminação artificial, com esperma doado por seu pai, para abortar em seguida e, assim, efetuar o ***transplante das células cerebrais*** do feto em seu progenitor, que era portador do "Mal de Alzheimer" (MARTINEZ, 2002).

Além dos transplantes, os "***abortos parciais***" que chegaram a ser aprovados nos EUA: praticado entre o 7° e 9° meses de gestação, consiste em puxar o nascituro pelos pés, deixando, dentro do útero, apenas a sua cabeça, a fim de promover a sucção do cérebro.

Ainda que não se tratem especificamente de embriões, mas de "nascituros", importa remeter a dois acontecimentos recentes. O primeiro, na Universidade de Dalhouse, Halifax, na Califórnia, em que os rins de fetos foram utilizados para análise de determinadas doenças. O segundo, em que caixas cranianas de fetos humanos, de até 24 semanas, ainda vivos, foram abertas, para fins "acadêmicos", de conhecimento do funcionamento do coração, na Universidade de Stanford, Califórnia (BRITISH MEDICAL NEWS, 1973).

Importa, contudo, compreender o momento da existência, anterior mesmo, à formação do feto: a fase embrionária... Sobretudo, porque os anseios das pesquisas científicas começam a assombrar uma realidade existencial que, de algum modo compreende, ao menos, uma potencialidade de vida.

Em 1960, foram realizadas as primeiras pesquisas com células-tronco; mas, apenas em 1970 essas experiências se começaram a aprofundar. Já em 1988, a empresa Geron Corporation anunciou que os seus pesquisadores James Thomson, da Universidade Wisconsin, em Madison/EUA e JohnGearhart, da Universidade de Johns Hopkins, em Baltimore, EUA, obtiveram êxito em isolar e desenvolver células-tronco embrionárias, provenientes de embriões humanos: "o primeiro isolou as células a partir de embriões fertilizados in vitro não utilizados no respectivo procedimento, enquanto o segundo utilizou células-tronco fetais advindas de fetos abortados." (MARQUES, 2009, p. 58)

Manipulações genéticas, lícitas apenas quando visam à correção de alguma anomalia hereditária do próprio embrião são permitidas no Brasil, por exemplo. Contudo, paralelamente, a mesma „Lei de Biossegurança" brasileira autoriza a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, produzidos *in vitro*, para fins de pesquisa e terapias, com legitimação dada pelo Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de

Inconstitucionalidade.[4]

Diversas outras formas de manipulações genéticas, como o uso de espermatogone ou espermátide; a reprogramação celular, a fim de alterar o limite de vida do nascituro por herança dos pais; congelamento de embriões excedentes; comercialização de embriões excedentes, para fins experimentais, cosmetológicos ou, até – por que não – para fabricação de armas biológicas; Técnicas de utilização de partes embrionário-fetais; enfim.

Assim é que, recentemente, o desencadeamento do "Projeto Genoma", associado às novas técnicas terapêuticas, concomitantes, principalmente às manipulações sobre a vida e desenvolvimento de novas formas de procriação, a utilização do ser humano e de seus elementos implicaram na revisão das normas constituintes dos ordenamentos jurídicos, sendo que, em certas ocasiões, surgem situações emergenciais, até mesmo pelo fato de todas essas descobertas estarem envolvidas em grandes centros, dentre os quais se inclui o Brasil.

Por conseguinte, o ser humano passou a ser protegido por diversos outros instrumentos, em âmbitos físico e psíquico mesmo, através de, não apenas, alterações e criações nas legislações nacional e internacional; mas, ainda, execução de interpretação normativa mais concatenada com as necessidades colocadas pela nova realidade, sentidas na jurisprudência e doutrina.

A tutela jurisdicional também alcança a integridade física do embrião vez que muito se questiona sobre a faculdade que possui o indivíduo de doar seus membros, órgãos do corpo ou embriões, faculdade esta assegurada por lei[5].

Não bastasse, está em debate um dos assuntos mais importantes que até hoje a humanidade já enfrentou, o segredo mais íntimo do homem, que a ciência está revelando: seu código genético, seu destino. Por isso mesmo, importa lembrar a "clonagem humana": uma variação da técnica de transplante nuclear, de há mais de 40 anos utilizada com anfíbios. No entanto, a clonagem da ovelha Dolly, que alvoroçou a comunidade científica e a opinião pública, deu ensejo a reacender a discussão da manipulação do patrimônio genético. Daí a

[4] Cf. a respeito, ADI nº 3510/DF. "Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização - v. Informativo 497." (BRASIL, 2008).

[5] Ao homem é lícita a doação de órgãos, tecidos ou partes do corpo para fins de transplante (art. 199, parágrafo 4º da CF e Lei 9434/97 regulamentada pelo Decreto 2268/97); no entanto, as normas não dispõem acerca da doação de „células", como espermatozóides ou óvulos.

importância, mais uma vez, de se aprofundar, em tão relevante questão, no contexto do ordenamento jurídico vigente e dos princípios fundamentais da Bioética.

Em julho de 1996, em Roslin, na Escócia, nasceu Dolly, uma ovelha da raça *Finn Dorset*. A equipe do embriologista Ian Wilmut, do Instituto Roslin, na Escócia, conseguiu realizar algo que muitos pensavam ser impossível: uma cópia idêntica de um mamífero adulto, produzida artificialmente e de forma assexuada, isso é, sem a participação do gameta masculino. O código genético das duas ovelhas não tem qualquer diferença; foi duplicado, por um procedimento intitulado "clonagem".

Nas eventuais técnicas e processos de clonagem humana, os embriões excedentários (e até mesmo os "usados") acabariam por ser indignificados e degradados à categoria de "*res*", de material utilizável e descartável pelos laboratórios.

Discutem-se, ainda, os danos que podem ser causados aos embriões, em virtude das "criativas" experiências científicas que o homem pode ousar realizar, em busca de seres geneticamente superiores, dotados de determinado sexo, prolongamento da vida, tratamento de doenças ou características outras.

Maria Helena Diniz (2006, pp. 137-138) aponta alguns desses potenciais danos, anotando os seus fatores causadores: ausência de vacinação; transfusão de sangue contaminado no feto; recusa de transfusão de sangue, por motivos religiosos; transmissão de doenças como AIDS ou sífilis; medicação inadequada ministrada à gestante; exposição a terapias radiotivas, *v.g.,* com uso de raio-X; fumo, alcoolismo e outros tóxicos; uso errôneo de hormônios; falha médica durante o parto; uso de abortivos; acidentes, dentre outros.

Mas, ora... A Bioética e o Biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade (DINIZ, 2001, p. 20).

E do ponto de vista do ordenamento jurídico vigente, como poderia ser tratado esse tema dos direitos fundamentais do embrião? No caso do Brasil, mesmo, o ordenamento jurídico ora se mostra atento; ora por demasiado omisso.

Percebem-se princípios gerais fundados na dignidade, respeito, a inviolabilidade, integridade e proteção ao ser-humano, ante ao comércio que hodiernamente se formou assim como a extra-patrimonialidade do corpo humano, a exploração para experimentação, a não

remuneração ao doador e o seu anonimato, a exclusão da ligação biológica entre o doador e a criança, o regime aplicável à transfusão de sangue, a utilização dos órgãos e elementos do corpo humano; a liberdade sexual, a esterilização, a interrupção da gravidez, a vontade de procriação e sua assistência médica, a proteção do embrião humano, a filiação do embrião, a regulamentação dos nascimentos, os efeitos da filiação, a utilização de dados genéticos, a necessidade terapêutica e as garantias judiciárias (CARDIA, 2000).

Enfim, cabe salientar que em diversos países, incluindo o Brasil, os Tribunais têm admitido o direito de a criança acionar o Judiciário para restauração indenizatória, em virtude de dano pré-natal, em face do responsável pela lesão, seja sua mãe, médico ou terceiro.[6]

Não se pode olvidar, e é um dos pontos cruciais da pesquisa, da possibilidade constitucional de se tutelar os embriões e nascituros, de maneira mais atenta, em face dos abusos estatais, mas, ainda, da própria sociedade, reconhecendo-lhes direitos fundamentais, como identidade, ao nome, integridade física, moral, psicológica, saúde, liberdade e, como não poderia deixar de ser, a vida.

3. A SAÍDA PÓS-POSITIVISTA PARA A BUSCA DE "RESPOSTAS CORRETAS", NAS QUESTÕES BIOÉTICO-CONSTITUCIONAIS

É bem sabido que o Direito não regula o comportamento humano. Somenos, consegue acompanhar, com produção de normas, todos os acontecimentos e fatos sociais, pelo que vã seria a tentativa de, a cada passo dado pelo progresso da Manipulação genético-embrionária, querer-se criar uma lei própria a lhe disciplinar.

Como solução possível ao problema formulado, consideremos a seguinte hipótese: diante dos avanços da biotecnologia, especialmente, sobre o material genético humano, os laboratórios resolvam, agora, investir na exploração de embriões humanos, em suas experiências científicas. Bem como na clonagem humana, ou aproveitamento de embriões com conseqüente comercialização, criação de indivíduos descerebrados, para extração de órgãos e transplantes, dentre tantas outras que se podem surgir.

Por verificação dos textos constitucionais, bem como da legislação pátria ou alienígenas, não é possível determinar, com precisão, as inúmeras hipóteses que a capacidade inventiva humana possa alcançar. Isso, porque, se o texto escrito prever uma forma de

[6] Cf., sobre o tema, Lei n° 8.078/90, art. 14, §4°; CCB art. 951.

exploração de embriões proibida, logo vêm os cientistas e inovam na técnica, refugindo ao que seriam tipos legais...

Todavia, a partir da interpretação de direitos fundamentais bioéticos dos embriões humanos, assim denominados, em geral, aqueles que, de algum modo protegem as vidas intra-uterinas, podendo sofrer conseqüências diante desses avanços científicos, ou seja, ligados às questões bioéticas, é possível determinar, qual ou quais as "respostas corretas", para cada caso concreto.

Consideremos ainda a hipótese de alguma questão bioética cotidiana, como aborto, eutanásia[7], anencefalia, perfilhação, reprodução assistida, enfim. Os Tribunais, diante delas, ainda se vêm posicionando, em seus discursos de aplicação, com argumentos meramente religiosos e valorativos, sem uma conexão com princípios orientadores basilares. Necessitam, portanto, de diretrizes misteres à perfeita compreensão da temática, sem se deixar apegar a meras paixões ou conformismos pré-estabelecidos, desconectados da realidade científica hodierna. Para que se tenha uma idéia, eis o acórdão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF n° 54, datado de 31 de agosto de 2007, à época, em sede de decisão cautelar:

> ADPF – ADEQUAÇÃO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – FETO ANENCÉFALO – POLÍTICA JUDICIÁRIA – MACROPROCESSO. [...]
> Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal, nessa ação, mostrou-se ainda desamparado, ao menos de argumentos bioéticos, para a interpretação do Direito Fundamental à vida, diante da questão da anencefalia. O Ministro Marco Aurélio Mello concedeu liminar autorizativa da realização de aborto, por mulheres e médicos, após o diagnóstico de anencefalia fetal. Na opinião de Débora Diniz (2004), "a liminar suscitou enorme discussão na sociedade brasileira, [...]. A cobertura da mídia foi intensa, o que colaborou para um amplo esclarecimento do mérito da ação".

No entanto, o que se percebeu em seguida na Corte Suprema brasileira foi, tão somente, um seriado de abordagens religiosas, morais e passionais, que carregaram o discurso de valores pessoais e, por conseguinte, impuseram uma insegurança jurídica cruel À Democracia.

Ainda, é crucial apontar a polêmica decisão dessa mesma Corte Constitucional, na ADI n. 3.510, em que se argüiu a violação do princípio da dignidade da pessoa humana na

[7] Aqui, incluídas as questões de distanásia, ortonásia, suicídio assistido etc.

extração de células-tronco dos embriões excedentários, em face de dispositivos da „Lei de Biossegurança‟ brasileira (Lei 11.105/05). Do voto do Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, lê-se:

> Era do conhecimento", ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num 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 nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus.

Do mesmo modo, como salientado supra, pelos votos dos Ministros do STF percebe-se esse foco desconcertante. Bem ressalta o Prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2003, p. 451): "a crescente incapacidade de integração sistêmica do direito produz uma dissonância entre a prática dos agentes públicos e o texto constitucional, causando enorme desestima social do complexo normativo...".

Note-se que, a questão bioética ali tratada foi, de certo modo, tão somente, cotidiana. Imagine-se dizer isso, diante das iminentes evoluções da biotecnologia envolvente das pesquisas envolventes de material genético humano...

Daí surge a seguinte indagação: estão os Direitos Fundamentais sendo aplicados com densificação suficiente à satisfação dos objetivos do Estado Democrático de Direto? Sob outro giro, nessas questões Bioéticas, específicas dos embriões humanos e nascituros, os direitos fundamentais não estão recebendo o devido tratamento, especialmente, pela jurisdição constitucional brasileira concentrada?

A resposta é negativa, principalmente ao se considerar que as questões e princípios bioéticos são novidade ainda pouco explorada, no que tange à sua mister interdisciplinaridade com o Direito Constitucional. Este assegura a dignidade da pessoa humana, em especial, com respeito ao direito à vida, saúde, à segurança, à intimidade, liberdade religiosa, dentre tantos outros. No entanto, o texto, desconectado do adequado contexto, refoge aos objetivos de um Estado Democrático, atento às normas jurídicas e sintonizado ao pluralismo social que distingue os diferentes com respeito e tolerância.

3.1. DIRETRIZES BIOÉTICO-CONSTITUCIONAIS À RESOLUÇÃO DOS *HARD CASES*

Reconhecido que se está diante de uma polêmica questão que carece de uma especialização interpretativa, dirigida, *in limine*, pelos "Princípios da Bioética", torna-se, ainda mais necessário, acautelar a aplicação da Constituição e dos próprios direitos fundamentais que lhe são inerentes.

Os direitos fundamentais dos embriões e dos nascituros se verão, certamente, atingidos pelas constantes evoluções proporcionadas pelas ciências biomédicas. Por certo que questões nunca dantes pensadas, especialmente, no que tange à sua interpretação, passam à "ordem do dia", carecendo, portanto, de diretrizes mais afirmadas, para realização e sua efetivação democrática. E nem é cabível dizer – como acontece em alguns debates menos preocupados com a técnica – que não se tratam de „pessoas". Quem assim se dirige, está vinculado a uma concepção puramente civilista de "personalidade". Fala-se, aqui, sim, "levando os direitos a sério", em uma „personalidade constitucional", significativa de capacidade de contrair direitos e obrigações constitucionais (portanto, superiores aos ditames civis, infraconstitucionais), talvez, por se reconhecer no embrião ou no feto um „centro de imputação normatico-constitucional".

Se existem duras contradições interpretativas, no cotidiano dos avanços da manipulação de embriões, naquilo que concerne à Bioética Constitucional, certo é que a questão deve ser elevada ao espectro principiológico, pós-positivista.

A "Teoria dos princípios dos direitos fundamentais", que busca oferecer soluções ao problema da colisão de direitos é um dos caminhos a se seguir para tanto. Isso, porque se responde por uma ponderação, à questão de que uma intervenção em direitos fundamentais esteja justificada. Segundo Alexy (1993, p. 77):

> É um dos argumentos mais fortes tanto para a força teórica como também para a prática da teoria dos princípios que todos os três princípios parciais do princípio da proporcionalidade resultam logicamente da estrutura de princípios das normas dos direitos fundamentais e essas, novamente, do princípio da proporcionalidade. Isso, todavia, não pode aqui ser seguido. Deve ser lançado somente um olhar sobre [...] o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da proporcionalidade, porque ele é o meio para a solução das colisões de direitos fundamentais.

Portanto, nesse ponto, menciona o autor (1993, p. 78) ser a Teoria dos Princípios capaz não apenas de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais, como, ainda, possibilitar um "meio-termo entre vinculação e flexibilidade", o que é

impossível na teoria de regras (que se adstringe à validez ou não de dispositivos legais). Lapidarmente, cita a Constituição brasileira:

> Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição, sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade.

Extremamente saudável a convivência de posições doutrinárias diversas, acerca de interpretações ético-constitucionais, concedidos à temática da manipulação e uso de embriões em experimentos científicos. Muito embora, especificamente, a manipulação de embriões, para fins decorrentes dos avanços mais atuais da biotecnologia e Engenharia Genética – *v.g.*, de clonagem humana – ainda não tenha sido levada à apreciação de um Tribunal Constitucional, diversas questões que permeiam o âmbito da Bioética podem ser apontadas, a fim de se demonstrar as tendências dos Julgadores ao lidar com questões de tamanho melindre. Nem assim se desejava por ser a proposta fundamental, encontrar, através das tendências manifestadas, os meios adequados para resolução de futuras controvérsias no âmbito constitucional.

Assim, questão de abordagem obrigatória, em se tratando do direito fundamental relacionado à dignidade humana, por exemplo, é o descarte de "embriões excedentários inviáveis", tratada, *v.g.*, pela Corte Constitucional do Brasil, em votos embebidos de conceitos fechados e de uma ontologia inafastável ao lado de valores pré-conceituais. Dessa maneira, ainda, denota-se que, no tocante às questões bioéticas, especificamente, tratantes de manipulação do material genético humano, derivado de experiências com embriões, a cautela deveria prevalecer, em especial, nos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos de Direito, que respeitam direitos humanos fundamentais, sempre guiado, quaisquer deles, pelo princípio da dignidade humana.

Submetida uma questão envolvente de direitos fundamentais bioéticos, por exemplo, à apreciação de um Tribunal Constitucional, dados os melindres alavancados, os debates podem se focalizar, também, no aspecto do conflito desses direitos, como aconteceu no caso *Roe v. Wade*. (EUA, 1973) importante que se viabilizem meios de solução dessas controvérsias, ao que a doutrina propõe a análise dos princípios envolvidos. O catálogo de direitos fundamentais, predominante nas Constituições vigentes implica em sua interpretação,

guiada pelos seus diversos métodos tradicionais, os quais, para Robert Alexy (1999, p. 68), "chocam-se logo com limites", dada a "colisão de direitos fundamentais".

Para tanto, recorrer a „Princípios Bioéticos", os jurídicos orientadores das pesquisas em seres-humanos e tantos outros princípios constitucionais é fundamental no labor de alcançar este objetivo específico. Mas para tanto, é necessário estabelecer nítidos liames, entre os princípios, primordialmente, regentes do Biodireito como um todo; e, especificamente, os ético-constitucionais.

Quando se abordam os princípios regentes da Bioética, constante na doutrina ressaltar o Relatório Belmont (1978) que utilizou, como referencial, para as suas considerações éticas, a respeito da adequação das pesquisas realizadas em seres humanos, três princípios básicos: o respeito às pessoas (relacionado ao conceito de dignidade humana); a beneficência (maximizar o bem e minimizar o mal - no contexto da atuação do profissional médico é agir sempre em favor do paciente); e a justiça distributiva (isonomia).

Esses se devem fazem sentir, também, no universo jurídico, através de princípios, como consentimento livre e esclarecido da autonomia, ponderação de riscos e benefícios, relevância sócio-humanitária da pesquisa, dentre tantos outros.

É óbvio que não se alcançarão soluções aprirísticas... Daí a importância de se analisar casos práticos decorrentes dos avanços da Engenharia Embrionária e seus reflexos no meio social- global. Realizar uma abordagem acerca de como vêm sendo encarados os casos concretos, envolventes de questões específicas dos avanços da Biotecnologia e da Engenharia genética, sobre embriões, não poderia deixar de ser objetivo dessas reflexões críticas. Reprodução assistida, desenvolvimento de embriões para retirada e reposição de órgãos, caprichos biotecnológicos precisam ser analisados e ter sua aceitação ou reprovação constatadas no imo social. Quais as repercussões? De que modo estão sendo repassadas essas informações?

Importante, nesse labor, mencionar a doutrina de Peter Häberle que propõe uma teoria de interpretação material da constituição e um método a ser aplicado a uma sociedade pluralista (aberta). Para esse doutrinador (1997, p. 12), a teoria da interpretação constitucional esteve sempre muito atrelada a um paradigma hermenêutico peculiar a uma sociedade "fechada", por vincular seu exercício aos magistrados e instâncias estatais institucionalizadas. Atualmente, o contexto social é outro, pelo qual os destinatários da norma vivenciam outro

esquema de proteção, haja vista, o amparo aos seus direitos fundamentais e sociais. Peter Häberle (1997, p. 13), funda, portanto, seu entendimento, no fato de que:

> No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Disso deduz-se que a legitimidade dessa jurisdição provém do efetivo exercício de uma democracia pluralista na recriação de sua teoria constitucional, mediante a via processual participativa ampla. Nessa teoria de interpretação pluralista, o *procedimental* consiste em constitucionalizar formas e processos de participação (de conteúdo aberto) na tarefa da interpretação constitucional.

Enfim, o cidadão não pode ser excluído dessas análises, sendo-lhe necessária a informação límpida e concreta para que não se formem falsos pré-conceitos decorrentes de manipulações de mídia.

Na tarefa, auxiliando a compreensão acerca das questões alinhavadas à sociedade aberta é importante propiciar a interdisciplinaridade, entre as Ciências do Dever-Ser (Ética e Direito), carreando essas discussões ao nível constitucional. A análise dessas questões, como reiteradamente elucidado, envolve sempre uma inter-relação entre as ciências ética e jurídica. Interpenetram-se dialeticamente, a fim de alcançar os escopos precípuos de cada uma delas, sem deixar de lado os da outra.

José Alfredo de Oliveira Baracho (2001, p. 89), já apontava a tendência de os ordenamentos jurídicos se atentarem para princípios éticos[8] em hipótese de manipulação do material genético humano, por exemplo. Chegava mesmo a afirmar que "os textos legislativos, através de leis bioéticas, passaram a deter-se em disposições relativas à procriação medicalmente assistida, acerca do corpo humano". O constitucionalista alertava que leis passaram a tratar a utilização dos elementos e produtos do corpo humano, naquilo que concerne, mais especificamente, às técnicas de reprodução. Para tanto, mencionara o ordenamento jurídico francês:

[8] A filósofa portuguesa Maria do Céu Patrão Neves (*in* Revistas do Conselho Federal de Medicina) demonstra-se assustada, quanto à possível confusão que venha a ser firmada em relação à Bioética e ao que denomina *Biodireito*. Em suas palavras, ressalta que teme que os conceitos éticos existentes em cada sociedade possam ser codificados ao *bel prazer* de cada país, gerando, perigosamente, uma espécie de *turismo bioético*, possibilitando a muitos que, não atingindo seus objetivos em determinado país, possam valer-se do Ordenamento Jurídico de outros lugares, a fim de serem agraciados. Este o caso que vem sendo relatado pelos meios de comunicação em países como a Itália. Tamanha preocupação é de fato curiosa, mas também é interessante notar que as normas surgem, em virtude da valoração atribuída aos fatos que impulsionam as relações jurídicas constantes na sociedade. E em benefício desta mesma sociedade, é que se voltam tais dispositivos normativos.

> Na França certos princípios estão na Lei 94-653, de 29.07.1994, relativa ao corpo humano, sendo que a assistência médica e a procriação estão definidas no art. L. 151-1 do Código de saúde Pública; as práticas clínicas e biológicas permitem a concepção *in vitro*, a transferência de embriões e a inseminação artificial, bem como toda técnica equivalente que permite a procriação, em substituição do processo natural.

E continuava Baracho (2001, p. 89), mencionando a interdisciplinariedade mister às questões sob comento:

> A legislação tem tratado dos beneficiários, de seu objeto e consequências. A preferência legal, o consentimento, os princípios do anonimato e da gratuidade, bem como o enquadramento extralegislativo, são vistos, também, à luz dos textos deontológicos e dos textos éticos, os protocolos e as recomendações.

Enfim, à Humanidade é posta uma „questão de ordem", no caminhar de suas dimensões de direitos fundamentais, ao menos, no que tange, à interpretação de suas Constituições. Como o constitucionalismo moderno lida e para onde tendencia, no que tange às questões bioéticas, relacionada à manipulação de embriões e nascituros é de especial relevância, substancialmente, uma vez revelados alguns dos aspectos necessários à compreensão da temática. Importante se denotar de que modo o dogma do humanismo jurídico encontrará guarida nas decisões dos Tribunais constitucionais.

Disso tudo, depreende-se que o respeito à dignidade humana é paradigma inconteste nos Estados Democráticos de Direito. Mais além, seu reconhecimento, aliado à Bioética e ao Biodireito vêm adquirindo sentido, cada vez mais, humanista em consonância com o sentido de justiça. Os direitos inerentes ao ser-humano e fundamentais à satisfação de suas necessidades pessoais adquirem maior relevo, no sentido de observância da preservação de sua integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade (DINIZ, 2001, p. 20).

4. CONCLUSÃO

É inafastável o enfretamento das questões bioéticas tangentes à vida intra-uterina pelo Direito Constitucional. Nessa tarefa, o esforço hercúleo se dará, com maior afinco, na interpretação dos Direitos Fundamentais e sua incidência, também, sobre o embrião ou qualquer outra nomenclatura que busque distinguir as suas fases de desenvolvimento, anteriores ao nascimento.

Nos atuais contexto e paradigma constitucionais, principalmente, pela iminente carência, no que tange ao estabelecimento de precisos limites constitucionais, seus princípios, respectivo alcance e flexibilizações, justifica-se a preocupação. Os direitos fundamentais do

homem servem de orientação aos, constitucionalmente, claudicantes (em matéria de Bioética e Biodireito) ordenamentos jurídicos que se vêm, sob a necessidade de internacionalização de suas regulamentações e dogmas constituintes, especificamente, em questões relacionadas aos embriões e nascituros.

Essas e outras colocações, abordadas, substancialmente, com enfoque dos direitos fundamentais, conduzem a reflexões que não podem resumir-se, exclusivamente a um campo do conhecimento, apenas, como o seria com o jurídico. É necessária, ainda, a interdisciplinaridade, reflexões ético- filosóficas de profundidade extrema, mas das quais não se pode negar a mister relevância. Justamente, porque a Bioética tem como objeto a problematização dessas questões e pode, portanto, servir de instrumento, de amparo à Ciência Jurídica.

Isso significa que as ciências do Direito e da Bioética se devem aliar, substancialmente, para buscar o repúdio a qualquer ato que tenha por meios ou escopos qualquer traço de ofensa à dignidade humana. Mesmo que as justificativas sejam as mais nobres possíveis, o direito deve sempre estar atento ao sentido ético que importarão as condutas almejadas pelos cientistas.

Exsurge daí, a necessidade de se discutir, especialmente, os limites éticos e jurídicos da pesquisa biotecnológica em embriões: se devem existir e quais seriam estes limites, com fulcro no paradigma constitucional dos direitos fundamentais. No entanto, a balanceada e interdisciplinar resposta ético-jurídica, mister à solução das cotidianas e eminentes questões bioéticas não foram, até o momento, tratadas com a devida profundidade e inteireza necessárias pela maioria dos profissionais e autoridades competentes para tanto.

Os sujeitos do Biodireito Constitucional em geral- Tribunais e seus magistrados; juristas doutrinadores, Conselhos de ética e Associações profissionais da área de saúde e pesquisa, Comissões de Bioética e Biodireito, enfim- possuem iminente interesse na temática, vez que buscam parâmetros mais fundamentados à sua atuação laborativa. O trabalho interpretativo Constitucional a ser desempenhado necessita de amparos comparativos, principalmente, se rememorar a questão dos Direitos Humanos Fundamentais e iminente necessidade de sua internacionalização.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais possuem relevante papel na organização dos Estados democráticos de direito o que deve ser analisado sob a ótica do surgimento do constitucionalismo e sua evolução até o presente paradigma.[9]

Por mais direitos fundamentais que se possa arrolar nas Constituições, porém, sempre há espaço para mais, vez que a identidade constitucional é aberta. A temática é constante na doutrina constitucional, pelo que cita-se a contribuição de Loewenstein (s.n.t., p. 390):

> *Entre todos los límites impuestos al poder del estado se considera que el más eficaz es el reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual en los que el Leviatán no puede penetrar, El acceso a estas zonas prohibidas está cerrado a todos los detentadores del poder, al gobierno, al parlamento y, dado que los derechos fundamentales son "inalienables", también al electorado.*

Continua sua lição, dizendo que essas esferas privadas, dentro das quais os destinatários do poder estão livres da intervenção estatal, coincidem com o que se convencionou chamar, há quase trezentos anos, *direitos do homem* ou *liberdades fundamentais*. E continua:

> *Siempre que estos derechos se refieren a la familia, al matrimonio, a la religión y a la educación, se trata más que de libertades individuales de instituciones básicas de orden social liberal occidental, siendo anteriores a qualquer constitución; cualquier alusión constitucional tiene, pues, tan sólo un valor declarativo. Otros derechos, especialemente los que hacen referencia a la vida, a la libertad personal y a la propriedad, están estabelecidos en las diferentes constituciones como derechos legalmente protegidos y exigibles. Aunque están sometidas a una interpretación*

---

[9] É importante frisar que as origens das liberdades individuais e do constitucionalismo não são as mesmas. Num primeiro momento, os homens que fizeram as Constituições acreditavam estar verdadeiramente instituindo a *liberdade*. Esta, característica distintiva dos homens, no entender de Aristóteles, tinha o sentido de dar-lhes o direito de fazer tudo aquilo que desejassem, desde que dentro da lei. LOEWENSTEIN, Karl. (s.n.t. p. 393) (tradução nossa) revela: *"A idéia de que o cidadão [...] tinha que possuir direitos próprios, distintos de suas obrigações frente à comunidade, foi completamente alheia à democracia hebréia, à Cidade-Estado grega e à República Romana. Os pensadores políticos gregos acreditavam piamente que a personalidade humana só poderia desenvolver-se plenamente quando estivesse integrada e subordinada no Estado onipotente e os pragmáticos políticos de Roma compartilharam essa concepção."*

A liberdade do cidadão em seu sentido atual surge nas constituições antifeudalistas e na ordem social das cidades- Estado medievais na Itália e norte e ocidente da Europa, muito embora tenham fracassado a princípio, só vindo a se consolidar na Revolução Gloriosa, segundo lição de Loewenstein[9]. Esse sentido moderno é oposto ao da Antiguidade: fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíba. É a concepção de liberdade burguesa, criticada por Hegel, dado seu vazio pelo simples apego à matéria. Isso causa ao homem frustração, pois, na medida em que ele alcança aquilo que desejava, sempre quer algo maior.

Essa primeira idéia de liberdade pressupõe, também, a *igualdade* ou justiça: "tratar desigualmente aos desiguais". Claro que, para os homens da época, a igualdade só se colocava para os iguais. Embasavam esse entendimento, no fato de que, apenas aqueles que contribuíam estavam aptos a receber benefícios. Mas com o tempo, cai esse mundo e os direitos deixam de ser prerrogativas ligadas ao local e condições de nascimento.

A lei não pode tratar distintamente as pessoas em razão de seu nascimento. Pessoas absolutamente capazes, com série de dons, foram cerceados em seus direitos e ainda o são pela sociedade. A modernidade vai se caracterizar por uma complexidade, trazendo à tona a possibilidade de se discutir o *modus vivendi*.

> *variable debido a la diferencia del ambiente donde estén en vigor, estas garantías fundamentales son el núcleo inviolable del sistema político de la democracia constitucional, rigiendo como principios superiores al orden juridico positivo, aun cuando no estén formulados en normas constitucionales expresas. En su totalidad, estas ibertades fundamentales encarnan la dignidad del hombre.*

José Alfredo de Oliveira Baracho (2001, pp. 149-150) lembrava que "a localização dos direitos fundamentais nas constituições dos Estados de democracia pluralista é constante", inclusive, procurando-se, atualmente, a "conciliação equilibrada dos interesses individuais, com os de caráter coletivo ou geral". Continuava sua lição, para mencionar:

> A proteção constitucional de um interesse individual, através da figura jurídica do direito público subjetivo, está assentada no reconhecimento da existência de um interesse social considerado de caráter individual. Quando a Constituição do Estado protege um interesse coletivo, o faz em função tanto do interesse da coletividade, quanto da perspectiva dos interesses do indivíduo.

Todas essas mudanças possibilitam a visão de uma nova sociedade...

> *Desde entonces hasta nuestros dias, las garantías de los derechos fundamentales pertencen a la essencia del Estado democrático constitucional e infunden la ideología liberal democrática en las constituciones de los siglos XIX y XX. [...] En lo sucessivo, ninguna constitución podía aspirar a ser una verdadera constitución si no unía la regulación de la estructura gubernamental com el catálogo de las liberdades clássicas. El Estado constitucional se identificó com la acepción de los detentadores del poder. La victoria al nivel mundial culminó en la Declaración universal de los derechos del hombre por las Naciones Unidas (1948)* (LOEWENSTEIN, s.n.t., p. 395).

Sendo assim, os antagonismos são expressos e, detectados os riscos, busca-se o melhor meio de se alcançar os objetivos. O direito pode ser usado como instrumento de expectativa e assume sua função pedagógica de restauração da ordem natural. O direito busca regular condutas que são possíveis, sem pretensão de as impedir, mas, apenas, de minimizá-las. Por certo que o Direito moderno tem que ter uma estrutura capaz de incentivar os indivíduos a serem homens bons; sem obrigar-lhes a tanto.

Estabelecidas essas considerações, cabe concluir, destacando que, ao se mencionar essa especial proteção de direitos fundamentais bioéticos do embrião, tem-se em mente, incialmente, seu direito à vida, intimidade, saúde, personalidade e dignidade humana, como os marcos à ampliação dos debates e colação de outros, porventura pertinentes. Disso decorre a necessidade, cada vez maior, de estudos aprofundados, no campo específico da Bioconstituição e da Bioética. Tanto de seus princípios, quanto dos princípios jurídicos orientadores das pesquisas em seres humanos. Quais os reais alcances? De que modo se coadunam e interagem? Como se dá a ponderação e quais os efeitos da eventual "colisão" desses princípios. Tudo isso é mister para uma adequação ao constitucionalismo vigente nos Estados Democráticos de Direito, através da Jurisdição constitucional participativa, somente

assim, será possível fundamentar a interpretação dos "direitos fundamentais do embrião", fazendo exsurgir e fortalecer a idéia de „Bioconstituição".

5. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABERNATHY, Charles F. ***Law in the United States***: cases and materials. Washington: International Law Institute, 1995. p. 256-438

ALEXY, Robert. ***Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático***. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 217:67-79, jul.-set. 1999.

ALEXY, Robert. ***Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático***. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 217:55-66, jul.-set. 1999.

ALEXY, Robert. ***Teoria de los derechos fundamentales***. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. ***Efeitos do pronunciamento judicial de inconstitucionalidade no tempo***. In: Cadernos da pós-graduação, *Teoria geral do processo civil*. mar. 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. ***Medicina, biologia, bioética e direito no quadro do direito privado geral***. *Revista de direito constitucional e internacional*. Cadernos de direito constitucional e ciência política. Ano 9 jan.-mar. 2001, n° 34. Instituto brasileiro de direito constitucional. RT Editora, p. 89.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. ***O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica (cidadania e ciência)***. Disponível em <www. jurisconsultas.homepage.com/ artigos.htm>. Acessado em 12 abr. 2000

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. ***O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica***: cidadania e ciência. Capturado em 14 maio 2001. Disponível em: <http://www.jurisconsultas.homepage.com/ artigos>

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. ***Revista de direito constitucional e internacional.*** Cadernos de direito constitucional e ciência política. Ano 9 jan.-mar. 2001, n° 34. Instituto brasileiro de direito constitucional. RT Editora, p. 89.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. ***Direito ao Patrimônio Genético.*** Almedina, Coimbra, 1998.

BIBLE. ***Traduction Oecuménique de la Bible***. 3 ed. Paris: Éditions du Cerf; Perrefitte: Société Biblique Française, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ***ADI 3510/DF***. Informativo 508. Brasília: 26 a 30 de maio de 2008.

BRITISH MEDICAL NEWS, s.l., s.e., April 2, 1973

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito constitucional e Teoria da Constituição***. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1069-1163

CARDIA, Luís Augusto Mattiazzo. ***Biodireito***: em defesa do patrimônio da humanidade. *In* Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1836>. Acesso em 12/04/2000.

CARNEIRO, Bianca Bárbara Malandra e outros. ***A transferência de embriões excedentários heterólogos após a dissolução da sociedade conjugal***. Salvador: Bacharelanso em direito da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: . Acesso em: 21 de maio de 2008.

CASAGRANDE, Elizabelti. ***Clonagem***: possibilidades e limites. *In* Bioética: estudos e reflexões. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2000. v. 1, p. 144.

DANTAS, Ivo. ***Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional***. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1995, pág. 59.

DIAFÉRIA, Adriana. ***Biodiversidade e patrimônio genético no Direito Ambiental brasileiro***. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 36-40

DINIZ, Débora. ***Anencefalia e Supremo Tribunal Federal.*** Conselho Regional de Medicina Do Estado Da Bahia.. Brasília: Letras Livres, 2004. p. 7-8.:

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

DWORKIN, Ronald. ***Los derechos en serio*.** Barcelona: Ariel, 1984.

DWORKIN, Ronald. ***O império do direito*.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald; NAGEL, Thomas *et* al. ***Assisted suicide***: the philosophers‟ Brief. S.n.t.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. ***Roe v. Wade***, 1973, 410, U.S. 113.

FARIAS, Paulo José Leite. ***Limites éticos e jurídicos à experimentação genética em seres humanos***: a impossibilidade da clonagem humana no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <www. jurisconsultas.homepage.com/artigos> Aceso em 01 nov. 2001.

GARCIA, Maria. ***A inviolabilidade constitucional do direito à vida***. A questão do aborto; necessidade de sua descriminalização; medidas de consenso. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo 24:73 e s., 1998.

GRANDE, Lydia Feito. ***¿Por qué Bioética?*** *In*: Estudios de Bioética. Madrid: Dykinson, 1997.

GUTIÉRREZ, Graciela N. M. de Estrella. ***Bioderecho***. Buenos Aires: Abeledo -Perrot, 1998.

HÄBERLE, Peter. ***Hermenêutica constitucional***: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. ***Teoría de la constitución***, s.n.t., p. 390.

MARQUES. Rafaela Lourenço. **Pesquisa com embriões excedentários e o princípio da dignidade da pessoa humana, em face da lei de biossegurança**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 56-69, abr./jun. 2009

MARTIN, Leonard M. ***Eutanásia e distanásia***. *In*: Iniciação à bioética. 1998

MARTINEZ, Stella Maris. ***Manipulação genética e direito penal***. IBCCrim, 6:62. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. ***Jurisdição Constitucional***. São Paulo: Saraiva, 1996. p.275.

PECES- BARBA, Gregorio. ***Derechos fundamentales***. 2. ed. Madrid: Biblioteca Universitária Guadiana, 1976. p. 81

PERGOLESI, Ferruccio. *Sistema delle fonti normative*. 3. ed. Bolonha: s. ed. 1949.

REVISTA GALILEU. Out. 2001. Ano 11. n°23. p. 44. ***A um passo da clonagem humana: o medo e a fascinação***.

RIBEIRO, Celso; BRITO, Carlos Ayres de. ***Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais***. São Paulo: Saraiva, 1982.

SAMPAIO, José Adércio Leite. ***A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional.*** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. ***Crise e desafios da Constituição***. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. ***Hermenêutica e jurisdição constitucional.*** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. ***Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais***. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996. p. 231.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. ***Um exame crítico-deliberativo da legitimidade da nova ordem econômica internacional***. P. 451. *In*, SAMPAIO, José Adércio Leite. (op. cit. 2003).

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. ***Jurisdição constitucional democrática***. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

UNITED STATES OF AMERICA. ***The Belmont Report****: Ethical Guidelines for the Protection of Human Subjects*. Washington: DHEW Publications (OS) 78-0012, 1978.

UNITED STATES. ***Lochner v. New York***, 198 U.S. 45, 76, 25 S. Ct. 530, 547, 49 L.Ed. 937 (1905).

UNITED STATES. ***Roe v. Wade***, 410 U.S. 113, 35 L.Ed. 2d. 147. Argued Dec. 13, 1971. Reargued Oct. 11, 1972. Decided Jan. 22, 1973.

VALDES, Jorge Tapia. ***Hermeneutica Constitucional***: La Interpretación de la Constitución em Sudamerica. Chile, Editorial Jurídico do Chile, 1973.

WOLFE, Chiristopher. ***La Transformación de la Interpretación Constitucional***. Madrid, Civitas, 1991.

DO DIREITO FUNDAMENTAL À REALIZAÇÃO DO PROJETO HOMOPARENTAL POR MEIO DA UTILIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO IMPLEMENTATION OF THE HOMOPARENTAL PROJECT THROUGH USE OF ASSISTED HUMAN REPRODUCTION

Caio Eduardo Costa Cazelatto [*]

Letícia Carla Baptista Rosa [**]

RESUMO: Com a dinâmica da estrutura da família, vários valores são incorporados constantemente por essa instituição. O ato de procriar passou a ser opcional para configurar o seio familiar. Com o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal das uniões homoafetivas como entidade familiar, houve também o revestimento do direito fundamental à realização do projeto parental por esses casais. Dessa forma, os casais homoafetivos buscam por meio da utilização da reprodução humana assistida exercer o direito ao planejamento familiar, já que são impossibilitados de concretizá-lo por vias naturais. Quanto aos métodos de concepção artificial com maior relevância a esses, apresentam-se a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* heterólogas, bem como a maternidade substitutiva e a adoção de gametas. Adverte-se que a falta de observância à paternidade responsável quando do exercício do planejamento familiar gera consequências prejudiciais à sociedade, bem como a prole oriunda desse casal. A ausência de legislação pátria que regulamente a utilização dessas técnicas faz com que o Poder Judiciário seja o responsável para dirimir os conflitos perante a relação analisada.

PALAVRAS-CHAVE: Homoparentalidade. Planejamento familiar. Reprodução humana assistida.

ABSTRACT: With the dynamics of family structure, multiple values are constantly incorporated by this institution. The act of procreation has become optional for configuring the family bosom. With the Supreme Court's recognition of same sex unions as a family entity, there was also the fundamental right to the parental project for these couples. In this way, the homoaffective couples seek through the use of assisted human reproduction to exercise the right to family planning, since they are unable to implement it by natural means. Artificial design methods with greater relevance to these, artificial insemination and heterologous in vitro fertilization, as well as the substitutionary maternity and adoption of gametes. Warns that failure to comply with the responsible parenthood when family planning exercise generates harmful consequences to society, as well as the offspring from this couple. The absence of legislation regulating the use of these homeland techniques makes the Judiciary responsible for the resolution of conflicts in this relationship.

[*] Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá.

[**] Professora universitária da Faculdade Metropolitana de Maringá, graduada pelo Centro Universitário de Maringá, especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina e mestre pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá.

KEY WORDS: Homosexual parenting. Family planning. Assisted human reproduction.

1 INTRODUÇÃO

As crescentes mutações axiológicas, sociológicas e psicológicas da instituição familiar exigiram novas respostas do Direito, visando à manutenção da tutela e da efetivação de direitos basilares aos seres humanos.

Denominar a composição de uma família tornou-se tarefa trabalhosa aos pesquisadores, principalmente aos juristas, já que sua estrutura está mais dinâmica e democrático-afetiva[2].

Essa milenar instituição engloba, hodiernamente, uma pluralidade de elementos em sua formação, tais como o afeto, o companheirismo, a solidariedade e a ajuda mútua entre seus membros, o que possibilitou o reconhecimento da união homoafetiva nos cenários social e jurídico.

Apesar de sua constituição não ser definida pelo ato de procriar, aos indivíduos que o almejarem como elemento integrador, o Poder Público deverá - negativa e positivamente – protegê-lo, respeitá-lo e promovê-lo, independentemente da orientação ou estado civil dos interessados, desde que os mesmos observem a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o melhor interesse da criança.

O desejo de constituir prole nada mais é do que o desenvolvimento do planejamento familiar, que é um direito fundamental de todo ser humano. Em muitos casos, como as famílias homoafetivas, essa realidade se encontra limitada ou impossibilitada de concretizar-se por vias naturais, sendo necessário recorrer às técnicas de concepção artificial.

Em âmbito de controvérsias jurídicas acerca do direito à reprodução humana assistida, em que a mesma não está regulamentada expressamente na Constituição Federal, busca-se subsidiar o amparo jurídico e bioético adequado e, para isso, toda a pesquisa será fundamentada sob a ótica do direito fundamental ao exercício do planejamento familiar, ao direito à saúde sexual, à liberdade e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Pretende-se, assim, por intermédio do método teórico, com respaldo na doutrina jurídica e na legislação brasileira, explorar o desenvolvimento da homoparentalidade, analisando o direito fundamental ao planejamento familiar de casais homoafetivos. A partir disso, apresentar as técnicas disponíveis de reprodução humana assistida aos casais

[2] Expressão utilizada por Caio Mario da Silva Pereira. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil***:** direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, p. 27.

homoafetivos e, de igual modo, examinar os conflitos perante os institutos da doação e adoção de gametas e da maternidade substitutiva.

2 DA HOMOPARENTALIDADE

O termo homoparentalidade foi utilizado pela primeira vez em 1996, pela Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicos (APGL), na França, com base no neologismo *homoparentalité*,[3] direcionado às famílias que constava com pelo menos um dos pais homossexual.[4]Essa denominação foi difundida no ambiente científico com o intuito de resgatar, por meio de debates e pesquisas, as famílias homossexuais da segregação social.[5]

Trata-se de um novo arranjo familiar que se desenvolveu no vínculo afetivo entre duas pessoas do mesmo sexo, com prole ou não, ou mesmo entre uma pessoa homossexual e prole, exercitando dessa forma a parentalidade. Inclui-se nesse rol, de acordo com Elisabeth Zambrano, não somente a relação homossexual, como também a travesti e a transexual.[6] Já Marianna de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia esclarecem que "o conceito de homoparentalidade refere-se à capacidade de pessoas com orientação sexual homossexual exercerem a parentalidade".[7]

Salienta-se que a homoparentalidade distingue-se da homossexualidade, nesse sentido Anna Paula Uziel afirma que a homossexualidade se refere ao exercício da sexualidade, enquanto que para o exercício da parentalidade não se exige exercer a sexualidade.[8] Dessa forma, optou-se por recorrer à expressão homoparentalidade para nomear

[3] ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 182. No entanto, apesar de Elisabeth Roudinesco designar o ano de surgimento da expressão como em 1996, Elisabeth Zambrano, Martine Gross e Anna Paula Uziel que o ano de criação da expressão foi em 1997. (ZAMBRANO, Elisabeth. Parentalidades "impensáveis": pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. *Horizontes antropológicos*. Porto Alegre, v. 12, n. 26, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0104-71832006000200006&script=sci_arttext . Acesso em: 23 nov. 2012; GROSS, Martine. L'Homoparentalité. Paris: Le CavalierBleu, 2009; UZIEL, Anna Paula. *Família e homossexualidade:* velhas questões, novos problemas. Tese (Doutorado pela Universidade Estadual de Campinas). Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2002, p. 59 (nota 29).
Tese (Doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas). Campinas: Núcleo de Estudos da População da Universidade Estadual de Campinas, 1993, p.

[4] UZIEL, Anna Paula. *Homossexualidade e Adoção*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 59.

[5] GROSS, Martine. L'Homoparentalité. Paris: Le CavalierBleu, 2009, p. apud OLIVEIRA, Daniela Bogado Bastos de. *Famílias contemporâneas*: as voltas que o mundo dá e o reconhecimento jurídico da homoparentalidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 57.

[6] ZAMBRANO, Elisabeth. op. cit.

[7]FARIAS, Marianna de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. *Adoção por homossexuais*: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2012, p. 68.

[8] UZIEL, Anna Paula. Op. cit., p. 58.

o exercício da parentalidade por homens e mulheres homossexuais ou pelo casal homoafetivo, com filhos ou não.

É fundamental destacar, de igual modo, que todo indivíduo - independentemente de sua orientação sexual ou de seu estado civil - é capaz de participar de maneira responsável e afetiva dos papéis do instituto familiar, seja como filhos, irmãos, tios, sobrinhos, primos, assim como pais ou mães.

No dizer de Almir Gallassi, a cultura vivida ao longo dos anos e o conservadorismo familiar que passam tradicionalmente de geração a geração, não são capazes de eliminar os obstáculos culturais e estigmas perante os homossexuais, acarretando a estes limitações ao convívio social.[9]

A cultura de exclusão acerca da homoparentalidade, em que o cerne da discussão é fundamentado no estereótipo do indivíduo homossexual como desajustado, sem caráter e ligado à promiscuidade, deve ser extinta, uma vez que essas premissas não resultam em verdades, e sim em preconceitos.

Elisabeth Roudinesco relata que a homoparentalidade só passou a ter contornos notórios a partir dos anos de 1965 a 1970, momento o qual grupos de gays e lésbicas passaram a expressar seus desejos de constituir o núcleo familiar homoafetivo. Esses movimentos de emancipação de minoria destacaram-se em decorrência da intensificação de suas lutas contra a criminalização da homossexualidade.[10] Foi a partir disso que emergiu a possibilidade de reconhecimento da homoparentalidade, até então cercada por estigmas e preconceitos.

3 DO DIREITO À REALIZAÇÃO DO PROJETO HOMOPARENTAL

O legislador brasileiro regulamenta o planejamento familiar no art. 226, § 7º da Constituição Federal, fundamentando-o nos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança. De igual modo, esse instituto é amparado pela Lei n. 9.263, em seu art. 2º, sancionada em 12 de janeiro de 1996, que o descreve como o conjunto de ações de controle da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

[9] GALLASSI, Almir. O preconceito, a discriminação e a intolerância, os obstáculos para a inclusão social nas opções sexuais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (orgs.). *Estudos sobre os direitos fundamentais de inclusão social*: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2012, p. 4.
[10] ROUDINESCO, Elisabeth, op. cit., p. 170.

É notório que a legislação pátria em nenhum momento restringe a compleição do projeto familiar considerando a orientação sexual ou o estado civil dos interessados, possibilitando a constituição do projeto homoparental, que é o exercício do direito ao planejamento familiar pela família homoafetiva.

Segundo Maria Berenice Dias, enquanto houver segmentos que sejam alvo de exclusão social e tratamento desigualitário, de nada adiantará garantir o respeito à dignidade humana e à liberdade, em decorrência de que não haverá de fato um Estado Democrático de Direito.[11]

Do mesmo modo, José Joaquim Gomes Canotilho entende que a igualdade não pode ser a simples aplicação positivista da lei, necessitando ser analisada em sentido material, na realização do próprio Direito, ou seja, com uma função antidiscriminatória na garantia dos direitos fundamentaisde grupos minoritários.[12] Sendo assim, a igualdade em uma sociedade democrática deve ser vista como um valor supremo para os indivíduos, no sentido de sua concretização.

Sobre o sentido substancial da igualdade bem enfatiza Aristóteles que justiça é igualdade, embora não para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si e para aqueles que são desiguais entre si. Para os indivíduos iguais o justo e certo seriam ter a parte que lhes cabe, consistindo a igualdade e a identificação entre pessoas, pois dar o desigual a iguais é contra a natureza, e o que é contrário à natureza não é bom.[13]

Seguindo esse raciocínio, Geoger Marmelstein afirma:

> Com relação à discriminação envolvendo homossexuais, não há nada na CF/88 que autorize a conclusão de que seja possível limitar direitos por questões de opção sexual ou que os casais de pessoas do mesmo sexo podem sofrer restrições jurídicas decorrentes da sua condição.[14]

Dessa maneira, qualquer restrição à orientação sexual infringe a igualdade entre as pessoas, bem como a dignidade da pessoa, da afetividade, da liberdade, dentre outros.[15] A

[11] DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e Direito Homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 359.
[12] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 381-386.
[13] ARISTÓTELES. *Política.* 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 228.
[14] MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 201. p. 87.
[15] DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. In: *Conversando sobre a homoafetividade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

realização integral do ser humano somente ocorre com a preservação de sua dignidade, e esta inclui o direito ao livre exercício da sexualidade.[16]

Discorrendo acerca do tema, Maria Berenice Dias afirma que ninguém poderá alcançar a satisfação pessoal se não tiver assegurado o respeito ao exercício de sua sexualidade, que é um direito fundamental e que decorre da própria condição humana.[17]

Luiz Edson Fachin assinala que, a partir do texto constitucional, que assegura a liberdade, a igualdade, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, tem-se a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.[18] Assim, é inconstitucional qualquer tipo de limitação de modelos familiares em decorrência dessa orientação.

Assim, é inconstitucional qualquer tipo de limitação de modelos familiares em decorrência dessa orientação sexual dos pais e que não respeite a liberdade que o individuo tem de se relacionar com quem bem entender.

A própria família hodiernamente constitui-se segundo José Sebastião de Oliveira na:

> Liberdade. Esta é a palavra central que permeia todas as novas espécies de constituição familiar. Liberdade para escolher o parceiro, liberdade para expandir suas aptidões pessoais; liberdade de diálogo; liberdade contra o falso moralismo que ainda está impregnado nos discursos de alguns grupos sociais; liberdade para ser feliz.[19]

Ademais, o direito a liberdade de estabelecer o planejamento familiar ou conviver afetivamente com alguém está arraigado nas liberdades civis implícitos dentro do texto constitucional, bem como o direito a filiação, ou seja, de realizar seu projeto parental.

Destarte, em âmbito de direito constitucional os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, significando que as normas constitucionais são "dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam", não fazendo qualquer distinção ou observação com relação à orientação sexual para sua efetivação.[20]

Zulmar Fachin leciona que os direitos fundamentais são autoaplicáveis, não precisam de uma regulamentação para serem aplicados aos casos concretos. Sua autoaplicabilidade está

---

[16] DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva*: o preconceito & a justiça. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.
[17] DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 231.
[18] FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente (coord.). *A nova família*: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 114.
[19] OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 144-145.
[20] SILVA, José Afonso da.*Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 408.

prevista na própria Constituição Federal no § 1º do art. 5º.[21] De igual modo, o jurista entende que os mesmos são caracterizados por serem válidos em todos os lugares, em qualquer tempo, bem como aplicáveis a todo ser humano.[22]

Os direitos fundamentais possuem limites que lhe são externos e internos, os primeiros estão relacionados à fixação de seu âmbito de proteção em torno de seu núcleo essencial e de sua extensão jurídica, enquanto que os segundos estão relacionados com o seu exercício harmonizados com os direitos das demais pessoas.[23]

Por esse motivo, somente dentro desses limites é que o direito fundamental poderá ser identificado como ilimitado.[24]

Dessa forma, os direitos fundamentais podem sofrer limitações desde que, não tragam insubsistência do núcleo essencial da norma fundamental pela proibição do excesso da atuação estatal ou pela proibição da proteção insuficiente criada pela omissão estatal.[25]

O sistema jurídico constitucional também admite direitos fundamentais que estão implícitos à Constituição Federal, que constituem direitos que não estão formalmente previstos na Constituição, no entanto, decorrem do regime e dos princípios adotados por ela.[26]

Ademais, a Constituição Federal de 1988 inovou ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, aqueles previstos nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a mesma está atribuindo aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja a natureza de norma constitucional.[27]

Dessa forma, por força do artigo 5º, § 2º, a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos direitos enunciados em tratados internacionais natureza de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata.[28]

---

[21] FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 245-246.
[22] Ibidem,p. 316.
[23] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 267.
[24] OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriça (orgs.). *Direitos humanos:* um olhar sob o viés da inclusão social. Birigui: Boreal, 2012, p. 105.
[25] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 335-347
[26] FACHIN, Zulmar. op. cit., p. 247.
[27] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17.
[28] CUNHA JUNIOR, Dirleyda.*Curso de direito constitucional.* 3. ed. Bahia: Jus Podivm, 2009, p. 632.

É o que ocorre com relação ao art. XVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos[29] que estabelece sem fazer qualquer restrição para homens e mulheres, desde que na idade adequada ao casamento de terem o direito de casar e constituir uma família.

O que ainda hoje só tem sido permitido aos casais homoafetivos por meio de decisões judiciais, mesmo com a Constituição Federal preconizando que todos são iguais perante a lei.

Ainda com relação à vedação ao tratamento discriminatório, a própria Constituição Federal dispõe que a lei é igual a todos independente de qualquer distinção. Também a Declaração Universal dos Direitos dos Homens reafirma o valor da igualdade a ser observado no Estado brasileiro.

Em uma análise sistêmica do artigo primeiro da Declaração está evidente a igualdade, onde todos os homens são iguais em dignidade e direitos, devendo, sobretudo agir com relação aos outros com fraternidade[30]. Já o art. VI[31] expõe o direito que todos os indivíduos têm de ser reconhecidos como pessoa, enquanto que o art. VII[32] preconiza novamente a igualdade entre os seres humanos.

Posteriormente à Declaração Universal, o Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos de 1966, principal tratado internacional de direitos civis e políticos fez uma referência ao sexo em seu art. 2º, § 1º[33] para o direito a não discriminação e no art. 26[34] para o direito à igualdade perante a lei.

---

[29] "Artigo XVI 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução". (DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 20 dez. 2012).

[30] 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. (DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 20 dez. 2012).

[31]Artigo VI. Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei. (DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 20 dez. 2012).

[32] Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 20 dez. 2012).

[33]"Artigo 2º - 1. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra "natureza, origem nacional ou social, situação". (PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf. Acesso em: 03 jan. 2013).

[34] "Artigo 26 – Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra

Também a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 em seu art. 2º[35] dispõe a proibição da discriminação, requerendo que os Estados assegurem a proteção contra a segregação de qualquer natureza.

Além de que, podem ser considerados como direito humano ínsito ao ser humano, os direitos sexuais e reprodutivos, visto que sem liberdade sexual, falta-lhe a liberdade, dita como um direito fundamental.

Portanto, ao impedir ou não garantir que um relacionamento homoafetivo receba *status* de entidade familiar, negando-lhes direitos inerentes aos companheiros ou filhos oriundos desta união estar-se-á desobedecendo à própria ordem jurídica internacional, já que são direitos fundamentais e humanos garantidos a qualquer pessoa.

Para garantir o reconhecimento e a efetivação de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal pode interpretar as normas constitucionais tendo como base a realidade vivenciada em uma determinada sociedade, em um determinado momento histórico, e não somente seguir o conjunto de normas e princípios que estão formalmente positivados.[36]

Por sua vez, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais traz como consequências a eficácia irradiante e o dever estatal de proteção, que são instrumentos que justificam a atuação do Supremo Tribunal Federal nessa questão.

Essa dimensão objetiva formula a ideia de que o Estado deva garantir eficazmente para que a dimensão subjetiva (direitos subjetivos que os indivíduos possam reivindicar) dos direitos fundamentais seja realizada.

Por essa dimensão, todo o Estado deverá agir positivamente para criar condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos.[37]

Já a eficácia irradiante dos direitos fundamentais surge como uma das vertentes dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

---

situação". (PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf. Acesso em: 03 jan. 2013).

[35] "Art.2 1 – Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais". (CONVENÇÃO sobre os Direitos das Crianças. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/PT/resources_10120.htm. Acesso em: 23 dez. 2012).

[36] MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro. Disponível em: http://www.lfg.com.br /artigos/Blog/04_04_11_Bloco_de_Constitucionalidade_Alberto_Ribeiro_Mariano_Junior.pdf. Acesso em: 03 jan. 2013.

[37] DAVIES, Ana Carolina Izidório. Políticas públicas: a forma ideal de concretização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (orgs.). *Estudos sobre os direitos fundamentaise inclusão social*. Birigui: Boreal, 2010, p. 28.

Nesse sentido, os direitos fundamentais como direito objetivo, fornecem diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, apontando para a necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, podendo ser considerada, ainda que com restrições, a uma forma de interpretação conforme à Constituição.[38]

Segundo Daniel Sarmento essa:

> [...] eficácia irradiante enseja a "humanização" da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo aplicador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.[39]

Ela deverá ser operacionalizada no dia-a-dia do direito, desde as aplicações mais triviais e não somente nos momentos de crise no ordenamento jurídico. Ela irá impor uma nova leitura de todo o direito positivo, pois por meio dela os direitos fundamentais deixam de ser concebidos nos limites para o ordenamento jurídico, convertendo-se em norte do direito positivo.[40]

Trata-se do fenômeno de *filtragem constitucional*, onde exige do aplicador do direito uma nova postura que se volta na promoção de valores constitucionais.[41]

Nesse sentido, quaisquer atos dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário que não observasse os valores consagrados ou identificados pela Constituição Federal deverão ter sua aplicação emoldurada aos aludidos valores.

A interpretação conforme a Constituição que foi aquela utilizada pelo Supremo Tribunal Federal quando das decisões da ADPF n. 132 e da ADI n. 4277 é um instrumento para concretizar essa eficácia irradiante, pois trouxe ao texto constitucional uma nova leitura, compatibilizando-a com os valores fundamentais da ordem jurídica ínsitos aos direitos fundamentais.

Nessa atividade, essa técnica de hermenêutica é aplicada quando uma disposição legal comporta mais de uma interpretação, sendo uma ou algumas delas inconstitucional ou apenas uma delas é constitucional, neste caso, o Poder Judiciário atua como legislador

[38] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6. ed. Porto Alegre, 2006, p. 172.
[39]SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124.
[40]Ibidem, p. 125.
[41]Ibidem, p. 125.

negativo eliminando possibilidades de interpretação incompatíveis com a Constituição Federal.[42]

O Supremo Tribunal Federal declara que a lei é constitucional desde que seja aplicada determinada interpretação ou salvo se determinada interpretação não for adotada. Poderá ser aplicada tanto no controle concentrado como no difuso.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal considerou que união homoafetiva tratava-se de um fato da vida que merecia a sua devida tutela, pois detém os mesmos critérios caracterizadores da união estável, ou seja, de uma entidade familiar, seja ela formada por um homem e uma mulher, por dois homens ou por duas mulheres.

Portanto, sendo reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, deverá também garantir o direito desses casais de realizarem o seu projeto parental, independente de sua orientação sexual ou sexualidade exercida por ambos, sempre sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança.

Dessa forma, desde que cumpridos os requisitos para a caracterização da união estável, quais sejam, a afetividade, a estabilidade e a ostensividade, no intuito de uma união de vidas em comum é garantido o direito de formação familiar, inclusive com o acesso às técnicas de reprodução humana assistida.

Além disso, cumpre-se lembrar da afirmação de Jürgen Habermas, que suscitou "[...] a necessidade de uma política compensatória de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte de cliente carente de proteção".[43]

O ordenamento jurídico não pode desprezar as diferenças que existem na sociedade, devendo ter uma política de reconhecimento que preserve a integridade do indivíduo, garantindo suas condições mais vitais que possam garantir sua identidade[44].

A própria Hannah Arendt ensina que, "a pluralidade é a condição humana porque somos todos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá"[45].

---

[42]BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 4 jan. 2013.

[43] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 149.

[44] BALESTERO, Gabriela Soares; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O melhor interesse da criança: a adoção homoafetiva no direito brasileiro. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. v. 11, n. 1, p. 247-267, jan./jun. 2011, p. 250.

[45] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 9-10.

Assim sendo, é necessário a cada dia repersonalizar o direito com vistas à dignidade da pessoa humana, tendo-a como uma identidade única e irrepetível, sendo esse o centro do direito à diferença.[46]

O Direito é o titular de um papel fundamental na tutela da dignidade da pessoa humana, pois por ele há a criação de mecanismos que coíbe essas violações, como ela advém da própria condição humana, deve ser reconhecida e promovida.[47]

A dignidade da pessoa humana possui a função informadora de todo o ordenamento jurídico, servirá de base para sua interpretação, pois tal princípio constitui núcleo fundante, estruturante e essencial de todos os direitos fundamentais previstos na ordem constitucional.

Assim, como preceito fundamental do Estado Democrático de Direito, faz-se necessário evidenciar a dignidade da pessoa humana como fundamento de qualquer discussão na qual envolva o direito ao reconhecimento da união homoafetiva como uma família, como também as possibilidades de procriação, inclusive por meio de técnicas de concepção artificial, de casais homoafetivos.

Como leciona Immanuel Kant, a dignidade é o valor absoluto da própria racionalidade humana, enquanto as coisas podem ser consideradas como seres destituídos de razão, as pessoas são seres racionais que possuem vontade, o que lhes atribui dignidade que é reconhecida como valor e atributo maior da pessoa humana. Enquanto as coisas têm preço, as pessoas possuem dignidade.[48]

Dessa forma, segundo a visão kantiana, a dignidade da pessoa humana estaria intrinsecamente ligada à autonomia da vontade, por ser um ser capaz de razão, bem como é o pressuposto para o exercício de qualquer direito fundamental.

Igualmente é por meio da dignidade da pessoa humana que o direito faz uma reaproximação com a ética, ao que se denomina de força normativa dos princípios, pois o homem é uma espécie de legislador, pois vê tudo o que deve ser feito e como membro da sociedade ética obedece aos deveres que a sua razão formula.[49] Por esse motivo Immanuel Kant afirma que a humanidade não deve ser tratada como um meio, mas como um fim em si mesmo.[50]

---

[46] REIS JÚNIOR, Almir Santos; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Direitos da personalidade inerentes ao casamento e à união homoafetiva. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. v. 6, n. 1, p. 457-471, 2006, p. 468.

[47] SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. In: LEITE, George Salomão (org.). Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 203.

[48] KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 17.

[49] MOSCHETTA, Sílvia OzelameRigo. op. cit., p. 113.

[50] KANT, Immanuel. op. cit., p. 60.

Acrescenta ainda Alessandro Severino ValllerZenni que a noção de dignidade deve ser visualizada por um mínimo qualitativo ao ser humano, assim:

> É possível então falar em dignidade da pessoa humana quando se dá a ele condições reais de tornar-se um cidadão completo digno de sua própria existência.

Não há que falar em dignidade da pessoa humana, quando nem mesmo uma vida digna com o mínimo necessário lhe é oportunizado.[51]

No entanto, ao estruturar-se a individualidade de uma pessoa com base na dignidade da pessoa humana, não se pode esquecer que a sexualidade consubstancia uma medida basilar da subjetividade do indivíduo, fundamento imprescindível para que a personalidade dele se desenvolva. Assim, questões concernentes à sexualidade, como a orientação sexual, a união homoafetiva e a homoparentalidade possui seu amparo legal na própria dignidade da pessoa humana.[52]

Há também o bem-estar da criança que deve estar acima de qualquer outro interesse, mesmo que esteja em conflito com os interesses de seus pais biológicos ou afetivos[53] e deverá ser observado sempre, independente dos pais serem de orientação sexual diversa.

Logo, a decisão[54] do Superior Tribunal de Justiça sobre o recente caso de adoção unilateral de uma companheira do filho gerado por meio de reprodução humana assistida pela outra, não visou somente a interpretação isolada de leis, mas sim a realização da justiça distributiva e da utilidade em regulamentar fatos sociais reais, presentes na realidade social. Desse modo, coube ao mesmo decidir sobre conflitos de ordem política, em busca da almejada justiça.

Destarte, o planejamento familiar, tanto realizado por meios de concepção natural como artificial, deve ser assegurado - sem discriminação ou preconceito - a todo casal.

4 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E DE SUA UTILIZAÇÃO PELA FAMÍLIA HOMOPARENTAL

[51] SILVA, Elizabet Leal da; ZENI, Alessandro Severino Vallér. Algumas considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. Maringá, v. 9, n. 1, jan./jun. 2009, p. 216.
[52] CHAVES, Marianna. op. cit., p. 70.
[53] KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.
[54] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ garante a casal homossexual a adoção da filha de uma delas pela outra.* Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108533>. Acesso em 07 mar. 2013.

A história da humanidade é marcada pelo aspecto sagrado da reprodução. A capacidade de gerar prole significou, por muito tempo, a continuidade dos cultos religiosos à memória da família e de seus membros, principalmente aos mortos.[55]

A infertilidade era um dos aspectos mais negativos atribuído ao indivíduo e era considerada, até o início do século XVII, como um problema advindo somente da mulher.[56]

A necessidade de técnicas que viabilizassem a fertilidade e fecundidade impulsionou as pesquisas na área da reprodução. No final do século XIX, pesquisadores concluíram através da observação de animais que a fecundação decorria da fusão do núcleo de um espermatozoide com o núcleo de um óvulo.[57]

Entre 1970 e 1975, os geneticistas ingleses Edwards e Steptoe intensificaram suas pesquisas acerca da fertilização *in vitro* com a utilização de gametas humanos, resultando, em 1978, no nascimento do primeiro bebê de proveta, Louise Joy Brown.[58] Já no Brasil, o primeiro bebê advindo da medicalização do processo reprodutivo humano nasceu em 7 de outubro de 1984.[59]

É inegável que na cultura brasileira, como nas demais nações, há um intenso desejo por parte da maioria das famílias pela conquista da prole como elemento integrador de satisfação pessoal.

Foi com a especialização e o aperfeiçoamento das técnicas biotecnológicas direcionadas a solucionar casos de infertilidade que resultou a possibilidade de novas parentalidades constituírem o projeto familiar, como a monoparental e a homoafetiva.

Com o aumento da procura por essas tecnologias de fertilização, o biodireito se ocupou em controlar a atuação dessa ciência. Para José Alfredo de Oliveira Baracho:

> O Biodireito é estritamente conexo à Bioética, ocupando-se da formulação das regras jurídicas em relação à problemática emergente do progresso técnico-científico da Biomedicina. O Biodireito questiona sobre os limites jurídicos da licissitude da intervenção técnocientífica possível.[60]

---

[55] COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga:* O culto aos mortos. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
[56] FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.
[57] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1995, p. 31.
[58] FERNANDES, Silvia da Cunha. Opcit, p. 24.
[59] BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Reprodução humana assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade. In: VIEIRA, Tereza Todrigues (Org.). *Ensaios de bioética e direito*. 2 ed. Brasília: Consulex. 2012, p. 38.
[60] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito – normas internacionais da bioética*. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst10/CUC1004.pdf>. Acesso em 12 Set. 2012.

A reprodução humana assistida não é disciplinada pela legislação pátria, somente é gerenciada por critérios definidos pela Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina. Está contida nessa resolução a possibilidade dos casais homoafetivos recorrerem às técnicas de concepção artificial.

Apesar disso, a mesma não é amparada por força normativa nem por sanções quanto ao seu descumprimento, no máximo a nível administrativo, evidenciando a necessidade da aprovação de leis que padronizem os procedimentos da biotecnologia e, de igual modo, os benefícios e riscos decorrentes a quem utilizá-los.

As tecnologias médico-reprodutivas de maior relevância aos casais homoafetivos são: a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* heterólogas. a maternidade substitutiva e a doação ou adoção de gametas, todas desde que seguidas as disposições da Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina.

Na inseminação artificial os gametas masculinos são depositados diretamente na cavidade uterina da mulher.[61]

A fertilização *in vitro*, também denominada de FIV, FIVETE ou popularmente conhecida por "bebê de proveta" é executada em laboratório. Seu método é realizado pela coleta de óvulos e de espermatozoides dos interessados. Em seguida, retira-se a quantidade necessária de material genético masculino, transportando-o junto aos gametas femininos para fundirem-se, natural ou artificialmente, dando origem a um pré-embrião. Este irá ser preservado por até seis dias para o processo de divisão celular e por fim, será inserido dentro do útero da mulher.[62]

Para a realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida, no caso dos casais de mulheres, preliminarmente é feita a escolha de qual delas se sujeitará à gestação a termo. Elas podem optar pela concepção artificial utilizando-se do material genético da gestante com o recurso da adoção de espermatozoides de um terceiro anônimo, neste caso, a prole só terá filiação em relação à mãe natural, que também é a mãe genética.

Outra possibilidade ao casal homoafetivo feminino o processo em que ambas participam da fertilização e gestação. Segundo Marianna Chaves, "uma do par daria à luz à

[61] CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011, p. 241.
[62] MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida:* aspectos éticos e jurídicos. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 46-47.

criança, cujo embrião teria sido fertilizado com o óvulo da outra e o esperma de um doador".[63]

Em relação aos casais homoafetivos masculinos, a situação é mais burocrática, além da adoção de gametas, também há a dependência do recurso da maternidade substitutiva.

No momento, qualquer fertilização artificial hábil para esse público é a heteróloga, em que é preciso a adoção de gametas ou embriões de terceiros estranhos ao casal.[64]

O primeiro caso de uma criança advinda da reprodução humana assistida e idealizada por dois pais foi o de Maria Tereza. Wilson e Mailton Albuquerque, casados civilmente, conseguiram a dupla paternidade da menina com a autorização do juiz da vara de família do Estado de Pernambuco. Eles recorreram à maternidade substitutiva para a realização do projeto parental. A prima de Mailton doou o óvulo, que foi fecundado com seu material genético.[65]

A dupla partenidade presente no registro da criança ocorreu de forma administrativa, diretamente no cartório e trouxe no assento civil da criança a expressão "filiação" em seguida o nome de seus dois pais.[66]

Salienta-se a necessidade do exercício do direito ao planejamento familiar homoafetivo, pelo emprego das técnicas de reprodução humana, estar imbuído no princípio da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

4.1 Da maternidade substitutiva

A maternidade substitutiva, também denominada de cessão temporária de útero, maternidade de substituição, bem como sub-rogação de útero ou popularmente conhecida por barriga de aluguel, é considerada como uma prática que viabiliza a reprodução advinda de técnicas de fertilização artificial.[67]

O método consiste no acordo com uma terceira pessoa que se comprometa a gerar a criança e, posteriormente, entregá-la - com a renúncia de seus direitos perante o infante, bem como sua classificação jurídica de maternidade - aos interessados.[68]

---

[63] CHAVES, Marianna. Opcit, p. 246 -247.
[64] Ibidem, p. 241.
[65] CASAL gay de pernambuco registra filha gerada por fertilização assistida: a menina, de um mês de vida, tem o nome dos dois pais na certidão de nascimento. *Jornal Nacional*. Rio de Janeiro, GLOBO, 2 março 2012. Programa de TV. Disponível em: http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/03/casal-gay-de-pernambuco-registra-filha-gerada-por-fertilizacao-assistida.html. Acesso em: 14 set. 2012.
[66] Ibidem.
[67] CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 34.
[68] CHAVES, Marianna. op. cit, p. 250.

Eduardo de Oliveira Leite entende que o instituto da maternidade substitutiva deve ser utilizado quando a parte envolvida não dispuser de aptidão para o desenvolvimento normal do embrião na gestação.[69]

No entendimento de Ivelise Fonseca da Cruz, a cessão temporária de útero deverá ser indicada por questões eminentemente médicas, como nos casos de infertilidade por patologias, ausência ou defeito da estrutura uterina ou por outros motivos de relevância médica.[70]

Esse instituto é regulamentado por disposições da Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina. Para sua utilização necessita-se que o vínculo de parentesco com os requerentes seja de até o segundo grau ou, em último caso, de uma terceira pessoa mediante a autorização do Conselho Federal de Medicina, contudo, sem fins lucrativos. Geralmente alguma mulher da família dos próprios envolvidos se responsabiliza pela gestação.

Pode-se ocorrer diferentes participações da mãe substitutiva no planejamento familiar dos interessados. Uma das hipóteses consiste em utilizar apenas seu útero, já em outra possibilidade, pode-se recorre também ao uso de seus gametas na fecundação, com a participação de material genético dos requerentes ou de terceiros anônimos.

No Brasil, em se tratando de conflitos referentes aos direitos sobre a criança gerada por maternidade substitutiva, a doutrina e a jurisprudência conferem o *status* e os efeitos jurídicos de maternidade à mulher responsável pela gestação a termo. Dessa maneira, a mãe genética somente se revestirá com os direitos e deveres da maternidade se adotar a prole gerada pela mãe substituta.[71]

Assim, a maternidade de substituição desestruturou o conceito de filiação, permitindo total dissociação das etapas procriativas (conceber, gerar e ser mãe). Convivem junto duas figuras especiais, a mãe biológica e a mãe portadora, instaurando a partir dessa relação um conflito, entre as duas mães.[72]

---

[69] LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 66.
[70] CRUZ, Ivelise Fonseca da. Op. cit., p. 35.
[71] KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 192-194.
[72] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 169.

Por outro lado, há quem defenda que - em casos de conflito - deverá ser considerado como mãe aquela que idealizou o projeto parental, entendimento este que se coaduna com os princípios que norteiam o direito de família[73], e que se segue.

Nos casos em que os requerentes desistam da gestação já iniciada pela mãe cedente, os mesmos serão responsabilizados civilmente pelo nascituro, inclusive após o seu nascimento a título de alimentos. Se houver recusa por ambas as partes em ficarem com a criança, esta deverá ser encaminhada para uma família substituta.[74]

Já se a mãe substituta for capaz de exercer a paternidade responsável, essa criança permanecerá com ela, no entanto, a responsabilidade do casal idealizador do projeto parental ainda deverá persistir[75].

Nesse sentido, os idealizadores do projeto parental deverão ser responsabilizados a título de alimentos por essa criança até que esta complete a maioridade civil ou a idade de completar uma faculdade.

Verifica-se dessa forma, que apesar dos limites impostos pelo Conselho Federal de Medicina, o procedimento vem ocorrendo, carecendo de regulamentação legal no sentido de evitar práticas ilícitas, pois apesar do planejamento familiar poder ser realizado de forma livre, deve-se observar a paternidade responsável, evitando assim condutas que violem a dignidade humana de todos aqueles envolvidos na realização do projeto homoparental.

Na ausência de lei que solucione os conflitos positivos e negativos de maternidade oriundos dessa técnica, a melhor solução é recorrer aos interesses da família detentora desse projeto homoparental.

4.2 Da doação ou adoção de gametas

A doação de óvulo ou sêmen e a adoção de embriões também devem ser realizadas segundo a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, sem nenhum fim lucrativo, devendo ainda ser mantido o sigilo da identidade do doador.

Essa adoção ocorre por meio dos embriões excedentes, de materiais genéticos que sobraram de casais que se submeteram às técnicas de reprodução humana assistida ou de

[73] CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. In: *XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, 2009, São Paulo. Estado Globalização e Soberania: o Direito do século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
[74] KRELL, Olga Jubert Gouveia. op. cit., p. 198.
[75] ROSA, Letícia Carla Baptista Rosa. *Da vulnerabilidade da criança oriunda da reprodução humana assistida quando da realização do projeto homoparental*. Dissertação (Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas), Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2013, p. 147.

simples doadores que poderão ser utilizados por casais homoafetivos na realização de seu projeto parental.

Para a doação desses gametas deverá haver consentimento expresso dos responsáveis pelo material genético e dos seus beneficiários, uma vez que não haverá vínculo biológico algum, pois o material genético será totalmente estranho ao casal receptor, fato que poderá gerar dificuldade na determinação da prova da filiação. Havendo discussão e não sendo possível a prova biológica, grande valor terá o termo de consentimento, cuja cautela na obtenção deve ser redobrada por parte médico e do pesquisador.[76]

A inseminação artificial ou fertilização *in vitro* heteróloga poderá trazer consigo possíveis conflitos éticos e jurídicos que apresentam algumas implicações sociais afetando diretamente a família, a maternidade e a paternidade, dando à bioética novamente um papel fundamental para solução dos mesmos.

Dentre eles estão a realização dessa inseminação com sem o conhecimento do companheiro (a), o abandono do embrião inseminado ou fertilizado, ou ainda a questão do anonimato dos doadores e receptadores.

Segundo a Resolução n. 1.957/2010[77] não há a necessidade que o marido ou companheiro seja estéril para a utilização da reprodução humana assistida, apenas que as pessoas sejam capazes, estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o emprego da técnica, como dispõe a resolução vigente.

No caso da pessoa que viva em união estável, ou seja, casado civilmente, deverá ter a concordância de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado do outro cônjuge ou companheiro (a) ou do cônjuge.

Um caso que fez parte dos notíciarios foi o de duas mulheres que viviam em união estável e decidiram em realizar o projeto parental. Uma doou o óvulo para que pudesse ser concebido pelo sêmen de doador anônimo e fosse transferido para a outra companheira. O sucesso do procedimento gerou um filho.[78]

---

[76] BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida*: até onde podemos chegar? São Paulo: Gaia, 2000, p. 70.

[77] **II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA**

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não e afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente. (BRASIL. *Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Nacional de Medicina*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes /CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 12 dez. 2012).

[78] FILHO é disputado por ex-casal de lésbicas. Disponível em: http://www.sganoticias. com.br/2012/02/filho-e-disputado-por-ex-casal-de.html. Acessado em: 18 mar. 2012.

As duas foram protagonistas de uma disputa judicial pela criança, em decorrência da ruptura do vínculo e a ex-companheira que deu à luz passou a negar à outra o exercício do direito de visitação, já que juridicamente, mãe é quem dá a luz, constando no registro da criança somente seu nome.[79]

No caso em questão, se há provas que ambas foram as idealizadoras do projeto parental, não há como negar-lhe seu direito sobre a criança, devendo o juiz, além de chancelar a dupla maternidade, possibilitar a devida visitação para essa criança, pois claro estava que essa mãe estava cometendo alienação parental com relação a ex-companheira.[80]

É impar observar que em ambos os casos serão pais ou mães aqueles que idealizaram e concretizaram o projeto parental, independentemente de qualquer acordo de vontades entre as partes, já que o direito à paternidade/maternidade é um direito fundamental e personalíssimo do sujeito, sendo, portanto, irrenunciável, inalienável e imprescrítivel.[81]

Por sua vez, segundo o §2º do art. 1.583 do CC, a guarda unilateral dessa criança poderá ser atribuída à genitora que revele melhores condições de exercê-la, isto é, que possa proporcionar a essa criança afeto, saúde, segurança, educação, etc.[82]

Já se uma das companheiras se utilizar da inseminação com sêmen de terceiro, sem que haja o conhecimento da outra, esta não terá nenhuma obrigação perante a criança.[83]

Logo, se o marido ou companheiro (a) autorizou a inseminação artificial heteróloga, não há como negar a paternidade ou a maternidade, uma vez que houve a idealização do projeto parental, possuindo assim a responsabilidade sobre a criança gerada.[84] Ao contrário *sensu*, se esse consentimento não existir, não há como exigir uma parentalidade de forma responsável por quem não anuiu ao emprego da técnica.

Em caso de abandono da prole fruto de reprodução assistida, esta deverá ser encaminhada a uma família substituta e o casal homoafetivo deverá ser responsabilizado civilmente, com pagamento de alimentos à criança até a maioridade ou término do curso superior, de igual modo indenizar por danos morais a criança rejeitada.[85]

---

[79]FILHO é disputado por ex-casal de lésbicas. Disponível em: http://www.sganoticias. com.br/2012/02/filho-e-disputado-por-ex-casal-de.html. Acessado em: 18 mar. 2012.
[80]CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista. Da realização do projeto homoparental em face da vulnerabilidade das crianças envolvidas. *UNICURITIBA***,** Curitiba. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/427/332>. Acesso em: 24 fev. 2013.
[81]Ibidem.
[82]Ibidem.
[83] ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Uberlândia. 2012.
[84]Ibidem.
[85] Ibidem.

As técnicas de reprodução assistida devem ser utilizadas para o bem-estar do ser humano, e não com o intuito de limitar as chances de uma vida saudável.[86]

Com relação a origem genética, assegurar o anonimato do doador, omitindo as informações genéticas para o indivíduo não é a melhor opção, já que se confronta com um dos princípios inerentes ao ser humano, o da dignidade humana, visto que tira o direito do indivíduo se reconhecer enquanto pessoa.[87]

Portanto, os dados genéticos identificam e caracterizam o indivíduo através de uma carga genética própria e diferente dos demais seres sendo reflexo de sua subjetividade e de seu caráter personalíssimo.[88]

Nesse sentido Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira asseveram que:

> Saber de onde vem conhecer a progenitura proporciona ao sujeito a compreensão de muitos aspectos da própria vida. Descobrir as raízes, entender seus traços (aptidões, doenças, raça, etnia) socioculturais, saber quem nos deu a nossa bagagem genético-cultural básica são questões essenciais para o ser humano, na construção da sua personalidade e para seu processo de dignificação. Afinal, é assim que ele poderá entender a si mesmo.[89]

O conhecimento a origem genética não se confunde com o estado de filiação, pois o doador não poderá ser considerado juridicamente o genitor, uma vez que atua fora dos processos naturais de um projeto de parentalidade e sua função termina com o fornecimento do material genético, sendo assim, não poderá vir a reivindicar a paternidade posteriormente.[90]

Por conseguinte, essas adoções de embriões ou doações de gametas apesar de possibilitarem conflitos, deverão ser permitidas aos casais homossexuais, necessitando, no entanto, uma conscientização que esses problemas - assim como nas famílias heterossexuais - serão decididos de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o melhor interesse da criança que será gerada por meio dessas técnicas.

5 CONCLUSÃO

[86] CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *IBDFAM***,** Belo Horizonte. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 01 abr. 2011.
[87] ROSA, Letícia Carla Baptista Rosa. *Da vulnerabilidade da criança oriunda da reprodução humana assistida quando da realização do projeto homoparental*. Dissertação (Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas), Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2013, p. 141.
[88] Ibidem, p.87.
[89] SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p.64.
[90] ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de direito e bioética*. Coimbra: Almedina, 2008, v. II, p. 17.

Ante ao exposto, o exercício do direito ao planejamento familiar como um direito fundamental deve ser efetivado com vistas aos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, tornando possível a realização do projeto homoparental por meio das técnicas de reprodução humana assistida.

Para tanto, caracteriza-se como homoparentalidade o exercício da parentalidade por indivíduos homossexuais, termo que passou a ter expressividade a partir da década de 1960, através de mobilizações realizadas pela comunidade LGBT.

Nesse enfoque, o neoconstitucionalismo da social democracia invoca-nos à concretização da igualdade, no seu aspecto substancial, em que qualquer descriminação relacionada à orientação sexual infringe a igualdade e a liberdade, assim como seu substrato, qual seja a dignidade da pessoa humana. Além de garantidor desta, o texto constitucional é a base jurídica para a edificação ao direito à sexualidade como direito personalíssimo, bem como o direito fundamental a formação familiar e assim, de realização do projeto parental.

O direito à filiação e a realização do projeto homoparental decorre das liberdades civis presentes no rol de direitos fundamentais. Estes, por sua vez, têm aplicabilidade imediata e são autoaplicáveis, não dependendo de normatização infraconstitucional para serem aplicáveis na esfera ontológica.

Os direitos civis da família homoparental estão protegidos, em uma interpretação sistêmica da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, bem como da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, no plano internacional.

Em âmbito interno, tem-se na interpretação constitucional em conformidade com a realidade de uma determinada sociedade, em um dado momento histórico, e não somente como o conjunto de normas e princípios positivados. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando impõe uma nova leitura do direito positivo sobre o prisma irradiante dos direitos fundamentais.

É possível evidenciar, em um exame apurado do ordenamento jurídico brasileiro, que o planejamento familiar é permitido ao homem, à mulher ou ao casal, não havendo margem à interpretação discriminatória. Dessa forma, adota-se a interpretação extensiva para abarcar a família homoparental nesse rol.

Apesar disso, as uniões homoafetivas somente foram revestidas pelo direito ao planejamento familiar a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal que a reconheceu

como entidade familiar. Entende-se que as mesmas já eram titulares desse direito, porém não efetivados.

Com efeito, é notório que a Constituição Federal foi progressista ao não enrijecer ou explicitar taxativamente o conceito de família, possibilitando assim o caráter de pluralidade às novas conformações parentais.

Dessa forma, todos os indivíduos, independentemente da orientação sexual ou estado civil, são titulares do direito de realizar o planejamento familiar, desde que observados os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, utilizando-se inclusive, da concepção artificial. Trata-se de um direito fundamental subjetivo oponível jurisdicionalmente ao Estado, caso seja violado ou negado.

Com uma análise da reprodução humana, infere-se que a infertilidade é fator de insatisfação tanto pessoal como meta-individual, situado no seio familiar. Foi com a evolução das técnicas de reprodução humana assistida, a partir da década de 1970, que diversos casos de infertilidade foram sanados, dando o ensejo a possibilidade de realização da homoparentalidade.

A partir desses avanços, destina-se à Bioética a responsabilidade em analisar os limites éticos e jurídicos acerca do uso da reprodução humana assistida. Na ausência de legislação pátria, a Resolução n. 1.970/2010 do Conselho Federal de Medicina será a orientadora desses procedimentos.

Em relação às técnicas de concepção artificial direcionadas ao casal homoafetivo, destacam-se a inseminação artificial e a fecundação *in vitro* heterólogas, podendo ou não recorrer à maternidade substitutiva e a adoção ou doação de gametas, devendo as mesmas serem utilizadas sem fins lucrativos e com o consentimento informado das partes.

No tocante à maternidade substitutiva, o ordenamento jurídico brasileiro atribui os efeitos jurídicos de maternidade às mães geradoras, entretanto, se estas não tiverem vínculo genético com a prole o Poder Judiciário deverá revestir os responsáveis pelo planejamento da gestação com os direitos perante o infante.

Já em caso de abandono da criança pelo casal homoafetivo, deverá ser responsabilizado civilmente a título de alimentos até a maioridade civil dessa criança ou até que complete o ensino superior, devendo ser destinada a uma família substituta.

Caso a mãe substituta for capaz de exercer o projeto parental, essa criança poderá ficar com ela, no entanto, a responsabilidade do casal idealizador do projeto parental ainda persiste.

Quanto à adoção ou doação de gametas, apesar de trazerem conflitos, deverá ser permitida aos casais homossexuais, devendo, no entanto, haver uma conscientização quanto a esses problemas.

Havendo a inseminação artificial heteróloga em uma das companheiras com a anuência da outra, o arrependimento desta não afastará a maternidade, sendo obrigada a prover a assistência à criança.

Se o procedimento for realizado sem a autorização da companheira(o), a criança só terá direitos perante aquela que foi inseminada ou aquele que pretendeu realizar o projeto parental.

É imprescindível ter sempre em mente que qualquer conflito oriundo da gestação de substituição ou da doação ou adoção de gametas deve necessariamente ser solucionado com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da paternidade responsável e principalmente do melhor interesse da criança, independentemente de se tratar de uma família homoafetiva ou não.

6 REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de direito e bioética*. Coimbra: Almedina, 2008, v. II.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito – normas internacionais da bioética*. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst10/CUC1004.pdf>. Acesso em 12 Set. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi,* Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 4 jan. 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado,1998.

_____. Lei n° 8.069, de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 set. 2012.

_____. Resolução nº 1.957/2010. *Conselho Federal de Medicina.* Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 23 mar. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva.* Disponível em <http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/2674031/aprovado-o-reconhecimento-de-unioes-homoafetivas>. Acesso em 13 set. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *IBDFAM***,** Belo Horizonte. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 11 set. 2012.

_____; ROSA, Letícia Carla Baptista. Da realização do projeto homoparental em face da vulnerabilidade das crianças envolvidas. *UNICURITIBA***,** Curitiba. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/427/332>. Acesso em: 24 fev. 2013.

_____; CAMILO, Andryelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. In: *XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, 2009, São Paulo. Estado Globalização e Soberania: o Direito do século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

CASAL gay de pernambuco registra filha gerada por fertilização assistida: a menina, de um mês de vida, tem o nome dos dois pais na certidão de nascimento. *Jornal Nacional*. Rio de Janeiro, GLOBO, 2 de março de 2012. Programa de TV. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/03/casal-gay-de-pernambuco-registra-filha-gerada-por-fertilizacao-assistida.html>. Acesso em: 14 set. 2012.

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga:* O culto aos mortos. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade.* Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais, 1961.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e Direito Homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. In: *Conversando sobre a homoafetividade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente (coord.). *A nova família*: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FARIAS,Marianna de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. *Adoção por homossexuais*: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Revista Sequência*, n. 59, p. 43-60, dez. 2009.

FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GALLASSI, Almir. O preconceito, a discriminação e a intolerância, os obstáculos para a inclusão social nas opções sexuais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (orgs.). *Estudos sobre os direitos fundamentais de inclusão social*: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2012.

GROSS, Martine. L'Homoparentalité. Paris: Le CavalierBleu, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004,

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida:* aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2008.

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

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil***:** direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 5v.

PINHEIRO, Jorge Duarte. Procriação medicamente assistida. *Estudos em memória do professor doutor António Marques dos Santos*. Coimbra: Almedina, 2005, v. I.

ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Uberlândia. 2012.

_____. *Da vulnerabilidade da criança oriunda da reprodução humana assistida quando da realização do projeto homoparental*. Dissertação (Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas), Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2013.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6. ed. Porto Alegre, 2006.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

UZIEL, Anna Paula. *Homossexualidade e Adoção*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

VIEIRA, Tereza Todrigues (Org.). *Ensaios de bioética e direito*. 2 ed. Brasília: Consulex. 2012.

POSSIBILIDADES NEOEUGÊNICAS EM PROCRIAÇÃO HUMANA ARTIFICIAL E PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO

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

Ana Thereza Meirelles[1]

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

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

1 INTRODUÇÃO

A consolidação da liberdade de decisão dos indivíduos em matéria de procriação é capaz de revelar situações que traduzem complexos questionamentos éticos e jurídicos. As discussões sobre a autonomia reprodutiva, como uma face do direito à liberdade, culminam na necessidade de averiguar a extensão de seu conteúdo, considerando a possibilidade de que a

[1] Doutoranda em *Relações Sociais e Novos Direitos* pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em *Direito Privado e Econômico* pela Universidade Federal da Bahia. Professora das disciplinas *Direito e Bioética* da Faculdade Baiana de Direito e *Biodireito* da Universidade Salvador – UNIFACS. E-mail: anatherezameirelles@gmail.com.

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

A associação dos direitos reprodutivos ao tema da eugenia é facilmente visualizada a partir da ciência dos fluxos biotecnológicos na contemporaneidade, manifestados pela descoberta de novas doenças, novos exames, novos protocolos de cura e de tratamento e, principalmente, novos conhecimentos na área da *Genética*.

São diversas as condutas cuja prática pode ter como finalidade garantir o êxito da reprodução almejada. Algumas foram explicitamente proibidas pela Ordem Jurídica, outras são regidas pela manifestação da autonomia privada, conduzida pelo desejo de ter filhos saudáveis, por vezes, perfeitos e/ou possuidores de determinado padrão fenotípico. O presente trabalho parte, justamente, da avaliação dos limites éticos e normativos que devem conduzir os desejos reprodutivos, por ter como ponto de partida a fundamentalidade da preservação do patrimônio genético, direito da presente geração e das gerações futuras.

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

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

2 REPRODUÇÃO, DIREITO À LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA

Os direitos de reprodução partem do livre planejamento familiar, impulsionado pelo direito fundamental à liberdade e pelo reconhecimento da autonomia privada como condutora das relações sociais. Dessa forma, a compreensão sobre os limites que devem envolver decisões reprodutivas tem origem na necessidade de avaliar e pormenorizar os direitos acima citados.

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

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

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

O art. 226, §7º, da Constituição Federal, fulcrado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, reconheceu que o planejamento familiar deve ser exercido por meio de livre decisão do casal, vedando qualquer forma de participação coercitiva, neste processo, de instituições públicas ou privadas.

A decisão pela procriação pressupõe, naturalmente, o elemento volitivo das partes e está, por óbvio, garantida pela livre manifestação da autonomia dos indivíduos, podendo ser concretizada de forma natural, por conjunção carnal, ou com o auxílio das técnicas de reprodução artificial, através de métodos como inseminação e fertilização *in vitro.*

A tônica para a condução de tais processos tem sido dada unicamente pela vontade das partes, o que culminou na constatação da possibilidade de violação ou vilipêndio de bens jurídicos constitucionalmente assegurados, qual seja, a integridade do patrimônio genético humano. O curso da decisão que envolve a reprodução tem evidenciado a manifestação de práticas eugênicas, que podem ocorrer em diferentes fases do processo reprodutivo, antes mesmo da concepção, após ela, e, ainda, durante a fase gestacional.

Avaliar a incidência dos limites éticos e normativos nas decisões reprodutivas tem como premissa a discussão sobre a existência ou não de um direito à procriação[3]. Alguns entendem existir um direito ao acesso às técnicas de reprodução humana assistida, tendo em vista a consideração do direito à saúde também sob o ponto de vista do bem-estar psíquico, e não somente calcado numa concepção estrita de enfermidade biológica ou de uma patologia

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

[3] Encarna Roca i Trías afirma que "quando se discute, nos diferentes países, a necessidade de dar ou não suporte legal para a utilização das técnicas de reprodução assistida, em alguns coloca-se a questão da base da existência de um hipotético direito a procriar, direito a ter filhos, que derivaria do próprio direito à vida, além do direito à privacidade [...]" (ROCA i TRÍAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. *In:* CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.101).

física, emerge de tal raciocínio, então, o reconhecimento de um direito a procriar[4].

Outros autores entendem pela inexistência de um direito à procriação. "Na realidade, não há direito a ter filhos, nem direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um". Dessa forma, "o direito a ter filhos quando se quer, como se quer, e em qualquer circunstância é reivindicado como um direito fundamental, (mas é apenas) a expressão de uma vontade exacerbada de liberdade e de plenitude individual em matérias tais como o sexo, a vida e a morte"[5].

Afirmar a existência de um direito à procriação não parece ter apenas como consequência assegurar o acesso às técnicas de reprodução assistida. Outras questões exalam do reconhecimento da procriação como um direito, como a livre decisão pela filiação monoparental ou biparental por pessoas do mesmo sexo[6]. Um projeto parental unilateral (somente por vontade da mãe ou somente por vontade do pai) pode ser concretizado por meio da concepção natural ou como resultado de um procedimento de reprodução assistida. A decisão pela *produção independente* é afeta às mulheres e aos homens que almejam o sonho da procriação, mas, pelo percurso natural de suas vidas, encontraram obstáculos que os impediram de realizá-la naturalmente, fato que também incluirá os casais homossexuais[7].

Maria do Céu Patrão Neves entende que a procriação medicamente assistida é um método terapêutico subsidiário, isto é, precede à constatação da infertilidade como doença e deve ser rejeitada como um procedimento alternativo à reprodução natural. Logo, ela deve ser restrita às pessoas que tenham problemas de infertilidade[8].

A inexistência de consenso a respeito do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana impulsiona a necessidade de avaliá-lo, também, a partir do viés da autonomia, o que pressupõe o desprezo pela tentativa de engessá-lo atribuindo-lhe uma concepção estritamente objetiva. O viés heterônomo da dignidade, refletido por um compromisso do

[4] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. *In:* CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004; SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. *In:* MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). *Biodireito em discussão.* Curitiba: Juruá, 2008.

[5] *Cf.* LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito:* aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.356. Corroborando a inexistência de um direito à procriação, FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*: uma introdução. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.45.

[6] A procriação à luz do Direito pressupõe o estudo de várias questões envolvidas. Uma delas é avaliar se o acesso às técnicas de reprodução humana artificial deve estar adstrito somente às pessoas com problemas de esterilidade e infertilidade, o que exclui vontades procriativas monoparentais e biparentais por pessoas do mesmo sexo. Sobre o assunto, ver ANÓN, Carlos Lema. *Reproducción, Poder y Derecho.* Madrid: Editorial Trotta, 1999, p.160 *et.seq.*

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

[8] NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os tempos, manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho. *In:* ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética v.III.* Coimbra: Almedina, 2009, p.133.

Estado em prol de toda sociedade com a preservação incondicional de determinados bens jurídicos, não deve ser a justificativa para desprezar a necessidade de construir o seu sentido também a partir da autonomia, revelada pelo respeito à vontade dos indivíduos.

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

3 A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

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

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

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

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

3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A relativa precisão de um conceito de *direitos fundamentais* tem como critério a dignidade da pessoa humana, posto que é a ela que todos os direitos do homem se reportam, em menor ou maior grau. Segundo Fabio Konder Comparato[9], a justificativa científica da dignidade da pessoa humana sobreveio da teoria darwiniana, calcada no processo de evolução dos seres vivos. Apesar da sua aceitação geral, no mundo científico, passa-se a compreender que não é por acaso que o ser humano titulariza o topo da cadeia evolutiva. Há na pessoa humana algo de ontológico e axiológico que o diferencia por natureza.

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

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

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a mudança de paradigma do fundamento do Direito Natural (de um direito de ordem divina a um direito racional) fez com que a concepção de dignidade humana passasse por um processo de racionalização e laicização, sem, naturalmente, abandonar a noção de que todos os homens são iguais em dignidade[11].

Em Kant, restará desenvolvida a ideia de que todos os seres humanos são iguais e seu traço distintivo em relação às demais espécies é ser, em qualquer circunstância, um fim em si mesmo, jamais podendo ser utilizado como um meio[12]. A concepção moderna de dignidade humana é o reflexo da perspectiva humanista e universalista do imperativo categórico de Kant.

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

[9] COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.4.
[10] CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Constitucional. Direitos fundamentais.* 2.ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p.114.
[11] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.32.
[12] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.63 *et seq.*

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

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

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

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

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

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

[13] RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.343.
[14] CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Constitucional. Direitos fundamentais.* 2.ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p.116.
[15] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional.* 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.89.

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

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

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

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

> Numa outra ordem de considerações, os progressos da engenharia genética já prenunciam a viabilidade de uma manipulação do genoma para se obter aquilo que os cientistas anglófonos denominam *enhancement*, isto é, uma melhoria genética germinal, numa perspectiva eugênica: a criação de uma linhagem de homens e mulheres considerados mais belos, ou dotados de maior capacidade esportiva, ou com memória mais desenvolvida, por exemplo. Da mesma sorte, os avanços tecnológicos permitem a realização, desde já, de operações de clonagem humana, seja para efeitos terapêuticos (tratamento de doenças neurodegenerativas mediante implantação de células geneticamente limpas), seja para a reprodução de gêmeos, tanto de indivíduos em vida quanto já mortos[18].

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

---

[16] CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* 6.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p.615.
[17] *Ibidem*, p.626.
[18] COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada em 1999, identifica o genoma humano como alicerce da unidade fundamental de todos os membros da espécie humana. No artigo 1º, acrescenta ser ele patrimônio da humanidade e, no artigo 2º, rechaça o reducionismo genético ao determinar que "cada indivíduo tem direito ao respeito de sua dignidade e de seus direitos, sejam quais forem suas características genéticas", sendo que "essa dignidade impõe a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e o respeito do caráter único de cada um, bem como de sua diversidade". Reconhece também no artigo 3º que o genoma humano, pela sua natureza evolutiva, é sujeito a mutações, e que ele encerra potencialidades que se exprimem de forma diferenciada, considerando o meio ambiente natural e social de cada indivíduo, especialmente o estado de saúde, as condições de vida, de nutrição e de educação[19].

A Declaração Internacional sobre dados genéticos humanos, aprovada em 2004, com o intuito de prolongar a Declaração anterior, também rechaçou o uso dos dados genéticos para fins discriminatórios, pugnando pela necessidade de conduzir esforços que combatam essa finalidade, em prol de respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais[20]. Este instrumento se preocupou com aspectos técnicos que envolvem o uso dos conhecimentos em matéria de genética, determinando procedimentos específicos com o objetivo de proteger a naturalidade do patrimônio genético.

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

[19] "Artigo 1: O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade. Artigo 2: a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas. b) Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade. Artigo 3: O genoma humano, evolutivo por natureza, é sujeito a mutações. Contém potencialidades expressadas de formas diversas conforme o ambiente natural e social de cada indivíduo, incluindo seu estado de saúde, condições de vida, nutrição e educação". (UNESCO. *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos* Humanos. Disponível em: <www.unesdoc.unesco.org>. Acesso: 10 jun. 2012).

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

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

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

O art. 225, *caput*, da Constituição determina que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Esse é o ponto de partida para a admissibilidade da integridade do patrimônio genético como um direito de natureza fundamental, é direito que compõe o bloco de constitucionalidade e tem natureza elementar ao ser humano.

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

O §1º, II, do art. 225 determina que "para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético." Disso resulta o comprometimento do Estado com a manutenção da biodiversidade das espécies.

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

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

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

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

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

As descobertas propiciaram o desenvolvimento e a ascensão da medicina preditiva[21], que visa à prevenção da manifestação de uma determinada patologia com certa antecipação. Aplicada à Genética, visa identificar as informações relacionadas à manifestação de doenças contidas do genoma do indivíduo, através de testes genéticos[22]. A partir das informações genéticas descobertas, passou-se também a construir técnicas de engenharia genética e terapia gênica, além da clonagem, procedimento que visa repetir um patrimônio genético individualizado.

4 DIREITOS DE REPRODUÇÃO E POSSIBILIDADES NEOEUGÊNICAS

O estado atual do conhecimento acerca dos dados genéticos do ser humano partiu do Projeto Genoma Humano, que mapeou as informações contidas no DNA, promoveu o sequenciamento, para a leitura delas, e, por fim, passou a relacioná-las com o fenótipo do indivíduo, permitindo a definição de suas características[23]. Tudo isso possibilitou o conhecimento das informações e, consequentemente, a descoberta das regras de transmissibilidade de características e de doenças da espécie humana.

O conjunto de possibilidades advindas da racionalidade científica cria uma sociedade

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

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

[23] COOPER, Geoffrey M.; HAUSMAN, Robert E. *A célula:* uma abordagem molecular. Boston University.Tradução de Maria Regina Borges-Osório. 3.ed. Porto Alegre: Artmed, 2007, p.171.

de riscos potencialmente elevados e descontrolados[24], moldada por descobertas promissoras e por novas formas de conceber desejos e solucionar problemas humanos. O risco gerado pelo estágio desse conhecimento é apreendido quando verificada o quão sedutora tem se apresentado a *Genética*, capaz de revelar o caminho para o encontro do ser humano perfeito, os sadios e menos doentes, os mais inteligentes e preparados, os fortes e os menos vulneráveis, os mais capazes e os mais bonitos.

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

4.1 FASE PRÉ-CONCEPTIVA

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

O aconselhamento genético, usado nos planejamentos reprodutivos, antes ou depois da concepção natural ou artificial, tem a finalidade de saber sobre a probabilidade de manifestação de doenças no filho pretendido. O ato está associado à decisão reprodutiva do casal que buscou o estudo. Sobre o propósito do aconselhamento, Carlos Maria Romeo Casabona afirma que é um processo de informação sobre as consequências e riscos de uma doença que pode ser transmitida hereditariamente com o intuito de evitá-la[25].

A par do resultado do aconselhamento, os indivíduos passarão à tomada da decisão reprodutiva, podendo-se vislumbrar distintas possibilidades. O exame pode ser realizado não somente antes da fecundação, mas nas fases sucessivas a ela. Se for pré-conceptivo, pode-se optar por medidas anticonceptivas, como a não procriação com o uso de material genético próprio, a seleção do sexo do futuro filho para evitar a transmissão de algumas doenças[26] ou o uso de material genético doado[27]; se o teste genético ocorrer após a concepção (portanto, no embrião), também pode-se optar por implantá-los, mantendo-os congelados, ou

[24] *Cf.* obra de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: *Hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 1998.
[25] CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Do gene ao direito.* São Paulo: IBCCrim, 1999.
[26] Permitida no artigo 4 da Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina. Sobre o assunto, vide ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico-científico Del concebido artificialmente. Em el marco de la experimentación gênica.* Barcelona: Editorial Bosch, 2002.
[27] Pois a lei 11.105/2005, no seu artigo 25, não permitiu a engenharia genética em células humanas germinativas, o que inclui gametas e embriões.

automaticamente descartá-los[28]. Sem prejuízo da vedação legal, feito o diagnóstico na fase pré-natal, discute-se, em sede de direitos reprodutivos, a possibilidade de legitimar abortos seletivos ou eugênicos, por conta de comprometimentos graves do feto e/ou de ausência de potencialidade de vida extrauterina, como nos casos de diagnósticos anencefálicos[29].

A decisão pela filiação monoparental ou biparental por pessoas do mesmo sexo, através das técnicas de reprodução assistida, demandará o uso de material genético doado, o que implica em ter que escolher as características do genitor biológico doador. Na verdade, qualquer procedimento heterólogo (que envolve doação de célula germinativa) demandará reflexões bioéticas e jurídicas sobre o adequado padrão de escolha das características do doador por conta da possibilidade de que o futuro filho as possua. Não há, no Brasil, com exceção da Resolução 1957/2010 do CFM, parâmetros normativos que orientem a realização desta escolha. Na fase pré-conceptiva, esta situação tem sido a porta aberta para legitimar as escolhas pautadas em desejos descabidos, como cor e tipo de cabelo, cor dos olhos, peso, altura, cor da pele, possíveis potencialidades intelectuais e físicas, dentre outras.

A possibilidade de decidir por prosseguir ou não na procriação a partir do acesso à informação genética evidencia uma preocupação com a manutenção da diversidade biológica da espécie, provavelmente reduzida, se não incidirem limites éticos e jurídicos sobre as escolhas reprodutivas traçadas.

4.2 FASE PÓS-CONCEPTIVA

Antes da implantação do embrião no corpo da mulher, deve-se ressaltar o uso constante do diagnóstico pré-implantacional nos processos de fertilização *in vitro*. Tal exame pode atestar que alguns embriões não reuniram condições favoráveis para fins de reprodução (ausência de desenvolvimento normal, divisão celular inexpressiva, alteração genética ou cromossômica)[30].

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

[28] Não há vedação na Ordem jurídica brasileira sobre o descarte embrionário, restando inclusive previsto no art. 5º da lei 11.105/2005 que os embriões não implantados, inviáveis e congelados há mais de três anos, podem ser doados para as pesquisas com células-tronco.

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

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

aspecto ético de tal recurso médico, passando pela necessidade de compreender o que são embriões inviáveis para a finalidade reprodutiva, situação prevista no art. 5º, I, da lei 11.105/2005, mas passível de discussões aparentemente infindáveis na doutrina especializada.

> *Las ténicas de fecundación artificial, desrrolladas com fierza desde 1980 com el objeto de proveer um hijo a uma pareja estéril, corren hoy el riesgo de cambiar de objeto para volverse instrumentos de eugenesia. Ello se vê particularmente calro em dos aspectos precisos de las técnicas: la selección de embriones (diagnóstico preimplantatorio o DPI) y la selección de donates de gametas. La cuestión del retorno de la eugenesia por medio de la selección de embriones fue abiertamente planteada en Francia por Jacques Testart, quien se ocupó de destacar que el diagnóstico preimplantatorio supone el surgimiento de una nueva eugenesia, 'dulce, democrática e insidiosa'*[31].

Para alguns autores, a legitimidade do diagnóstico pré-implantacional, que tem como consequência a seleção e o descarte embrionários, pode ser extraída do fato de ser o embrião "um ser humano numa fase muito precoce do seu desenvolvimento". Isso não retira o seu valor, mas, em determinadas situações, se argumenta que "outros valores se podem, eventualmente, sobrepor aos da vida humana incipiente (p.ex. o valor de uma vida familiar harmônica e equilibrada, que seria gravemente atingida pela sobrevida de uma criança com grave anomalia psíquica ou física)"[32].

O exame pré-implantatório do embrião, por relato da medicina especializada, tem se mostrado um dos passos necessários e indispensáveis à concretização do processo procriativo artificial, posto que a fertilização em laboratório não garante a obtenção, por si só, de embriões com condições de se desenvolverem no corpo humano.

A proibição pelo art. 25 da lei 11.105/2005 da engenharia genética em célula germinal humana, zigoto ou embrião humano parece revelar decisão legislativa calcada também em preocupações eugênicas. A prática da engenharia genética em tais células poderia ser conduzida por propósitos eugênicos variados. No entanto, não restou clara a abrangência da referida previsão legislativa, no sentido de esclarecer se a proibição abrange qualquer tipo de manipulação biológica e/ou terapia gênica que envolva os entes celulares identificados[33].

Paulo Vinícius Sporleder de Souza afirma que os crimes de engenharia ou manipulação genética humana são "aquelas atividade que, de forma programada, permitem modificar (total ou parcialmente) o genoma humano, com fins não terapêuticos reprováveis,

---

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

[32] OSSWALD, Walter. Diagnóstico genético e medicina predizente. Diagnóstico prénatal. *In:* ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética.* Coimbra: Almedina, 2005, p.22.

[33] Maria Auxiliadora Minahim alerta para a necessidade de clarear o tipo previsto na lei 11.105/2005, a fim de que não haja confusão com outras técnicas e afirma que "a forma de manipulação proibida é a que faz por engenharia genética", que visa a alteração do patrimônio genético da célula (MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.124).

através da manipulação de genes"[34].

Sem prejuízo da vedação acima citada, José de Oliveira Ascensão identifica plausibilidade nas intervenções terapêuticas em células germinativas com a finalidade de "afastar genes malignos que se comuniquem à descendência"[35]. Para parte dos especialistas, a situação chancelaria a prática eugênica negativa, tendo em vista o objetivo de obter gametas livres de doenças.

O inciso IV do art. 3º da lei citada determina que engenharia genética é a "atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante"[36], o que não esclarece o alcance exato da conduta vedada. Resta necessário esclarecer se a lei proíbe qualquer forma de manipulação genética, o que inclui a terapia gênica. Parte da doutrina tem caminhado no sentido de interpretar a vedação apenas quanto às condutas que modifiquem a estrutura do DNA celular, de modo a excluir do dispositivo a terapia gênica celular, que tem como objetivo sanar enfermidades genéticas constatadas[37].

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

Sobre a terapia gênica, alguns autores alertam, ainda, para a possibilidade de promover alterações genéticas não terapêuticas, com o objetivo de melhorar a condição genética do futuro indivíduo, como no caso da inserção de um gene que melhore algum aspecto, como beleza, inteligência, ou, mesmo o prolongamento da vida. Isto é chamado de terapia gênica de melhoria[39].

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

[34] SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. *Direito Penal Genético e a Lei de Biossegurança.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.24.
[35] ASCENSÃO, José de Oliveira. Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica. *In:* ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética.* Coimbra: Almedina, 2005, p.35.
[36] BRASIL. Lei 11.105/2005. Disponível em: <www.planalto. gov.br/lei/L11105>. Acesso em: 07 set. 2011
[37] *Cf.* MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.124
[38] GONZÁLEZ, Sonia Sánchez. Proyecto genoma humano visto desde el pensamiento de la complejidad. implicaciones bioéticas. *Acta Bioethica*, 2008, v.14, p.145.
[39] YUNTA, Eduardo Rodríguez. Terapia génica y princípios éticos. *Acta Bioethica*, 2003, ano IX, n.1, p74.

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

4.3 REPRODUÇÃO E EUGENIA

As situações que envolvem direitos reprodutivos estão relacionadas diretamente à possibilidade de concretização de condutas eugênicas. O conceito de eugenia traz consigo forte carga histórica e agrega, com o desenvolver do tempo, realidades novas contextualizadas por demandas sociais diferentes, benefícios e riscos científicos variados, fatos precursores, conforme Jürgen Habermas, de uma eugenia liberal, pautada na oferta e na procura[40].

A primeira questão a ser resolvida é, justamente, a apreensão adequada do conceito *eugenia*, com o objetivo de construir limites éticos e normativos que justifiquem a vedação e a permissão das condutas.

A eugenia surge na medicina, em especial, a partir do médico e matemático Francis Galton, que a definiu como "o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente". Galton propõe que a seleção natural das espécies, proposta por Charles Darwin, seja complementada por uma seleção artificial, pois deve-se recorrer a "todos os conhecimentos obtidos pelo estudo e pelo processo de evolução nos tempos passados, para promover o progresso físico e moral no futuro". Tal progresso pode ser alcançado por meio de casamentos "dos especialmente sãos e inteligentes" e dificultando a reprodução dos "socialmente menos dignos (porque portadores de doença familiar, nomeadamente mental, ou porque alcoólicos ou criminosos) ao longo de sucessivas gerações"[41].

Costuma-se distinguir a eugenia em função da finalidade a qual ela é destinada[42]: a negativa, que visa à eliminação ou o afastamento da descendência indesejada (como no descarte de células germinativas e embriões defeituosos por deficiências genéticas e no aborto por conta de anomalias diagnosticadas); e a positiva, pautada na seleção de características desejadas (cor dos olhos, cabelos, e determinados padrões fenotípicos).

A associação das possibilidades eugênicas às tecnologias reprodutivas aponta para a necessidade de revisar o conceito clássico de eugenia. Tais práticas ganham nova

[40] HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
[41] GALTON, Francis *apud* MELO, Helena Pereira de. O Eugenismo e o Direito. *In: Manual de Biodireito.* Coimbra: Almedina, 2008, p.25-26.
[42] HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade genética & Direito da personalidade.* Curitiba: Juruá, 2008, p.164-165.

"roupagem", por estarem inseridas num novo contexto socioeconômico, propiciado por motivações de índole liberal, e passam a ser conhecidas como neoeugênicas[43].

Em torno das mudanças sociais e das novas demandas de mercado, que revelam, na verdade, vontades individuais, movidas por objetivos específicos, pode-se situar a eugenia liberal[44] ou a neoeugenia. Esta prática seletiva propicia a concretização de desejos advindos do atual estágio do desenvolvimento científico e descortina uma realidade de riscos não claramente conhecidos porque lida com o conhecimento biotecnológico. Esse é o estágio atual da eugenia. A eugenia liberal, conforme afirmou Habermas, evidencia alguns fatores culturais e morais que se diferenciam da época nazista.

A ciência, hoje, tem evidenciado que a informação genética pressupõe regras não deterministas, "o *screening* genético de doenças monogênicas, como Huntington e Alzheimer, não garante a manifestação da doença no futuro, pois depende também da expressividade e penetrância do gene identificado"[45]. Dessa maneira, embriões, fetos e indivíduos portadores de genes mutados (ou reveladores de alterações cromossômicas) podem nunca apresentar doença, considerando a regra de não determinismo da informação encontrada. Há fatores que favorecem (ou desfavorecem) a manifestação da patologia genética.

Não emitir disciplina jurídica, por meio de atos legislativos, a algumas condutas consideradas eticamente inadequadas implica no risco de encará-las como legítimas e lícitas, considerando a não existência de dispositivos que expressamente as proíbam[46]. O tratamento normativo da eugenia no Brasil é, inegavelmente, incipiente, pois carece, de início, de esclarecimentos quanto a alguns conceitos legais e quanto à extensão de aplicação de determinados dispositivos.

5 PARÂMETROS ÉTICOS E NORMATIVOS PARA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO

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

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

[43] *Cf.* AGUIAR, Mônica; FRAGA, Ivana. Neoeugenia: o limite entre a manipulação gênica terapêutica ou reprodutiva e as práticas biotecnológicas seletivas da espécie humana. *Revista Bioética*, 2010, v.18.
[44] HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
[45] SEGRE, Marco; GATTÁS, Gilka Jorge Figaro; WUNSCH FILHO, Victor. Genética, biologia molecular e ética: as relações trabalho e saúde. *Revista Ciência e Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, n.7, 2002, p.165.
[46] *Cf.* LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana E. *Procreación Humana artificial:* Um desafio bioético. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995, p.47.

normativo das práticas eugênicas demanda a apropriação da proteção ao patrimônio genético como o limite a elas, considerando sua natureza constitucional. A dignidade, seja interpretada como fundamento, princípio ou valor, contorna a legitimidade da preservação da manifestação natural das características genéticas da humanidade, garantindo que o homem permaneça, em sua essência, sempre com um fim em si mesmo e nunca como um meio a serviço de alguma coisa ou de alguém. No plano constitucional, a partir da sistemática dos direitos fundamentais, pode-se retirar diretamente a necessária proteção do patrimônio genético.

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

O aconselhamento genético pré-conceptivo, usado como referência em alguns planejamentos reprodutivos, antes da concepção natural ou artificial, para decidir se serão utilizados os gametas do casal ou os gametas de outrem, não é proibido pela legislação brasileira. As informações genéticas propiciadas pela sua realização podem consistir na identificação da probabilidade de manifestação de doenças futuras ou, mesmo, no estudo das regras de transmissibilidade de características fenotípicas. A sua legitimidade está, justamente, na primeira finalidade: a consecução de análise genética sobre a possibilidade de manifestação de doenças.

Ainda que, para alguns especialistas, a conduta pareça traduzir uma prática de natureza eugênica, a sua legitimação parte da incidência do direito à saúde, manifestado pela possibilidade de poder decidir pela concepção de filhos saudáveis ou não. O exame se processa em fase pré-conceptiva, onde inexiste sequer a fecundação dos gametas, muito menos a nidação.

Se, de algum modo, o aconselhamento genético ou qualquer exame desta natureza for efetivado fora do âmago terapêutico, ou seja, com vistas às escolhas de padrões fenotípicos específicos, como cor de cabelo e olhos, intelecto e características físicas, os fundamentos que podem legitimá-lo não mais incidirão. A inexistência de legislação sobre procedimentos reprodutivos no Brasil corrobora a falta de esclarecimento sobre o uso adequado e legítimo do aconselhamento genético, contribuindo para ausência de disciplina jurídica da eugenia em matéria de direitos reprodutivos. Sugere-se, desse modo, a disciplina dos recursos preditivos pré-conceptivos em sede de Resolução do Conselho Federal de Medicina com o objetivo de tornar claro, para os profissionais que lidam com a especialidade, os objetivos adequados da técnica.

A proibição de realização da engenharia genética em células germinativas e em

embriões, conforme os arts. 6º, III, e 25 da lei de biossegurança, evidencia a preocupação com a necessidade de proteger a integridade do patrimônio genético humano, mas, também, revela postura legislativa que serve para condenar tentativas eugênicas expressadas por experimentos e manipulações que visam atender a um padrão genotípico específico mesmo antes da concepção.

A lei 11.105/2005 não traçou limites quanto ao esclarecimento sobre a extensão da vedação acima. No entanto, é plausível que se exclua do tipo em questão a terapia gênica, conduta com vistas a sanar possível enfermidade biológica diagnosticada nas células germinativas ou no embrião, no sentido de conceder-lhes condição saudável para desenvolvimento gestacional. A proibição do art. 25 encontra respaldo no que tange às condutas com finalidade de alteração da estrutura do DNA da célula, excluídas as que, mediante manipulação humana, têm o fulcro de atribuir-lhe condição de viabilidade e saúde, como é o caso da terapia gênica.

A reprodução heteróloga envolve um contrato firmado junto a uma clínica de fertilização que usará material biológico doado (óvulo ou sêmen). Não há parâmetros claros estabelecidos por lei no que tange ao uso do recurso heterólogo na procriação. Na verdade, o procedimento pode ser utilizado por pessoas solteiras, viúvas ou casais homossexuais[47], que não possuem necessariamente uma questão patológica, como infertilidade ou esterilidade, mas, sim, um impedimento biológico e circunstancial, que é a falta do outro genitor ou do genitor de sexo oposto para concretização da gestação. Um dos pontos centrais desta relação assenta nos critérios adequados para escolher o doador ou a doadora dos gametas. A questão está cingida à mera recomendação do Conselho Federal de Medicina, por Resolução, que determina que a escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade, que, dentro do possível, deverá garantir a maior semelhança fenotípica e imunológica com a receptora[48]. A supracitada recomendação parece não exalar um critério satisfatório para fins de combate à eugenia por abrir possibilidade real de legar a questão à vontade de cada indivíduo.

O contrato de reprodução heteróloga deve ser celebrado com vistas à necessária proteção à diversidade biológica, exalada da tutela constitucional do patrimônio genético humano. A reprodução artificial heteróloga deve assemelhar-se, o máximo possível, à procriação natural. Dessa forma, se o processo heterólogo for almejado por um casal, a escolha do padrão fenotípico do doador deve ser pautada pela manifestação do padrão

[47] Não há lei que limite a realização da reprodução heteróloga a casais.
[48] BRASIL. CFM. Resolução 1957/2010. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes>. Acesso em: 07 set. 2011.

fenotípico do casal que demanda a reprodução. De igual modo, se a demanda for de pessoa solteira ou viúva, o padrão fenotípico a ser escolhido deve assemelhar-se ao do demandante.

As clínicas de reprodução humana, responsáveis pela captação de doadores e uso do material biológico doado, devem manter compromisso com o respeito ao padrão natural de manifestação fenotípica da espécie humana. A decisão pela escolha das características do doador não deve ser guiada pela simples manifestação de vontade do casal, do solteiro ou viúvo, sob pena de que a escolha releve critérios subjetivos e pessoais que muito se aproximam de condutas eugênicas.

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

O art. 5º, I, da lei 11.105/2005 admite a possibilidade de que embriões inviáveis sejam doados às pesquisas com células-tronco. O cerne do problema está no conceito de inviabilidade embrionária, que sugere ausência de desenvolvimento celular normal e/ou presença de anomalias ou alterações genéticas e cromossômicas. Não são poucas as questões que envolvem as tentativas de compreensão do referido conceito.

A inexistência de legislação específica sobre reprodução artificial e a ausente definição de inviabilidade embrionária corroboram a problemática citada. É necessário a adoção de um conceito, fatalmente fincado em premissas médicas, como constantemente adotou a lei 11.105/2005, sobre as características de um embrião inviável. Legitimar o uso do diagnóstico pré-implantacional (inquestionavelmente necessário à prática da reprodução artificial) perpassa pela adoção de um conceito para inviabilidade embrionária, que não é subjetivo nem alçado às análises pessoais. A medicina, que tanto auxiliou a elaboração da lei 11.105/2005, é o único vetor capaz de determinar este conceito.

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

5 CONCLUSÃO

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

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

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

A análise da decisão seletiva deve ser verificada a partir das situações pré-conceptiva e pós-conceptiva, considerando os argumentos éticos e jurídicos que legitimam ou proíbem a prática almejada. Para isso, é necessário considerar a incidência do direito à saúde, premissa que pode legitimar o aconselhamento genético, o diagnóstico pré-implantacional e a terapia gênica, quando assentados em necessidades estritamente terapêuticas e não em demandas pessoais e subjetivas.

A existência de uma necessidade terapêutica, portanto pautada na condução de um protocolo de tratamento com vistas a minimizar ou curar a doença, é situação que pressupõe uma análise médica e não se confunde com desejos reprodutivos relacionados à idealização de um padrão fenotípico perfeito. A necessidade terapêutica, como corolária ao direito fundamental à saúde, é o único caminho capaz de legitimar possíveis escolhas dentro desse processo. No entanto, conforme demonstrado, ela precisa ser balizada por imperativos éticos e morais, nunca mascarada em discursos científicos de profissionais interessados em atender às demandas abusivas de particulares.

No Brasil, o tratamento normativo da eugenia é incipiente. Não há legislação sobre reprodução humana artificial e a lei 11.105/2005 pouco se preocupou com a matéria, mantendo conceitos imprecisos e abrindo brechas para práticas eugênicas que não consubstanciam necessidades terapêuticas e tentam respaldo no direito à liberdade e na força da autonomia privada como um pré-requisito para a livre formação dos contratos.

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

ANÓN, Carlos Lema. *Reproducción, Poder y Derecho.* Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica. *In:* ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética.* Coimbra: Almedina, 2005, p.25-47.

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

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

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

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

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

COOPER, Geoffrey M.; HAUSMAN, Robert E. *A célula:* uma abordagem molecular. Boston University. Tradução de Maria Regina Borges-Osório. 3.ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

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

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*: uma introdução. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. *In:* CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.301-308.

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

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

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

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

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

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

MELO, Helena Pereira de. O Eugenismo e o Direito. *In: Manual de Biodireito.* Coimbra: Almedina, 2008.

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

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

ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico-científico Del concebido artificialmente. Em el marco de la experimentación gênica.* Barcelona: Editorial Bosch, 2002.

OSSWALD, Walter. Diagnóstico genético e medicina predizente. Diagnóstico prénatal. *In:* ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética.* Coimbra: Almedina, 2005, p.17-24.

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

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

ROCA i TRÍAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. *In:* CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.100-126.

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

SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. *In:* MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). *Biodireito em discussão.* Curitiba: Juruá, 2008, p. 19-30.

SEGRE, Marco; GATTÁS, Gilka Jorge Figaro; WUNSCH FILHO, Victor. Genética, biologia molecular e ética: as relações trabalho e saúde. *Revista Ciência e Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, n.7, 2002, p.159-167.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. *Direito Penal Genético e a Lei de Biossegurança.* Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. *In:* CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.309-323.

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

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

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

FOCANDO NAS SOMBRAS DA ADPF54: PROMOÇÃO DA SAÚDE DA MULHER COMO DEVER ÉTICO DE PROTEÇÃO DA NATALIDADE.

FOCUSING IN THE SHADOWS OF *ADPF54*: WOMEN'S HEALTH PROMOTION AS ETHICAL DUTY OF NATALITY PROTECTION.

Luciano Machado de Souza

> *"Contemporâneo é aquele que recebe em pleno rosto o facho de trevas que provém do seu tempo." (Giogio Agamben).*

RESUMO: A declaração de atipicidade da interrupção de gestação de anencéfalo praticada por médico, com o consentimento da gestante, ao tempo que valoriza a dignidade e a liberdade da mulher, deve despertar os brasileiros para a promoção de ações sanitárias dedicadas à redução do número de casos da malformação fetal, também relacionada com deficiência nutricional. O dever ético do contemporâneo agambeniano implica que o sujeito enxergue nas luzes da decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF54) o escuro da vida que não foi negada só na quarta semana da gravidez, mas muito antes. A omissão na promoção da saúde das mulheres em condições concepcionais contribui para a negação da condição humana de um ser que poderia mudar o mundo com suas ações. Sem capacidade de *autopoiese*, porém, só serve para causar dor e frustração. A solução jurídica, que não conforta todos, permite ver a necessidade de promoção da saúde feminina que, no limite, também afeta o futuro da humanidade. Agir para que todos nasçam com cérebro em condições de *autopoiese* é dever ético que desafia a promoção da vida. Se a ética funda-se no amor, a ação do sujeito contemporâneo deve pautar-se em atos de amor pela humanidade, dentre os quais merece destaque a proteção da natalidade.

PALAVRAS-CHAVE: ANENCÉFALOS. SAÚDE. ÉTICA. ADPF54.

ABSTRACT: The adjudication that declared the anencephalic pregnancy interruption practiced by doctors, with the pregnant's consent, is not a crime, while it values the women's dignity and freedom, must arouse the Brazilians to promote health activities in order to reduce the number of cases of fetal malformation, also related to nutritional deficiency. The ethical duty of the agambenian contemporary implies the subject see on the lights of *Supremo Tribunal Federal´s* decision (*ADPF54*) the darkness of life that was denied not only in the fourth week of pregnancy, but much earlier. The omission from the women's health

promotion in conception conditions contributes to deny the human condition of a being who could change the world with his/her actions. Without the autopoiesis ability, however, it only serves to cause pain and frustration. The judicial solution that does not comfort everyone, allows see the need to promote women's health that, on limit, it also affects the future of humanity. To act so that all are born with autopoiesis brain conditions is an ethical duty that challenges the promotion of life. If ethics can be grounded in love, the action of the contemporary subject must be based on acts of love for humanity, among such important topics, the natality protection should be highlighted.

KEY WORDS: ANENCEPHALICS. HEALTH. ETHICS. ADPF54.

INTRODUÇÃO

O julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 (ADPF54) resultou na declaração de atipicidade da interrupção de gestação de anencéfalo praticada por médico com o consentimento da gestante. A análise do julgamento permite verificar que as luzes festejadas pelos movimentos promotores da liberdade e da dignidade feminina também refletem o escuro da contemporaneidade, do qual trata Giorgio Agamben (2009). Tal escuro não converge, necessariamente, com os argumentos dos movimentos filosóficos, religiosos ou políticos que restaram contrariados no plano contramajoritário da jurisdição constitucional. Em ambiente laico fundado na dignidade do humano, a vida negada é o facho de trevas que deve desassossegar o brasileiro contemporâneo, se atento para a taxa de incidência da anencefalia no país. Há algo que pode ser feito para que gestantes sejam poupadas desse tipo de sofrimento?

A questão que não interessava à jurisdição constitucional, não pode ser negligenciada em plano ético, no qual os movimentos que divergem moralmente podem se unir para construção de políticas públicas voltadas à proteção da mulher e, consequentemente, dos nascituros.

Visando contribuir para a reflexão (e ação!), o artigo apresenta uma síntese do processamento da ADPF54 para colocar o problema na perspectiva agambeniana, visando à demonstração das sombras anunciadas no título. A importância da saúde feminina para gestação de humanos saudáveis, capazes de *autopoiese*[1] (segundo Maturana e Varela),

[1] O conceito de *autopoiese* será desenvolvido na seção 3.

fundamenta a possibilidade de ação. A perspectiva de demonstração da vida negada (conforme Dussel) pretende, no radical, evidenciar o dever ético de proteção da natalidade que deve desconfortar todos os comprometidos com a humanidade.

1 ADPF 54: SÍNTESE DO PROCESSAMENTO

Preliminarmente, registra-se que o acórdão da Arguição de Descumprimento de Prefeito Fundamental (ADPF) nº 54 ainda não havia sido publicado quando este trabalho foi redigido. Não obstante, as duas sessões plenárias extraordinárias nas quais o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o caso foram transmitidas pela TV Justiça e estão disponíveis na internet[2], servindo para a análise do julgamento que será desenvolvida (SESSÕES..., 2012).

Analisando o andamento processual registrado no sítio do STF, verifica-se que o pedido foi ajuizado em junho de 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declaração da inconstitucionalidade de interpretação de artigos do Código Penal que lesavam o direito subjetivo da gestante de feto anencefálico de se submeter a procedimento de antecipação terapêutica do parto sem prévia autorização judicial. Afirmando que a hipótese não configurava aborto, porque a má-formação congênita afetava a potencialidade de vida extra-uterina, a arguente sustentou violação da dignidade da gestante (em condição análoga de torturado), além de ofensa à legalidade, à liberdade (autonomia da vontade) e ao direito à saúde.

O controle de constitucionalidade dos dispositivos legais envolvidos, como direito pré-constitucional, foi especificamente cotejado para demonstração da inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade que decorria das interpretações inadequadas que emanavam de atos estatais (normativos, administrativos e judiciais).

Depois de indeferir todos os pedidos de intervenção de terceiros (*amicus curiae*), o Ministro-Relator abriu o procedimento concentrado para interlocução do Tribunal com a sociedade em audiências públicas nos dias 26 e 28 de agosto, 04 e 16 de setembro de 2008, nas quais foram ouvidos representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; da Igreja Universal; da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família; da Católicas pelo Direito de Decidir; Associação Médico-Espírita do Brasil – AME; do Conselho Federal de Medicina; da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia; da

[2] Nessas horas pesa ao sujeito profanar os dispositivos, conforme sugere Agamben. Melhor acreditar que se aproveita a tecnologia de acordo com o "possível uso comum". (AGAMBEN, 2009, p. 40-51).

Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; da Sociedade Brasileira de Genética Médica; da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência; do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; da Escola de Gente; da Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF; da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; do Conselho Federal dos Direitos da Mulher; da Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos; do Conselho Nacional de Direitos da Mulher; da Associação Brasileira de Psiquiatria; além do Ministro da Saúde José Gomes Temporão; dos Deputados Federais José Aristodemo Pinotti e Luiz Bassuma; dos médicos Cinthia Macedo Specian, Dernival da Silva Brandão e Elizabeth Kipman Cerqueira; e da Professora Lenise Aparecida Martins Garcia (AUDIÊNCIAS..., 2008). A contribuição desses momentos será destacada oportunamente.

Com manifestações favoráveis da Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República, foram realizadas as sessões extraordinárias de julgamento nos dias 11 e 12 de abril de 2012. Após a leitura dos votos e manifestações dos Ministros, a maioria julgou o pedido procedente, nos termos do voto do Relator Marco Aurélio (acompanhado de Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Britto), para "declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal" (BRASIL, 2012b). Os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello também votaram pela procedência, mas condicionavam o diagnóstico da anencefalia. Os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram pela improcedência.

O propósito desta pesquisa não permite a análise mais detida dos fundamentos das manifestações dos Ministros[3], tanto daqueles que leram a íntegra dos votos que elaboraram, como daqueles que realizaram leitura parcial ou teceram considerações para aderirem aos fundamentos do Ministro-Relator Marco Aurélio, que primeiro afirmou a laicidade (neutralidade) do Estado, remetendo questões morais e religiosas à esfera privada[4]; negando deliberação sobre descriminalização do aborto, esclareceu que se tratava de antecipação terapêutica de parto e reconheceu que a dignidade da mulher conflitava com interesses de parte da sociedade (que visa à proteção de todos), tanto que afastou possibilidade de aproveitamento de órgãos do anencéfalo para transplante, porque ofensivo à dignidade da gestante (que não poderia ser obrigada ao gesto de solidariedade). Considerando o anencéfalo

[3] Vislumbra-se que tal análise já tenha sido realizada por Luciano Machado de Souza (2012).

[4] No plano da semiótica, interessante anotar que a argumentação de laicidade do Ministro mencionou expressamente a decisão do Conselho Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, que determinou a retirada de símbolos religiosos dos espaços públicos do Judiciário gaúcho, e afirmou perplexidade em relação à expressão "Deus seja louvado" contida nas cédulas de real . Não obstante, os planos abertos de câmera da TV Justiça mostravam que o crucifixo da parede do fundo do plenário continuava ao lado do brasão da República.

um morto cerebral (sem atividade cortical), afastou a aplicação da Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas e disposições constitucionais relacionadas à proteção da criança e ao adolescente, posto não ser possível cogitar sobre existência de uma criança após o parto; ressaltando que natimorto cerebral não tem potencialidade de vida, negou-lhe tal direito para afastar o conflito de direitos fundamentais e, consequentemente, a proteção jurídica configuradora do crime. Afirmando a atipicidade da conduta, sustentou que o direito à vida não é absoluto, e admite gradações (conforme já afirmado na ADI 3510), tanto que o aborto ético (decorrente de estupro) é salvaguardado da tipicidade desde 1940, sem qualquer arguição de inconstitucionalidade. Acolhendo o direito à saúde como direito ao bem-estar físico e mental, destacou a decisão do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas no "Caso K.L. contra Peru", que considerou a obrigação de gestação de anencéfalo equiparada à tortura. Afastando a imposição da antecipação do parto, ressaltou que a autorização para o exercício da autodeterminação valorizava a privacidade e a dignidade das gestantes de anencéfalos. Por outro lado, destacou que a imposição da gestação se mostrava desarrazoada na ponderação da vida inviável do feto com o sacrifício da mulher, assemelhadas a "caixões ambulantes"; também ofendia princípios constitucionais basilares da dignidade, da liberdade (autonomia e privacidade), do direito à saúde e ao pleno reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Por fim, afirmando competir ao STF o asseguramento do pleno exercício da liberdade de escolha da esfera privada, orientou a maioria na declaração da inconstitucionalidade de interpretação tipificadora da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, conforme requerido na inicial (VOTO..., 2012).

O fato dos cinco Ministros que acompanharam o Relator[5] no afastamento da tipicidade terem utilizado argumentos distintos demonstra um problema de deliberação, a falta de interação já observada por Virgílio Afonso da Silva:

> Neste ponto, é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja soma de 11 vozes dissociadas. Em sua forma atual, não há deliberação, não há busca de clareza ou de consenso, não existem concessões mútuas entre os ministros. Se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um *locus* privilegiado da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é preciso repensar a forma de deliberação do STF. Além disso, parece-me claro que uma unidade institucional é pré-requisito pra o diálogo, já que o diálogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições. (SILVA, 2009, p. 219).

[5] Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Britto (BRASIL, 2012b).

Não obstante, é possível afirmar que o princípio da dignidade da mulher gestante de anencéfalo (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal) sobressai do conjunto fundante dos outros cinco votos como preceito fundamental violado pela interpretação que incriminava a interrupção da gestação, embora também acessados os princípios da liberdade (como autonomia privada, autodeterminação sexual e reprodutiva) e da proteção da saúde.

Em suma, o STF afirmou que a interpretação de dispositivos pré-constitucionais (do Código Penal de 1940) que incriminavam a interrupção de gestação de anencéfalo ofendiam preceitos fundamentais da Constituição Federal e, por isso, ficam sujeitos à interpretação conforme que garante a dignidade e a liberdade (autonomia) da gestante poder optar em interromper a gravidez com a antecipação terapêutica do parto.

2 A VIDA DO ANENCÉFALO E A DIGNIDADE DA GESTANTE: ENTRE LUZES E SOMBRAS

Giorgio Agamben reflete sobre o significado de ser contemporâneo a partir do intempestivo nietzchiano, marcado pela desconexão e dissociação; só é verdadeiramente contemporâneo o "inatual", aquele que não coincide e nem está adequado às pretensões do próprio tempo, de forma a ser capaz de perceber e apreender através desse deslocamento e discronia:

> A contemporaneidade, portanto, é uma singular relação com o próprio tempo, que adere a este e, ao mesmo tempo, dele toma distâncias; mais precisamente, essa é a relação com o tempo que a este adere através de uma dissociação e um anacronismo. Aqueles que coincidem muito plenamente com a época, que em todos os aspetos a esta aderem perfeitamente, não são contemporâneos porque, exatamente por isso, não conseguem vê-la, não podem manter fixo o olhar sobre ela. (AGAMBEN, 2009, p. 59).

Essa presença que se ausenta ao perceber o incompleto (o provisório) também é acessada pela poesia de Osip Mandelstam ("O século"), que coloca o indivíduo (poeta) como instrumento de rompimento e (simultaneamente) ligação da própria época: "*O poeta, enquanto contemporâneo, é essa fratura, é aquilo que impede o tempo de compor-se e, ao mesmo tempo, o sangue que deve suturar a quebra.*" (2009, p. 61).

A percepção dessa contemporaneidade, contudo, impõe mais do que ver as luzes do próprio tempo; exige a percepção dos escuros: "*Contemporâneo é, justamente, aquele que*

sabe ver essa obscuridade, que é capaz de escrever mergulhando a pena nas trevas do presente." (2009, p. 63).

Valendo-se da neurofisiologia, Agamben sustenta que a visão do escuro não é resultado de inércia ou passividade dos sentidos, mas da ativação de células periféricas da retina em ausência de luz: o escuro é um produto da nossa retina! A aplicação da mesma lógica à reflexão sobre o contemporâneo permite-lhe afirmar que o escuro só poderá ser visto se houver desenvolvimento de habilidade capaz de neutralizar as luzes do próprio tempo sem, contudo, separá-las do escuro inerente.

Com auxílio da astrofísica, lembra que o escuro de um céu estrelado é resultado da expansão do universo que distancia galáxias de nós em velocidade superior àquela da própria luz, de tal forma as luzes daquelas mais remotas não consegue nos alcançar e permite a percepção do escuro. Na mesma lógica, ser contemporâneo implica perceber no escuro do próprio tempo a luz que não consegue nos alcançar. "*E por isso ser contemporâneo é, antes de tudo, uma questão de coragem: porque significa ser capaz não apenas de manter fixo olhar no escuro da época, mas também perceber nesse escuro uma luz que, dirigida para nós, distancia-se infinitamente de nós.*" (2009, p. 65).

Embora Agamben também utilize a moda para tratar da contemporaneidade, é a questão do(s) escuro(s) que interessa. Em razão disso, destaca-se o seguinte trecho da última parte do ensaio:

> Isso significa que o contemporâneo não é apenas aquele que, percebendo o escuro do presente, nele aprende a resoluta luz; é também aquele que, dividindo e interpolando o tempo, está à altura de transformá-lo e colocá-lo em relação com os outros tempos, de nele ler de modo inédito a história, de "citá-la" segundo uma necessidade que não provém de maneira nenhuma do seu arbítrio, mas de uma exigência à qual ele não pode responder. É como se aquela invisível luz, que é o escuro do presente, projetasse a sua sombra sobre o passado, e este, tocado por esse facho de sombra, adquirisse a capacidade de responder às trevas do agora. (AGAMBEN, 2009, p. 72).

A leitura contemporânea do julgamento da ADPF54, no sentido proposto por Agamben, desafia a percepção de escuros dentro das luzes que nos ofuscam; também desafia "fraturar" e "suturar" o tempo do próprio julgamento (que já é passado!) com o presente das gestações de anencéfalos que estejam em curso, e com o futuro desses humanos que já tiveram a vida negada porque a própria *autopoiese* não garante tempo extrauterino considerado razoável para permitir que seja digno de nascer. Não se propõe análise dos fundamentos éticos, morais ou jurídicos da decisão, que já foi até regulamentada pelo

Ministério da Saúde (BRASIL, 2012a). Espera-se apenas ler a história de tal forma que se possa contribuir, de alguma forma, para o desenvolvimento da humanidade.

Nesse sentido, as "luzes" da própria decisão se difundem em direções opostas, ambas ofuscantes de aspectos fundamentais do motivador do debate, a anencefalia. De um lado, organizações denominadas "feministas" comemoram o reconhecimento dos direitos à dignidade, saúde, liberdade, igualdade e autonomia reprodutiva das mulheres[6]. Do outro, e ainda durante o julgamento, a denominada "Frente Parlamentar Evangélica" noticiou que apresentaria uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) para "deixar claro, na Constituição Federal, que o direito à vida é inviolável desde a concepção" (BRAGA, 2012); também conseguiram que a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados desse prioridade e admitisse o processamento da PEC nº 3/2011, que visa alterar a redação do art. 49, inc. V, da Constituição Federal para autorizar o Congresso "sustar os atos normativos dos *outros poderes* que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa" [7]. A justificação informa claramente que a proposição visa garantir a competência legislativa exclusiva do Congresso em face da atribuição normativa dos outros poderes, que "tem natureza de verdadeiro controle político de constitucionalidade diante tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário." (BRASIL, 2011).

A imprensa destacou o fato, ligando-o à decisão da ADPF 54. Dentre as reportagens publicadas naqueles dias, destaca-se matéria da Gazeta do Povo, na qual René Dotti qualificou a proposta como "repugnante" e motivada por "perseguição religiosa", enquanto Luís Roberto Barroso vislumbra "subversão tão grande da estrutura constitucional que exigiria a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte para ser feita". Paralelamente, o Deputado Nazareno Fonteles (proponente) afirmou que o Legislativo precisa ser o poder mais forte da República, por seu caráter representativo, enquanto "o Poder Judiciário – que não é eleito, é nomeado – não tem legitimidade para legislar. (...) Aliás, fomos nós que fizemos a Constituição". Outro a criticar o "ativismo judiciário" foi o líder da bancada evangélica, Deputado João Campos (PSDB-GO): "Precisamos pôr um fim nesse

[6] O sítio "Viomundo" destacou no dia seguinte ao encerramento do julgamento a opinião de várias mulheres, algumas representantes das seguintes entidades: Articulação de Organizações de Mulheres Negras Brasileiras; Católicas pelo Direito de Decidir; Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ; Coletivo Feminino Plural; Comissão de Cidadania e Reprodução; Centro Feminista de Estudos e Assessoria e Observatório de Sexualidade e Política. (LEMES, 2012).

[7] A atual redação permite que o Congresso suste os atos normativos "do Poder Executivo", único autorizado constitucionalmente a receber delegação parlamentar para legislar (art. 68, da Constituição federal). Importa registrar que o denominado "poder normativo" da Justiça do Trabalho (redação original do art. 114, par. 2º, da Constituição Federal) foi superada com a "Reforma do Judiciário" (EC 45/04). Persiste, contudo, a função regulamentadora da Justiça Eleitoral, fundada no Código Eleitoral (art. 1º, e 23, inc. I, da Lei nº 4.737/65), na Lei das Eleições (art. 105, da Lei nº 9.504/97) e na Lei dos Partidos Políticos (art. 61, da Lei nº 9.096/95).

governo de juízes. Isso já aconteceu na questão da união estável de homossexuais, da fidelidade partidária, da definição do número de vereadores e, agora, no aborto de anencéfalos". Para o líder do PSol, Deputado Chico Alencar (RJ), o desejo de reação da Câmara pode sustentar a proposta: "Essa proposta é tão irracional e ilógica quanto popular e desejada aqui dentro. Vai virar discurso de valorização do Legislativo" (GARCIA, 2012).

Dispensando-se a análise de outras proposições legislativas que envolvem a proteção do nascituro e a questão do aborto[8], importa destacar que as luzes da decisão atingiram "vencedores" e "vencidos" e refletiram para toda a sociedade, envolvendo o cerne do debate sobre constitucionalismo e democracia: quem deve dar a última palavra? O Supremo Tribunal Federal deve continuar guardando a Constituição, e garantindo os direitos fundamentais (petrificados!), ou os representantes do povo no Congresso Nacional devem "falar por último"?

Focar essa questão crucial para o relacionamento interinstitucional implica ficar conectado no próprio tempo e consumido pela luz que chega ofuscante, impedindo ruptura-e-ligação das épocas no contemporâneo proposto por Agamben. Mais do que isso, impede a visão dos fetos "descartados"; antes as gestantes eram "caixões ambulantes", agora os fetos são "lixo". Se o debate instalado é efeito da inviabilidade de vida extrauterina do anencéfalo, não seria adequado – também! – perquirir sobre as causas do "defeito" do feto? No limite: há possibilidade de evitar ou reduzir a ocorrência de anencefalia? Eis o escuro que precisa ser enxergado!

3 ENXERGANDO O ESCURO: É POSSÍVEL EVITAR ANENCEFALIA?

> *"Hay una sola condición que nos permite darnos cuenta de nuestra ceguera: tenemos que ver y conocer, es decir que al comprender nuestra propia ceguera, dejamos de estar ciegos." (MATURANA; PÖRKSEN; 2004, p. 36).*

O sistema nervoso central é responsável pelo movimento e coordenação de todas as funções vitais (intelectivas, sensitivas e vegetativas) do homem, não sendo incomum a afetação por malformações decorrentes do desenvolvimento embriológico, dentre as quais a anencefalia é a forma mais letal.

Miryan Alberto e outros especialistas da Universidade de São Paulo informam que a "anencefalia é uma malformação congênita originada de uma neurulação anormal que ocorre

[8] Tal tarefa também já desenvolvida por Luciano Machado de Souza (SOUZA, 2012).

entre o 23º e o 28º dias de gestação resultando na ausência de fusão das pregas neurais e da formação do tubo neural na região do encéfalo" (ALBERTO, et al., 2010, p. 245). Os mesmos pesquisadores referem incidência de 18 casos para cada 10.000 nascidos vivos no Brasil, taxa mais de 50 vezes superior às da França, Bélgica e Áustria. A comparação ganha em dramaticidade se for considerado que a doença é relativamente comum, mas "vem decaindo nas últimas décadas de cinco para dois a cada 10 mil nascidos vivos." (2010, p. 247)

O Ministro Marco Aurélio utilizou esse conceito de anomalia caracterizada "pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária", destacando que o Brasil só perde para o Chile, para o México e para o Paraguai no número de casos de fetos anencéfalos[9].

Representando a Sociedade Brasileira de Genética Médica, na audiência pública do dia 28 de agosto de 2008, Saulo Raskin informou que a anencefalia é resultado de fatores genéticos e ambientais (multifatorial), dentre os quais a deficiência de ácido fólico pode ser prevenida; e deve ocorrer antes do fechamento do tubo neural do feto:

> Mas, enfim, quando a gestante descobre que está grávida e não utilizou ácido fólico, não adianta mais utilizar, porque já passou o momento de fechamento do tubo neural. No Brasil, isso é muito comum, nós atendemos todos os dias gestantes que descobrem que estão grávidas, vão ao obstetra marcar consulta e, então, o obstetra revela que não adianta mais usar o ácido fólico. [...] Realmente está comprovado cientificamente que o ácido fólico pode reduzir os riscos de anencefalia. Nos Estados Unidos, esse risco foi reduzido em 19% apenas; no Chile – a melhor experiência mundial -, em 42%. (RASKIN, 2008, p. 57; 62).

Nesse sentido, os especialistas da Universidade de São Paulo afirmam que, embora multifatorial, a ausência de ácido fólico no metabolismo das mães gestantes é o fator de risco mais importante, também ocasionado pelo alto índice de desnutrição dos países subdesenvolvidos. Em contraste, o programa estadunidense de adição de ácido fólico em alimentos consumidos em grande escala pela população conseguiu reduzir em torno de 19% dos casos de doenças do tubo neural. (ALBERTO, et al., 2010, p. 247)

O êxito da fortificação de farinhas com ácido fólico na prevenção de anomalias do tubo neural foi destacado pela Organização Mundial de Saúde:

> En estudios realizados adecuadamente en los Estados Unidos (Williams LJ et al, 2002), Canadá (De Wals P et al, 2007) y Chile (Hertrampf E & Cortes F, 2004) se han registrado descensos del 26%, 42% y 40%, respectivamente, en la tasa de nacimientos con anomalías congénitas del tubo neural, tras la

[9] Nesse sentido se manifestaram em audiência pública José Aristodemo Pinotti, Thomaz Rafael Gollop, Lia Zanotta Machado e Talvane Marins de Moraes. (AUDIÊNCIAS..., 2008)

> aplicación de normas nacionales que exigen fortificar la harina con ácido fólico. La fortificación de la harina de trigo y maíz con ácido fólico aumenta el consumo de folato en mujeres y puede reducir el riesgo de malformaciones del tubo neural y otras anomalías congénitas. (ORGANIZACION..., 2009, não paginado).

Seguindo tal recomendação, o Ministério da Saúde regulamentou a obrigação de adição de ácido fólico nas farinhas de trigo comercializadas no Brasil (BRASIL, 2001), e recomenda – especificamente - a ingestão de suplementação diária no período periconcepcional (BRASIL, 2006). Naquele tempo, Dafne Horovitz *et al.* já advertiam para a necessidade de estudos epidemiológicos para aferição da eficiência do programa de fortificação de farinhas, que podia ser afetado dimensões continentais do país e respectiva diversidade de hábitos alimentares (HOROVITZ; LLERENA JR; MATTOS, 2005, p. 1061).

Marcelo Lima (e outros) também destacaram que a diversidade dos hábitos alimentares dos brasileiros pode estar contribuindo para a reduzida eficiência do programa de fortificação de farinhas, enquanto a suplementação perioconcepcional carece de promoção e divulgação:

> No Brasil o programa de fortificação foi implantado em junho de 2004 e estudos recentes apontam para redução da incidência dos DATN (defeitos abertos do tubo neural); entretanto não com a mesma intensidade que é observada em outros países, em particular nos desenvolvidos. Alguns pesquisadores atribuem este fato à grande diversidade de hábitos alimentares existente neste país, sendo de grande importância para a otimização da eficiência do programa considerar este aspecto em sua implantação. Em paralelo, o conhecimento sobre a importância do ácido fólico periconcepcional por usuárias e profissionais de saúde aumentou, ainda que de forma tímida, sendo necessária ampla divulgação e promoção do uso dos folatos neste período. (LIMA, et al., 2009, p. 574).

No mesmo sentido, Rodolfo Acatauassú Nunes destacou na audiência pública do dia 26 de agosto de 2008 um estudo que já confirmava o problema da diversidade nutricional: “o pessoal do nordeste, que come menos farinha, está recebendo menos ácido fólico. Então, já se verifica que o sul está comendo mais e o nordeste está comendo menos farinha.” (NUNES, 2008, p. 31).

Na audiência pública do dia 04 de setembro de 2008, Therezinha do Nascimento Verreschi foi mais contundente em relação ao projeto brasileiro de prevenção:

> O outro fator é a questão do controle do ácido fólico. Ele é essencial para a síntese dos precursores, que fazem a síntese e metilação do DNA. Na realidade, esse fator é essencial. Tentou-se pelo Ministério da Saúde, mas sabe-se que o processo, que se iniciou em anos recentes, ainda não está

> completamente avaliado e precisa de sua fiscalização e de sua avaliação epidemiológica. É preciso ter um desenho epidemiológico – como houve nos Estados Unidos e em alguns países da Europa Oriental -, porque, recentemente foi dito que esse procedimento no Brasil não foi eficaz. Isso ocorreu porque não houve o planejamento científico que deveria ter sido feito nem o seguimento desse processo de avaliação de pesquisa sobre a sua utilização. (VERRESCHI, 2008, p. 38).

Por outro lado, Argüello e Solis também advertem para a necessidade de avaliação dessas políticas preventivas quando analisaram o impacto da fortificação de alimentos com ácido fólico nos defeitos do tubo neural na Costa Rica:

> El efecto de la fortificación de alimentos en la prevalencia de DTN [defectos del tubo neural] en Costa Rica es observado desde el primer trienio posterior al inicio de la fortificación. Em este sentido, durante el período 1998-2000 se registró una caída de 39% en la prevalencia de DTN, un efecto tempranode la fortificación que ya ha sido reportado por otros países como Chile, que comenzóa fortificar alimentos en 2000 y em apenas 20 meses notificó una baja de 31% en la prevalencia de DTN. Canadá es otro de los países que comenzó a fortificar alimentos desde 1998, logrando una disminución de 46% en la prevalência de DTN una vez completado el programa - una tasa menor a la conseguida en Costa Rica, donde fue de 58%. [...] Finalmente, se recomienda valorar la introducción de políticas de fortificación de alimentos con ácido fólico en los países de América Latina y el Caribe donde aún no se han implementado, complementándolas con el establecimiento de los mecanismos necesarios para evaluar adecuadamente esas políticas, por ejemplo registros de malformaciones congénitas y recursos de laboratorio para determinar los niveles de ácido fólico en sangre. (ARGÜELLO; SOLÍS, 2011, p. 4; 5).

Representando a Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto, o Deputado Federal Luiz Bassuma descreveu, na audiência pública do dia 28 de agosto de 2008, o “escuro” no qual a vida negada pode ser vista:

> Ora, parece que estamos aqui na Suécia ou na Suíça. Não estamos. Um dia o Brasil chegará nesses padrões de saúde pública, mas sabe quanto é o custo de um programa básico de saúde pública para reduzir a praticamente zero a incidência da anencefalia em uma gestante, principalmente entre as pessoas pobres? É uma substância chamada ácido fólico que, se for introduzida na dieta, é baratíssima, custa menos de um centavo. Vou repetir: menos de um centavo. Então, não se trata de um equipamento sofisticado, ultramoderno, que custa caro; não, isso, hoje, já se falou aqui que a incidência é baixíssima. O que foi mostrado aqui, neste Tribunal, dá 1/6.000 ocorrências. Se colocarmos em termos percentuais, vai dar 0,0000, mas existe. (BASSUMA, 2008, p. 46-47).

A vida negada que se vê na contraluz da festejada dignidade feminina não é só aquela do anencéfalo que nasce a cada três horas, aventada pelo Ministro Marco Aurélio no

início do seu voto (VOTO..., 2012). Mas aquela dos latino-americanos eventualmente subnutridos (subdesenvolvidos?!) do Chile, do México, do Paraguai e do Brasil – dos nordestinos?! É a vida daqueles que não comem farinha enriquecida com ácido fólico. É a vida dos menos esclarecidos[10]; no radical, é a vida dos pobres.

Não exigível do Supremo Tribunal Federal – na via da ADPF54! - que obrigasse o Estado brasileiro a promover campanhas de conscientização, ampliar a adição de ácido fólico nos alimentos e fornecer serviços de saúde adequados ao atendimento e monitoramento epidemiológico, as "luzes" da decisão que mobilizaram a sociedade em polos opostos deveriam primeiro revelar o âmago do problema; deviam motivar o combate à anencefalia, e não o combate do anencéfalo ou a condenação moral da gestante. Pertinente o raciocínio de Maturana (2004, p. 36): "Hay una sola condición que nos permite darnos cuenta de nuestra ceguera: tenemos que ver y conocer, es decir que al comprender nuestra propia ceguera, dejamos de estar ciegos."

Interpelado incessantemente pelo facho das trevas que já não oculta a visão do outro-eu, a sustentação do direito e da moral não prescinde de uma ética materialmente fundada no humano, principalmente naqueles que ainda não chegaram, e não merecem ter a vida negada por aqueles que temos a tarefa de "produzir e preservar o mundo para o constante influxo de recém-chegados que vêm a este mundo na qualidade de estranhos, além de prevê-los e levá-los em conta"; porque há um "novo começo inerente a cada nascimento de fazer-se sentir no mundo somente porque o recém-chegado possui a capacidade de iniciar algo novo, isto é, de agir" – já nos comprometia Hannah Arendt (ARENDT, 2001, p. 10-11). O anencéfalo que podemos salvar poderia ter sido um de nossos pais – podia ter sido eu?!

Entre ser e fazer (agir!), a intempestividade nietzschiana resgatada por Agamben é inconveniente; desconforta; e deve causar mal-estar:

> Por isso o presente que a contemporaneidade percebe tem as vértebras quebradas. O nosso tempo, o presente, não é, de fato, apenas o mais distante: não pode em nenhum caso nos alcançar. O seu dorso está fraturado, e nós nos mantemos exatamente no ponto da fratura. Por isso somos, apesar de tudo, contemporâneos a esse tempo. Compreendam bem que o compromisso que está em questão na contemporaneidade não tem lugar simplesmente no

[10] Marcelo Lima e outros informam: "No Brasil, estudo recente avaliou a prevalência do uso da suplementação de ácido fólico na gestação. Os autores evidenciaram a suplementação em 31,8% das mulheres durante a gravidez, e apenas em 4,3% no período periconcepcional. Foi observado que o uso da suplementação de folato foi três vezes superior nas mulheres de maior escolaridade. Outros fatores que elevaram o uso do micronutriente foi o número de consultas do pré-natal superior a sete e o fato de a gestação ter sido planejada. Os pesquisadores enfatizaram a necessidade de promoção e divulgação contínua da importância da suplementação periconcepcional do ácido fólico para profissionais da área de saúde envolvidos na assistência pré-natal." (LIMA, 2009, p. 573).

> tempo cronológico: é, no tempo cronológico, algo que urge dentro deste e que o transforma. E essa urgência é a intempestividade, o anacronismo que permite apreender o nosso tempo na forma de um "muito cedo" que é, também, um "muito tarde", de um "já" que é, também, um "ainda não". E, do mesmo modo reconhecer nas trevas do presente a luz que, sem nunca poder nos alcançar, está perenemente em viagem até nós. (AGAMBEN, 2009, p.65-66).

4 PROMOÇÃO DA SAÚDE COMO DEVER ÉTICO DE PROTEÇÃO DA NATALIDADE.

A promoção da saúde, principalmente de nascituros, deve ser tomado como dever ético a partir da proposta libertadora de Enrique Dussel[11], para quem o momento material da ética oferece aportes para compreender que a avaliação é uma característica humana estruturante da ética crítica na própria medida que, dialeticamente, também se torna ética. Utilizando as contribuições de Maturana e Varela, Dussel destaca o sistema afetivo-avaliativo como sensor de corporalidade do sujeito ético: "O cérebro humano possui esse critério como critério de verdade fundamental" (DUSSEL, 2000, p. 98). O cérebro humano que não se formará perfeitamente no nascituro que não tiver aporte adequado de ácido fólico impede a *autopoiese* do próprio sujeito.

Por falar em *autopoiese*, Maturana revela que esse conceito foi desenvolvido quando um aluno lhe fez uma pergunta crucial: o que ocorreu há milhões de anos para possibilitar dizer agora que os seres vivos então se originaram? Refletindo sobre as trocas de informação entre o núcleo e o citoplasma celular, compreendeu a circularidade dos processos que se manifestavam de tal forma que possibilitavam compreender os seres vivos como unidades autônomas e definidas (MATURANA; PÖRKSEN; 2004, p. 52-53).

Detalhando o conceito, Maturana explica que os sistemas vivos se autoproduzem em dinâmica fechada, tendo em comum a própria organização molecular. Examinando um sistema vivo, encontra-se uma rede de produção de moléculas que se interrelacionam de tal maneira que produzem moléculas nessa interação, gerando uma rede de moléculas que

[11] "Propomos a seguinte descrição inicial do que chamaremos *princípio material universal da ética*, princípio da corporalidade como 'sensibilidade' que contém a ordem pulsional, cultural-valorativa (hemenêutica-simbólica), de toda norma, ato, microfísica estrutural, instituição ou sistema de eticidade, a partir do critério da vida humana em geral: Aquele que atua eticamente *deve* (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito *humano, numa comunidade de vida*, a partir de uma 'vida boa' cultural e histórica (se modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e uma maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também, com pretensão de retidão) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com *pretensão de verdade prática* e, além disso, *com pretensão de universalidade*." (DUSSEL, 2000, p. 143)

produzem os próprios limites. A *autopoiese* do ser vivo não pode ser sintetizada de forma mais eficiente daquela feita pelo próprio Maturana:

> En mi terminología describo una célula como un sistema molecular *autopoiético* de primer orden; por consiguiente, una entidad multicelular es un sistema *autopoiético* de segundo orden. La peculiaridad del metabolismo celular consiste en que produce componentes que son integrados en su totalidad en la red de transformaciones que los ha generado. De este modo, la producción de elementos es la condición de la posibilidad de un borde, de un límite, de la membrana celular. Y esta membrana a su vez participa en los procesos de transformación que ocurrren al interior de la célula; participa en la dinámica *autopoiética* de esta. La membrana es la condición de la posibilidad del operar de una red de transformaciones que genera la red como unidad. Sin el borde de la membrana celular, las moléculas difundirían y todo se transformarla en una sopa molecular. No existirla una entidad autónoma. (MATURANA; PÖRKSEN; 2004, p. 54).

Note-se que a célula (unidade de primeiro grau) carrega em si toda a potência necessária para a dinâmica contínua de fraturas reprodutivas que gera ontogenia (desenvolvimento celular). A ontogenia metacelular (pluricelular) gera filogênese viabilizadora da evolução autopoiética dos sistemas de classificação (seleção) e adaptação. “O ser e o fazer de uma unidade autopoiética são inseparáveis, e esse constitui seu modo específico de organização.” (MATURANA; VARELA, 1995, p. 89).

O desenvolvimento do sistema nervoso, estrutura versátil e plástica, possibilitou domínio de condutas de maior movimento (coordenação sensório-motora). Atuando por seleção (critério universal) para dar permanência, o sistema nervoso permite a reprodução e o desenvolvimento, o crescimento da vida do humano, desde o nível vegetativo até o plano cultural, ético, “sublime”. “A presença ou ausência do sistema nervoso é o que determina a descontinuidade existente entre organismos com uma cognição relativamente limitada e aqueles capazes de uma diversidade em princípio ilimitada, como o homem.” (MATURANA; VARELA, 1995, p. 202)

Nesse contexto, o cérebro se revela fundamental para continuidade da vida, tanto da própria vida do sujeito, como da corporalidade comunitária e histórica do sujeito ético. É no cérebro que ocorrem processos auto-organizados e autorregulados (não intencionais!) que sempre funcionam como um todo. Dussel destaca que a região talâmico-cortical (recente na espécie e própria do desenvolvimento do *homo*), o sistema límbico e a base (mais antigo) do cérebro formam os “mapas de processamento” das informações que são importantes para os fins da ética, realizando categorização por critérios de “valor” internos, dados pela seleção evolutiva (DUSSEL, 2000, p. 98). Esse processo de categorização exige trânsito da

informação pelo sistema afetivo- avaliativo (hipotálamo, amígdala, hipocampo e o tálamo); o exercício do sistema afetivo-avaliativo é o momento constitutivo originário do ato de captação teórico-prática e empírica de categorizar.

A linguagem aparece como resultado do desenvolvimento (do *homo*) que possibilitou significar sons (fonemas memorados), significar léxico, em processos semânticos de conteúdo perceptivo-conceitual; possibilita nomear e comunicar um mundo perceptivo global, permitindo o manejo dos "objetos" de maneira distinta ou analítica. Nesse plano, Maturana e Varela consideram a linguagem responsável pela comunicação que viabiliza os fenômenos sociais, como unidades de terceiro grau (momento neurológico/genético, mas também cultural = cooperação e coordenação de conduta aprendida). (DUSSEL, 2000, p. 98).

A autoconsciência (reflexão) do humano só ocorre quando o sujeito consegue "voltar-se sobre si" e se compreende como "eu" distinto do "outro" que, com a mesma capacidade, permite o desenvolvimento da "comunidade de falantes". A linguagem opera como meio de troca de experiências e planejamentos para "produção de mundo". O último nível de desenvolvimento cerebral (comunicação – linguagem entre os organismos comunitários) é o que pode ser denominado ético; é onde o indivíduo atinge sua consciência reflexiva, expressão do reconhecimento da autonomia e liberdade do "outro".

Para Dussel, o sistema afetivo- avaliativo é momento constitutivo do funcionamento cerebral, que realiza continuadamente a "passagem" de juízos de constatação, descritivos ou, de fato, para juízos de "dever-ser". Nessa passagem, há inúmeras mediações necessárias para que seja garantida a reprodução e o desenvolvimento da vida do sujeito humano. "Enquanto exigência subsumida num sistema avaliativo, que é também e sempre racional, ético-cultural, o enunciado descritivo vital humano se torna normativo: é um dever". (DUSSEL, 2000, p. 107).

Afirmando que o "conhecimento do conhecimento" nos compromete, Maturana e Varela chamam atenção para a cegueira da transcendência do presente, no qual se finge que o mundo acontece independente de cada um, de forma a justificar irresponsabilidades e confundir a imagem que se busca projetar, o papel que se representa, aquilo que verdadeiramente se constrói no viver diário. A ética de "saber que sabemos" é inescapável:

> Uma ética que emerge da consciência da estrutura biológica e social dos seres humanos, que brota da reflexão humana e a coloca no centro como fenômeno social constitutivo. Equivale a buscar as circunstâncias que permitem tomar consciência da situação em que estamos - qualquer que seja - e olhá-la de uma perspectiva mais abrangente e distanciada. Se sabemos

> que nosso mundo é sempre o mundo que construímos com outros, toda vez que nos encontrarmos em contradição ou oposição a outro ser humano *com quem desejamos conviver*, nossa atitude não poderá ser a de reafirmar o que vemos do nosso próprio ponto de vista, e sim a de considerar que nosso ponto de vista é resultado de um acoplamento estrutural dentro de um domínio experiencial *tão válido como* o *de nosso oponente, ainda que* o *dele nos pareça menos desejável.* Caberá, portanto, buscar uma perspectiva mais abrangente, de um domínio experiencial em que o outro também tenha lugar e no qual possamos, com ele, construir um mundo. O que a biologia está mostrando, se o que dissemos neste livro está correto, é que a unicidade do ser humano, seu patrimônio exclusivo, encontra-se nessa percepção de um acoplamento socioestrutural em que a linguagem tem um papel duplo: por um lado, o de gerar as regularidades próprias do acoplamento estrutural social humano, que inclui, entre outros fenômenos, a identidade pessoal de cada um de nós; por outro, o de constituir a dinâmica recursiva do acoplamento socioestrutural. Esse acoplamento produz a reflexividade que permite o ato de mirar a partir de uma perspectiva mais abrangente, o ato de sair do que até este momento era invisível ou intransponível para ver que, como seres humanos, só temos o mundo que criamos com outros. A esse ato de ampliar nosso domínio cognitivo reflexivo, que sempre implica uma experiência nova, só podemos chegar pelo raciocínio motivado pelo encontro com o outro, pela possibilidade de olhar o outro como um igual, num ato que habitualmente chamamos de *amor* - ou, se não quisermos usar uma palavra tão forte, a *aceitação do outro* ao *nos*so *lado* na convivência. Esse é o fundamento biológico do fenômeno social: sem amor, sem a aceitação do outro ao nosso lado, não há socialização, e sem socialização não há humanidade. Tudo o que limite a aceitação do outro - seja a competição, a posse da verdade ou a certeza ideológica - destrói ou restringe a ocorrência do fenômeno social e, portanto, também o humano, porque destrói o processo biológico que o gera. Não se trata de moralizar - não estamos pregando o amor, mas apenas destacando o fato de que *biologicamente*, sem *amor, sem a aceitação do outro, não há fenômeno social.* Se ainda se convive assim, é hipocritamente, na indiferença ou ativa negação. Descartar o amor como fundamento biológico do social, assim como as implicações éticas do amor, seria negar tudo o que nossa história de seres vivos, de mais de três bilhões e meio de idade, nos legou. Não prestar atenção no fato de que todo conhecer é fazer, não ver *a identidade entre ação* e *conhecimento*, não ver que todo ato humano, ao construir o mundo pelo linguajar, tem um caráter ético porque se dá no domínio social, equivale a não se permitir ver que as maçãs despencam ao chão. Agir assim, sabendo que sabemos, seria um auto-engano e uma negação intencional. Para nós, portanto, este livro tem não apenas o propósito de ser uma pesquisa científica, mas também o de nos oferecer uma compreensão do ser humano na dinâmica social e nos libertar de uma cegueira fundamental: a de não nos darmos conta de que só temos o mundo que criamos com o outro, e que só o amor nos permite criar esse mundo em comum. (MATURANA; VARELA, 1995, p. 262, grifos dos autores)

Dussel destaca que essas características do sujeito ético-cerebral implica, “em seus sistemas afetivo- avaliativo neuronais uma permanente vigilância de exigências, obrigações, um ‘dever-ser’ que incorpora internamente os motivos, e que integra constitutivamente em

todas as atividades dos níveis práticos e teórico de toda conduta possível." (DUSSEL, 2000, p. 107).

Enquanto os planos normativo e moral não enxergam o escuro por trás da questão da anencefalia - ou pelo menos não demonstram efetivamente que enxergam! -, o plano ético é o desafio do contemporâneo.

Promover a saúde dos nascituros, ainda que pela disseminação da importância da suplementação de ácido fólico nas gestações, é dever ético que compromete os humanos – aos brasileiros em particular.

Permitir que todo humano tenha cérebro é dever ético de todo humano que tem cérebro! No radical, é um ato de amor pela humanidade:

> Un moralista aboga por el cumplimiento de reglas; son para él un referente externo destinado a dar autoridad a sus afirmaciones y ocurrencias curiosas. Le falta la conciencia de la propia responsabilidad. El que actúa como moralista no percibe al otro porque está concentrado en el cumplimiento de reglas e imperativos. Sabe con certeza lo que hay que hacer y cómo tendrían que comportarse los demás. En cambio el que actúa éticamente percibe al otro: le es importante, lo ve. Por supuesto que es posible que alguien argumente como moralista y a la vez actúe éticamente. Es pensable que sea moralista sin ser ético, o que tenga fama de inmoral y sin embargo su conducta sea ética. En cada caso, la posibilidad de la ética y del ser tocado por el otro aparece recién cuando uno percibe al otro ser humano como un legitimo otro y se preocupa de las consecuencias que las propias acciones podrían tener para su bienestar. **La ética se funda en el amor**. (MATURANA; PÖRKSEN; 2004, p. 108-109, grifo dos autores).

Enxergar para além do projeto de outro - que já não tem proteção jurídica! - as trevas da vida negada impõem ao sujeito contemporâneo não só refletir a condição humana, mas agir com toda a potência da própria vida na proteção da natalidade tão cara à Hannah Arendt (2001, p. 17).

CONCLUSÃO

Estudos especializados, oportunamente apresentados nas audiências públicas que foram promovidas no curso da ADPF 54, demonstram que a anencefalia também é causada por deficiência nutricional das mulheres em condições concepcionais. A existência de políticas sanitárias de suplementação alimentar não tem sido suficiente para redução da incidência da malformação fetal no Brasil, que está entre os países de maior ocorrência da

patologia.

O empenho das entidades moral e politicamente envolvidas com a decisão judicial também poderia ser canalizado para a promoção de campanhas de conscientização das causas do problema, em apoio às atividades governamentais.

A vida do anencéfalo, por mais efêmera que possa ser em ambiente extrauterino, não foi negada pela decisão judicial orientada pela laicidade do Estado e pelo aproveitamento de legislação que trata da morte cerebral. Antes, também foi negada à mulher que não teve aporte nutricional suficiente para impedir o problema.

Enxergar essa realidade não resolve o problema moral e o questionamento da função contramajoritária que tensiona democracia e constitucionalismo, mas permite enxergar no escuro do contemporâneo a possibilidade de promoção de vida – de natalidade!

No radical, é amor pela humanidade que se exige do humano em condições de *autopoiese* e ação. E, se o amor fundamenta a ética (como ensina Maturana), a promoção da saúde da mulher é dever ético de todo humano.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo? E outros ensaios*. Tradução Vinicius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

ALBERTO, Miryan Vilia Lança; GALDOS, Alvaro Carlos Riveros; MIGLINO, Maria Angelia; SANTOS, José Manoel dos. Anencefalia: Causas de uma malformação congênita. *Revista de Neurociências*, São Paulo; v. 18, n. 2, 2010, p. 248-244. Disponível em: <http://www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/2010/RN1802/351%20revisao.pdf>. Acesso em: 11/09/2012.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARGÜELLO, Maria de La Paz Barboza; SOLÍS, Lila Maria Umaña. Impacto de la fortificación de alimentos con ácido fólico en lós defectos del tubo neural en Costa Rica. *Revista Panam Salud Publica*, Washington; v. 30, n. 1, 2011, p. 1-6. Disponível em: <http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v30n1/v30n1a01.pdf>. Acesso em: 09/09/2012.

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS, 2008, Brasília. Supremo Tribunal Federal. Realizadas: Interrupção de gravidez – feto anecéfalo. Notas taquigráficas. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 09/09/2012.

BASSUMA, Luiz. In: AUDIÊNCIAS PÚBLICAS, 2008, Brasília. Supremo Tribunal Federal. Realizadas: Interrupção de gravidez – feto anecéfalo. Notas taquigráficas, p. 39-53. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf>. Acesso em: 09/09/2012.

BRAGA, Isabel. Evangélicos querem mudar a lei para fechar brechas ao aborto. *O Globo*, Rio de Janeiro, 12 abr. 2012. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/evangelicos-querem-mudar-lei-para-fechar-brechas-ao-aborto-4629395>. Acesso em: 11/09/2012.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 3/2001*. 10 fev. 2011. Autor: Dep. Nazareno Fonteles - PT/PI. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>. Acesso em: 11/09/2012.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.989. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mai. 2012a. Seção 1, p. 308-309. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 09/09/2012.

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 344, de 13 de dezembro de 2002. Regulamento técnico para fortificação das farinhas de trigo e milho com ferro e ácido fólico. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 dez. 2002, p. 18. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/f851a500474580668c83dc3fbc4c6735/RDC_344_2002.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 09/09/2012.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Pré-natal e puerpério: atenção qualificada e humanizada – *Manual técnico*: Série A. Normas e Manuais Técnicos Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos – Caderno n. 5. Brasília, 2006. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/manual_puerperio_2006.pdf>. Acesso em: 09/09/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-DF. Tribunal Pleno. *Decisão de julgamento*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 abr. 2012b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 09/09/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-DF. *Petição inicial*. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Advogado: Luís Roberto Barroso. Brasília, 16 jun. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>. Acesso em: 09/09/2012.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

GARCIA. Euclides Lucas. Juristas condenam PEC que tira poder do STF. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 06 mai. 2012. Vida Pública. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1251602> Acesso em: 11/09/2012.

HOROVITZ, Dafne Dain Gandelman; LLERENA JR, Juan Clinton; MATTOS, Ruben Araújo. Atenção aos defeitos congênitos no Brasil: panorama atual. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 4, jul.-ago. 2005, p. 1055-1064. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v21n4/08.pdf> Acesso em: 11/09/2012.

LEMES, Conceição. Movimento feminista aplaude decisão do STF. *VIOMUNDO*: o que você não vê na mídia. 13 abr. 2012. Você Escreve. Disponível em: <http://www.viomundo.com.br/voce-escreve/movimento-feminista-aplaude-decisao-do-stf.html> Acesso em: 11/09/2012.

LIMA, Marcelo Marques de Souza; DINIZ, Carolina Prado; SOUZA, Alex Sandro Rolland; MELO, Adriana Suely de Oliveira; NORONHA NETO, Carlos. Ácido fólico na prevenção de gravidez acometida por morbidade fetal: aspectos atuais. *Femina*: Rio de Janeiro, v. 37, 2009, p. 569-575. Disponível em: <http://www.febrasgo.com.br/arquivos/femina/Femina2009/outubro/Femina-v37n10p569-75.pdf> Acesso em: 11/09/2012.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento*: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução Jonas Pereira dos Santos. São Paulo: Editorial Psy II, 1995.

_____; PÖRKSEN, Bernhard. *Del ser al hacer*: lós orígenes de la biologia del conocer. Santiago: J.C.SÁEZ Editor, 2004.

NUNES, Rodolfo Acatauassú. In: AUDIÊNCIAS PÚBLICAS, 2008, Brasília. Supremo Tribunal Federal. Realizadas: Interrupção de gravidez – feto anecéfalo. Notas taquigráficas, p. 23-37. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_26808.pdf>. Acesso em: 09/09/2012.

ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD. Publicaciones. Recomendaciones sobre la fortificación de las harinas de trigo y de maíz - Informe de reunión: Declaración de consenso provisional. Suiza: Ginebra, 2009. Disponível em: <http://www.who.int/nutrition/publications/micronutrients/wheat_maize_fort_es.pdf> Acesso em: 11/09/2012.

RASKIN, Saulo. In: AUDIÊNCIAS PÚBLICAS, 2008, Brasília. Supremo Tribunal Federal. Realizadas: Interrupção de gravidez – feto anecéfalo. Notas taquigráficas, p. 54-65. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf>. Acesso em: 09/09/2012.

SESSÕES DE JULGAMENTO DA ADPF 54. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 11 e 12 abr. 2012. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=IqSRM-dR10A&feature=relmfu> (1/5);
<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=relmfu> (2/5);
<http://www.youtube.com/watch?v=MszbaTFqFsA&feature=relmfu> (3/5);
<http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&feature=relmfu> (4/5);
<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=relmfu> (5/5); Acesso em: 09/09/2012.

SILVA, Virgilio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 250, jan.-abr. 2009, p. 197-227. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf > Acesso em: 11/09/2012.

SOUZA, Luciano Machado de. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 54: O Supremo Tribunal Federal (STF), as gestantes e os anencéfalos – a vida entre o político e o jurídico. *Trilhas*: Cascavel, v. 14, n. 28, 2012, p. 10-59.

VERRESCHI, Therezinha do Nascimento. In: AUDIÊNCIAS PÚBLICAS, 2008, Brasília. Supremo Tribunal Federal. Realizadas: Interrupção de gravidez – feto anecéfalo. Notas taquigráficas, p. 34-45. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_4908.pdf>. Acesso em: 09/09/2012.

VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO, Brasília, 11 abr. 2012. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. Notícias: Íntegra do voto do relator na ação sobre anencefalia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf> Acesso em: 09/09/2012.

A RECUSA DE TRATAMENTOS VITAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: A ESCOLHA É SUA

REFUSAL OF VITAL TREATMENTS IN BRAZILIAN LAW: THE CHOICE IS YOURS

Natália Regina Karolensky[1]
Hamilton Belloto Henriques[2]

RESUMO: O artigo versa inicialmente sobre o direito a saúde e sua consagração constitucional, a qual deixa claro que corresponde a um dever do Estado. Em detalhes, explica-se que este direito pode ser abordado sobre a dimensão objetiva e subjetiva, sendo que nesta última ainda pode ser divido de acordo com a titularidade: individual ou transindividual. Por ser imprescindível para a consagração da dignidade da pessoa humana, este direito deve ser proporcionado pelo Estado, por meio de tratamentos médicos necessários, uma vez que está acima dos critérios administrativos da conveniência e oportunidade. Por sua vez, expõe o texto o ponto de debate mais relevante na atualidade sobre o tema: qual seria o limite do dever do Estado em tutelar à saúde do enfermo, haja vista o próprio indivíduo pode recusar-se a ser submetido a um tratamento médico vital. Antes de adentrar no mérito da questão, realiza a devida distinção entre esta recusa de tratamento e o instituto da eutanásia. Deste modo, deixa bem claro que são figuras que devem ser tratadas distintamente, tendo em vista que o próprio ordenamento jurídico dispõe sobre ambos distintamente. A partir de então, o texto concentra-se na busca de fundamentos éticos e jurídicos para a justificação da recusa de tratamento vital, a qual se trata de uma escolha do paciente, salvaguardada pela sua autonomia (corolário da dignidade da pessoa humana). Assim, a anuência do médico em relação a tal recusa não caracteriza crime tipificado no artigo 122 do Código Penal, tendo em vista que não há de fato bem jurídico a ser resguardado a morte já é certa. Por tal razão, a autonomia do paciente cancela a posição de garante do médico; ainda deve ser observado que outro fundamento encontra-se na proibição constitucional de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes. De acordo com estas fundamentações, o artigo sustenta a atipicidade da conduta do médico que faz valer a vontade do paciente e não lhe impõe um tratamento contra a vontade deste. Ainda em consonância com tal posicionamento, aborda a constitucionalidade das Resoluções nº 1.805/2006 e 1955/2012, do Conselho Federal de Medicina (CFM), que garantem aos pacientes em fase terminal de enfermidade grave e incurável e aos seus representantes legais, a possibilidade de recusar tratamentos médicos vitais que considerem invasivos ou inúteis. Explica-se também que o conteúdo das Resoluções são compatíveis com os ditames constitucionais e com a sistemática do Código Penal vigente, tendo em vista que o direito de recusar terapias vitais está fundamentado no texto constitucional, especificamente no que tange ao respeito devido à dignidade da pessoa humana e à autonomia pessoal, a qual sempre deverá prevalecer quando a vida é protegida como mera existência física desprovida de liberdade, pois o respeito devido à dignidade humana pressupõe o próprio reconhecimento do homem como ser dotado de autonomia. Por derradeiro, explana-se sobre as implicações

[1]Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: adv.karolensky@gmail.com.
[2] Advogado Criminalista, Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Professor de Direito Penal no Cesumar e Unifamma.

destas resoluções para o tratamento jurídico da ortotanásia no Brasil; bem como se adotam críticas e sugestões para a Resolução n º1955/2012, com lastro nas conclusões obtidas.
RESUME: The article focuses initially on the right to health and their constitutional consecration, which makes clear that, corresponds to a duty of the State. In detail, it´s explained that this right can be approached on the objective and subjective dimension, where the latter can be further divided according to ownership: individual or transindividual. As for being indispensable for the consecration of human dignity, the right should be provided by the state, by means of necessary medical treatment, since it´s above the criteria of administrative convenience and opportunity. Therefore, the text exposes the most relevant point of debate today on the topic: what is the limit of the state's duty to protect the health of the sick, given the individual himself can refuse to be subjected to a vital medical treatment. Before embarking on the merits, performs proper distinction between this refusal of treatment and euthanasia institute. Thus, makes it clear that the figures are to be treated distinctly in view that the law itself provides for both distinctly. Since then, the text focuses on the pursuit of ethical and legal justification for the refusal of vital treatment, which it´s a patient choice, safeguarded their autonomy (corollary of human dignity). So the doctor's consent in relation to such refusal doesn´t characterize crime defined in Article 122 of the Penal Code, considering that there is in fact legal right to be safeguarded death is certain. For this reason, the autonomy of the patient cancels position ensures the physician, yet it should be noted that other foundation lies in the constitutional prohibition of submission to inhuman or degrading treatment. According to this reasoning, the article argues atypicality conduct of the doctor who enforces the will of the patient and doesn´t impose a treatment against their will. Also in line with this position, addresses the constitutionality of Resolution No. 1.805/2006 and 1955/2012, Federal Council of Medicine (CFM), to ensure that terminally ill patients of severe and incurable illness and their legal representatives, the possibility vital to refuse medical treatments they consider invasive or useless. It also explains that the content of the resolutions are compatible with constitutional dictates and the systematic Penal Code, considering that the right to refuse vital therapies are grounded in constitutional text, specifically in regard to the respect due to the dignity of human person and personal autonomy, which should always prevail when life is protected as mere physical existence deprived of freedom, for the respect due to human dignity presupposes the very recognition of man as a being endowed with autonomy. For ultimate, explains to the implications of these resolutions to the legal treatment of orthothanasia in Brazil, as well as criticism and suggestions to adopt Resolution No. 1955/2012, backed the findings.

Palavras-Chave: recusa de tratamento vital, eutanásia, dignidade da pessoa humana, paternalismo, autonomia.

Key Words: refuse of vital treatments; euthanasia; human dignity; paternalism; autonomy.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, restou-se certo que o direito à saúde do indivíduo é dever do Estado, uma vez que tal direito é absolutamente necessário para a consagração da dignidade da pessoa humana. Infelizmente, neste país este direito é

constantemente desrespeitado, tanto na dimensão objetiva (por meio de implantação de políticas públicas e ações positivas do Estado), como também na dimensão subjetiva (direito do cidadão em face do estado).

Logo, diante da inércia da administração em fornecer aos cidadãos espontaneamente tratamentos que provenham o direito à saúde dos indivíduos, o acionamento do Poder Judiciário se faz necessário. Os Tribunais Superiores vem entendendo que o direito à saúde dos cidadãos, efetivado por meio de diferentes tratamentos, é obrigação do Estado. Para tanto, fundamentam que a saúde é imprescindível para a consagração máxima da dignidade da pessoa humana, razão pela qual esta acima dos critérios administrativos de limites orçamentários.

Por sua vez, questiona-se qual seria o limite deste dever estatal em face da dignidade da pessoa humana, uma vez que o próprio enfermo pode se negar a ser submetido a determinado tratamento médico, sob a justificativa de que este tratamento poderia ser desnecessário e degradante.

Isso porque, atualmente os avanços da medicina alcançam níveis antes inimagináveis, o que possibilita o prolongamento artificial da vida por décadas, por meio de recursos biotecnológicos. Contudo, tais tratamentos podem manter a vida dos indivíduos através de um verdadeiro suplício para o indivíduo. Ademais, em nenhum momento estes recursos médicos visam à cura da doença, mas somente o prolongamento do processo morte. A discussão jurídica aqui tratada não se refere à possibilidade de escolher de negar-se a submissão a qualquer tratamento médico, mas analisar-se-á a possibilidade da recusa de tratamento médico vital frente ao ordenamento jurídico brasileiro, diante de uma doença grave e fatalmente incurável.

Para tanto, imprescindível a compreensão de que tal recusa a tratamento médico vital corresponde à figura diferente da eutanásia, o que pressupõe a aplicação de institutos jurídicos penais distintos.

O tema deve ser analisado em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, que foi elaborado no contexto de um Estado laico e sem dogmas. Noutro giro, a legislação penal também deve ser analisada frente à Constituição Federal e não isoladamente.

Com efeito, há que se questionar se é correto primar pela manutenção artificial da vida humana em quaisquer circunstâncias, submetendo o enfermo a todo e qualquer tratamento médico vital (e ineficaz para a cura), mesmo que moribundo o considere cruel e manifeste-se em sentido contrário, sob o fundamento que é dever do Estado proteger os cidadãos contra qualquer mal. Ou, por sua vez, é mais do que necessário admitir que a recusa

ao tratamento médico vital constitua um paternalismo injustificado, exacerbado e proposital por parte do Estado[3], contrário ao Estado Democrático de Direito fundado em ideais liberais, uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental no artigo 1º, inciso III, do nosso texto fundamental.

Por fim, diante da análise de tal problemática, consideram-se constitucionais as resoluções médicas nº 1805 de 2006 e 1995 de 2012, as quais resumidamente regularam possibilidades de recusa a tratamentos médicos vitais. Por outro lado, demonstra-se necessário que tais resoluções são passíveis de críticas, inclusive por abordarem de maneira extremamente resumida tema complexo e somente sob a perspectiva favorável a classe médica.

2 SAÚDE PÚBLICA

2.1 Considerações Gerais

A Constituição Federal consagra que o cidadão possui formalmente o direito a assistência à saúde[4]. Isso porque, em seu artigo 196, dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, o qual deve implementar políticas econômicas e sociais que viabilizem esse direito por meio de ações de promoção, proteção, recuperação e reabilitação à saúde.

De acordo com este dispositivo, observa-se que o direito à saúde pode ser visto sob duas dimensões: dimensão objetiva e subjetiva. A dimensão objetiva trata de determinados conteúdos que a norma, tutelada como direito fundamental, inclui ao ordenamento jurídico estatal, independentemente de sua titularidade, perante qualquer indivíduo ou grupo em uma relação social e jurídica específica. Deste modo, o direito fundamental à saúde, protegido de modo objetivo, implica na existência de deveres dos Poderes Públicos na organização e na institucional das políticas públicas de saúde, não só em relação às atribuições dos entes federados relativos à participação de cada um no Sistema Único de Saúde, bem como aos deveres e à responsabilidade da iniciativa privada[5].

---

[3] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal: estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de "legeferenda",* Granada: Comares, 2009. p. 07.

[4] FORTES. Paulo Antonio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de caso.* São Paulo: EPU, 2002. p. 11.

[5] RIOS, Roger Raupp. *Direito saúde dimensão subjetiva transindividual*. Disponívelem:ww.cebes.org.br/media/File/direito%20sanitrio/Direito__sade_universalidade_integralidade.doc. Acesso em: 10 jan. 2013.

Tal dimensão objetiva também implica na proibição de legislação que possa vir a excluir determinada dimensão do conceito constitucional de saúde das políticas públicas. Esta também abrange a correta compreensão de princípios constitucionais informadores das políticas públicas, tal como a integralidade, a universalidade e a não-discriminação[6].

Já no que tange a dimensão subjetiva, trata-se de direito do indivíduo exigir determinada prestação estatal, o que é denominado de "direito subjetivo público". Em detalhes, é necessário distinguir a titularidade individual ou coletiva desta espécie de tutela judicial, uma vez que este direito pode ser exercido de maneiras distintas, de acordo com a titularidade dos sujeitos. Logo, quando o sujeito for constituído por grupos, formado por vários indivíduos reunidos pela mesma relação jurídica, observa-se uma titularidade meta individual ou supra-individual, sendo como suas subespécies os direitos coletivos e difusos[7].

Há o chamado direito coletivo quando certo grupo, com determinação relativa, decorrente da participação em uma relação jurídica-base, pode obter proteção para toda classe representada, não podendo haver satisfação ou prejuízo senão de forma que afete a todos os membros desta determinada classe; por sua vez, o direito difuso se diferencia pela indeterminação de seus titulares, cuja ligação decorre somente de mera circunstância de fato, o que demanda proteção para todo o grupo (exemplo: moradores de uma mesma região diante de determinada epidemia a exigir medidas preventivas e sanitárias)[8].

2.2 O Direito a Saúde como Fator Cultural, Econômico, Social e Político

Em que pese à consagração deste direito em sede constitucional, não se pode omitir que na atualidade tal ditame corresponde atualmente não é eficaz, devido à ausência da ação estatal e inércia da população em exigir a efetividade do Estado. Neste sentido, dados reais demonstram que não há acesso universal à assistência à saúde no país: nas áreas rurais cerca de 64% das mulheres não realizam pré-natal; entre 15 a 20 milhões de pessoas não dispõem de qualquer serviço à saúde; entre a faixa etária de 35 a 44 um em cada dois indivíduos um estão com dentes perdidos ou careados; cerca de 40 milhões de brasileiros possuem planos alternativos de assistência a saúde[9].

[6] Ibid.
[7] Ibid.
[8] Ibid.
[9] FORTES, Ibid., p. 11/12.

A precariedade do Sistema Único de Saúde no país é alarmante. Sobre este sistema, ressalta-se que no momento da sua organização e modo de funcionamento, a lei brasileira adotou o Princípio Ético da Justiça Distributiva. Tal princípio deve nortear a maneira pela qual as principais instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais, bem como determinam a divisão de vantagens advindos da cooperação social[10].

Este princípio surgiu no século XVIII, quando se estabeleceu uma sociedade organizada política e juridicamente, cabendo ao Estado intervir no campo sócio econômico, de modo a garantir a distribuição de bens para que as pessoas sejam supridas de determinado nível de interesses e recursos. No entanto, consagrou-se após a Segunda Guerra Mundial, momento em que finalmente a dignidade da pessoa humana é considerada o fim a ser perseguido pelo Estado, que deve ser repudiada a ideia de que a distribuição justa é baseada no mérito pessoal, mas sim pela equidade que deriva do pensamento aristotélico[11]·. Desta forma, deve se entender que as pessoas iguais deveriam ser tratadas igualmente e as desiguais deveriam ser tratadas de acordo com tal o fator de *discrímen*, segundo o princípio da proporcionalidade natural.

Por esta razão, o conceito básico de saúde compreendido como *estado físico, preço e social capaz de possibilitar a pessoa viver em condição sadia e sã*[12]*,* deve ser ampliado. Logo, norteado por tal princípio a saúde deve ser compreendida como o maior grau de bem estar que o indivíduo e a coletividade alcançam, por meio do equilíbrio existencial dinâmico, o qual depende de conjunto de fatores sociais, econômicos, políticos, culturais, ambientais, comportamentais e biológicos[13].

Observa-se que a demonstração do quadro de saúde de um país denota importância política, uma vez que cada sistema de saúde reflete as condições econômicas e sociais do mesmo. Ainda sobre um prisma político-social, envolvem inúmeros sujeitos: os pacientes, os clientes e os consumidores, os grupos de risco, os prestadores públicos e privados de serviços de saúde, asseguradoras, os empregadores, as instituições formadoras de profissionais e técnicos de saúde, a indústria farmacêutica de tecnologia médica, a mídia e a opinião pública, os movimentos sociais de saúde, os profissionais de saúde e suas corporações e os partidos políticos e suas agendas[14].

---

[10] Idem.
[11] Idem.
[12] FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 5 ed. Rev., atual., Rio de Janeiro. Editora Forense: 2012. p. 597.
[13] FORTES, op. cit., p. 28.
[14] FORTES, Ibid., p. 28/29.

Desta feita, a ideologia e os valores éticos prevalecentes em uma sociedade são fatores imprescindíveis para nortear a incidência prática do direito á saúde e na distribuição de seus recursos, ocasião em que resulta uma série de conflitos na sociedade.

2.3 Conflitos Atuais sobre o Direito à Saúde

Logicamente que o primeiro conflito que surgiu após 1988, foi no que tange ao custo deste direito. Isso porque, o sistema geral de saúde é desenvolvido em um ambiente de necessidades crescentes, constante ampliação tecnológica, e, conseqüente aumento de custos. Assim, tais necessidades são mais amplas que as possibilidades de recursos existentes.

Exatamente por tal razão, a Administração Pública passou a negar tratamentos, sob a justificativa de escassez de recursos; bem como sob a afirmação de que se despendesse tamanho gastos com tratamentos exclusivos a determinada pessoa, consequentemente haveria comprometimento da coletividade, em geral.

Inevitavelmente, por se tratar de um direito justificável[15], esta problemática foi levada ao Poder Judiciário. Observa-se que são inúmeras as decisões de Tribunais brasileiros condenando o Estado a fornecer gratuitamente medicamentos, meios de diagnóstico ou tratamento a pessoas doentes; bem como ao pagamento de multa diária pelo não cumprimento destas decisões judiciais.

Para tanto, fundamentam que o custeio de gastos oriundos de tratamentos médicos, em geral, é indispensável na consagração da dignidade da pessoa humana como valor máximo a ser protegido pelo Estado. Neste sentido, cita-se uma ação julgada em 21.08.2008, na qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu[16]:

> "Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado de Direito Democrático como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais".

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal sustenta que cabe ao Poder Judiciário a função de garantir o cumprimento a efetivação do direito à saúde e à vida dos cidadãos. Por tal razão, conclui que estes direitos devem prevalecer sobre qualquer outra norma do ordenamento jurídico, inclusive acima dos critérios de conveniência e de oportunidade da Administração Pública. Isso porque, quando em conflito a obrigação estatal de tornar efetivas

[15] FACHIN, Ibid., p. 599.
[16] AgRg no REsp 1002335/RS, publicado em 22.09.2008

as prestações de saúde em favor de cidadãos considerados individualmente em face do dever-poder do Estado de gerenciar os escassos recursos disponíveis, o Supremo vem entendendo:

> Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida[17].

Este posicionamento não gera perplexidade, uma vez que tal solução é auferida com base dignidade da pessoa humana, a qual pressupõe que o direito a saúde é um meio necessário para o fim de protegê-la.

2.4 A Incidência de Limite do Estado no Dever de Tutelar Proteção do Direito à Saúde

Exatamente na busca da proteção da dignidade da pessoa humana, atualmente vem à tona um segundo conflito, o qual segue na contramão da explanação acima: qual seria o limite ao dever do Estado de proteger o direito á saúde? O indivíduo pode "abrir" mão deste direito valendo-se da sua dignidade? Cabe ao Estado impor ao cidadão a realização de um tratamento médico vital contra a vontade do enfermo?

Tal problemática revela-se muito mais delicada do que a anterior, tendo em vista que desperta discussão não somente jurídica, como também ética, religiosa e moral. O início da polêmica surge em virtude do avanço dos recursos médicos, os quais se revelam agora capazes de prolongar a vida de enfermos por décadas. Entretanto, o enfermo pode repudiar a ideia de manter uma vida por "meio artificial", quando esta se transformar em um verdadeiro suplício. Logo, a discussão que ganha relevo seria sobre a possibilidade do indivíduo negar-se ser submetido a determinadas tratamentos médicos vitais, quando comprovada a existência de uma enfermidade grave ou incurável, a qual culminará inevitavelmente numa "sobrevida".

Vive-se em tempos em que é possível (e cada vez mais comum) o indivíduo ultrapassar 100(cem) anos, o que desperta, paradoxalmente, ideias opostas: a manutenção da vida, para aqueles que sofrem de doenças degenerativas ou problemas físicos irreversíveis, pode ser considerada um fardo[18]. Por tal razão, recusar-se ser submetido a tratamentos vitais e aceitar morte como causa natural, para alguns pode caracterizar-se como uma saída digna.

[17] Julgado pelo presidente do STF em 2003, Min. CELSO DE MELLO, Medida Cautelar PETMC-1246/SC.
[18] PONTES, Felipe. Ajuda-me a morrer. *Revista Época,* Rio de Janeiro: Globo, n° 736, 25 de junho de 2012, p. 85.

Com efeito, explica-se que a discussão restringe-se aos casos em que pacientes recusam recebimento de tratamentos vitais, tendo em vista que estes não terão o condão de afastar o fim inevitável da morte, mas somente prolongar o processo morte. Por outro lado, nada impedi que aceitem receber tratamentos paliativos, no intuito de aliviar o sofrimento que estão sendo submetidos, em razão de doença incurável.

3 EUTANÁSIA X RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO VITAL

Primeiramente, há que se verificar qual a relação entre a recusa do paciente em receber um tratamento médico e a eutanásia. Fato é que ambas as situações inevitavelmente culminarão na antecipação da morte do mesmo, razão pela qual podem erroneamente ser consideradas como sinônimos. Com efeito, destaca-se que a limitação do esforço terapêutico não caracterizará necessariamente a eutanásia; bem como a eutanásia não deve ser confundida com a simples recusa de um paciente terminal ou gravemente enfermo, a submeter-se a um determinado tratamento.

Extremamente dificultosa a diferença entre os dois institutos, haja vista que é tênue a linha que os separam: a eutanásia visa diretamente e de maneira voluntária à morte do enfermo; enquanto a recusa do tratamento vital poderá indiretamente gerar a morte, por meio da recusa do tratamento médico que lhe é imprescindível, sendo a recusa a finalidade precípua.[19].

3.1 Eutanásia

Neste passo, necessário é definir a eutanásia. Esta palavra *eutanásia* foi criada pelo filósofo inglês Francis Bacon, no século XVII. É composta etimologicamente por duas palavras gregas: "eu", que significa bom, e "thanatos", que se refere à morte. Assim, por um sentido literal ela significa "boa morte" ou "morte tranquila" daquele que está agonizando[20].

Este significado originário no decorrer dos tempos foi ampliado, haja vista que passou a abranger novas situações. Atualmente, a eutanásia não deve ser limitada aos casos terminais, alcançando outras hipóteses complexas, tais como casos relacionados aos recém-

[19] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal: Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de "legeferenda".* Granada: Comares, 2009. p. 267.
[20] NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: morir con dignidad (consecuencias jurídico-penales).* Buenos Aires: Ed. Universidad, 1994. p.81.

nascidos com malformações congênitas (eutanásia precoce), aos pacientes em estado vegetativo irreversível, embora não necessariamente terminais, e das vítimas de acidentes ou enfermidades cujos graves padecimentos lhes impedem provocar-se por si mesmas a própria morte (pacientes tetraplégicos e vítimas de doenças degenerativas, como a esclerose lateral amiotrófica)[21].

Há diversas espécies de eutanásia, sendo necessário classificar as diferentes modalidades deste instituto. Preliminarmente, quanto à finalidade deste instituto destaca-se em primeiro lugar a e*utanásia liberadora ou terapêutica*, a qual ocorrerá quando se acelera o momento da morte do indivíduo, desde que haja o consentimento deste e a finalidade de eliminar o sofrimento do qual padece o enfermo por compaixão[22].

Óbvio que no presente trabalho está sendo tratada esta modalidade, uma vez que nosso ordenamento jurídico consagra como fim a ser alcançado à dignidade da pessoa humana. Desta feita, exclui-se a *eutanásia eliminadora ou eugênica* que visa à pureza da raça humana, eliminando aqueles que não estão em consonância com o padrão de normalidade da sociedade[23], bem como a *eutanásia econômica* que visa aliviar a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis, tais como doentes mentais, loucos irrecuperáveis, inválidos e anciães[24].

Por tal razão, ressalta-se, somente deve ser considerada legítima a eutanásia terapêutica. Isso porque, para que a eutanásia seja considerada um meio legítimo é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: requisito da doença incurável, móvel piedoso e consentimento do enfermo (leia-se consentimento devidamente informado). Uma vez realizada tais considerações, torna-se possível traçar um conceito preliminar de eutanásia, por meio do qual se entende que a eutanásia consiste na privação da vida de uma pessoa, que sofre de uma doença terminal incurável ou de uma situação de invalidez irreversível, motivada por razões humanitárias ou piedosas, com o consentimento daquela, por meio de uma ação ou omissão.

É necessário distinguir a eutanásia de acordo com o modo de execução: ativa ou passiva. Deve ser observado que há dois elementos envolvidos nesta classificação que são a

[21] TORÍO LÓPEZ, Angel. Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia. *Estudios Penales y Criminológicos, XIV*, 1989/1990. p. 219.
[22] ROMERO OCAMPO, Guillermo. *La eutanasia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1986. p. 08.
[23] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p.19/20.
[24] ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*: Madrid: Ramón Areces, 1994. p. 423.

intenção e o efeito da ação. A intenção de gerar a eutanásia pode gerar uma ação por parte do agente - eutanásia ativa. Por sua vez, caso leve a uma omissão deliberada, a qual corresponde a não realização da ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância – eutanásia passiva[25].

Desta feita, a eutanásia *ativa ou por comissão* corresponde à realização de ato(s) positivo(s)no intuito de provocar a morte sem sofrimento do paciente, para que este seja aliviado ou eliminado de sofrimento[26]. Frisa-se que esta ação somente adiantará um fim inevitável – a morte, por meio da intervenção médica a pedido do próprio paciente.

A eutanásia ativa ainda pode ser subdividida segundo a vontade específica do autor. Isso porque caso a ação possua o intento (dolo) de encurtar a vida do paciente será denominada direta[27]; por sua vez, caso possua o intento de primeiramente abreviar o sofrimento do paciente e, consequentemente, abreviar o curso vital (como exemplo a aplicação de morfina prejudica a função respiratória e em altas doses pode acelerar a morte)deverá ser considerada indireta.[28].

Noutro giro, a eutanásia passiva encontra-se associada à interrupção do tratamento com o fim de não mais prolongar o sofrimento gerado pelo processo de manutenção da vida puramente vegetativa e carente de perspectivas dos enfermos terminais[29]. Caracteriza-se pela abstenção deliberada de tratamentos médicos úteis, que deveriam prolongar a vida do paciente. Em suma, a ausência deste tratamento culmina diretamente na morte do enfermo.

Sobre o tema, observa-se que há embate doutrinário no que se refere à distinção de eutanásia passiva e ortotanásia. De fato, a doutrina majoritária afirma que a ortotanásia é uma espécie de eutanásia passiva. Contudo, alguns autores lecionam sobre a necessidade de se diferenciar ambos os conceitos, para tanto se baseiam na distinção entre *meios ordinários* e *extraordinários* de tratamento. Majoritariamente entende-se que os tratamentos ordinários são aqueles que estão disponíveis em grande número de casos, uma vez que são econômicos, de aplicação habitual e caráter leve; já no que tange aos tratamentos extraordinários afirmam que

[25] SÁ, Maria de Fátima Freire de. O *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.154.
[26] CARVALHO, *Aspectos jurídicos [...],* op. cit. p. 23.
[27] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro.* 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p.62.
[28] ZUGALDÍA ESPINAR, José. M. Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* nº 13, 1987, p. 287).
[29] Ibid., p.283.

seriam de aplicação restrita a um escasso número de enfermos, tendo em vista que são caros, implicam o emprego de alta tecnologia e possuem natureza agressiva ou intrusiva[30].

Atualmente, tal distinção tem sido objeto de críticas, levando-se em consideração que diante da própria evolução da ciência médica, um tratamento considerado extraordinário num breve período de tempo tende a se transformar em uma terapia simples e corriqueira, isto é, tratamento ordinário. Por sua vez, os fatores geográficos e econômicos podem induzir a erros e contradições, uma vez que um determinado recurso médico poderá ser considerado ordinário em uma região, mas extraordinário em outra, a depender das condições sanitárias locais, disponibilidade do recurso, custo do tratamento, entre outros. Por fim, o próprio quadro evolutivo da doença pode levar determinado tratamento a ser considerado ordinário para um enfermo, no entanto, para outro ser considerado extraordinário[31]. Logo, torna-se obsoleta a tentativa de diferenciar a eutanásia passiva da ortotanásia.

3.2 Recusa de Tratamento Vital

Atualmente, como já exposto anteriormente, o ponto de debate é outro: a distinção entre eutanásia, em especial a passiva, em face da recusa de tratamentos vitais. Nesta última, caracteriza-se a omissão de tratamentos médicos vitais, em virtude da recusa do paciente a submeter-se aos cuidados médicos imprescindíveis para sua saúde e que podem levar, indiretamente (e não diretamente), à morte do enfermo[32]. Em suma, a intenção é não se submeter aos tratamentos médicos, mesmo que tal recusa leve a morte. Já na eutanásia passiva, visa-se diretamente a morte do enfermo, a qual ocorrerá pela ausência de tratamento médico. Nos dois casos, frisa-se que o paciente deve sofrer de uma doença incurável, que lhe acarrete uma carga de sofrimento extraordinária.

Numa primeira análise, poderia se afirmar que a diferença está na real intenção do paciente. Com efeito, se o paciente busca diretamente a morte como forma de abreviar seu sofrimento, possui o dolo direto de morrer. Entretanto, quando o paciente possui a vontade de

[30] BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bioético-jurídicas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1997. p.36/37.
[31] CARVALHO, Gisele Mendes de. *O tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil*: considerações acerca do impacto da resolução n° 1.805/2006 do conselho federal de medicina. Ciências Penais: revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, ano 4, v. 6, p. 227-268, jan./jun. 2006.
[32] SEMINARA, Sergio. "Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* fasc.III, 1995, p.693; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 51, p.735.

não se submeter a determinado tratamento por ser este gerador de sofrimento e, indiretamente, assume o risco morte, trata-se de dolo eventual.

Assim, na recusa do tratamento vital estaríamos diante do dolo eventual, haja vista que este ocorre quando o agente (leia-se paciente), embora não querendo diretamente a realização do tipo (leia-se morte), o aceite como possível ou mesmo como provável, razão pela qual assumi o risco da produção do mesmo. Sobre o tema, explica-se que no dolo eventual não é necessário que "a previsão da causalidade ou da forma em que se produza o resultado seja detalhada", mas somente que o resultado seja possível ou provável[33].

Caso seja aceito esta "teoria", de fato não haveria distinção relevante entre ambas às condutas, uma vez que para nosso ordenamento jurídico não há distinção relevante nas figuras típicas entre os tipos penais praticados com dolo direto ou eventual.

Contudo, por meio de uma análise mais detalhada da matéria, verifica-se que a real distinção é outra. No caso da eutanásia passiva, a conduta de abstenção deliberada de tratamentos médicos úteis, que deveriam prolongar a vida do paciente, é realizada por parte do médico, em que pese este obrigatoriamente possua o consentimento do enfermo. Noutro passo, na recusa de tratamento vital, a conduta abstenção do tratamento é realizada por parte do enfermo, sendo esta decisão respeitada pelo médico. Logo, restam-se clarividente as diferenças entre ambas as condutas analisadas, sendo certo que estas incidemem distintos tipos penais.

O atual Código Penal e a Constituição Federal não elencam qualquer possibilidade do enfermo optar pelo fim de sua própria vida, mesmo quando diante de uma patologia incurável, responsável por submeter o paciente a um sofrimento degradante[34]. Pelo contrário, a legislação penal utiliza-se de instrumentos coercitivos (sanções jurídicas) para determinadas condutas que visem tal fim. Trata-se de uma manifestação evidente do chamado paternalismo jurídico penal[35], a qual merece indagações.

Pela análise específica desta legislação penal, a conduta do médico que se omite por não iniciar ou interromper determinado tratamento de importância vital ao paciente que padece de uma doença incurável, em respeito á vontade deste, poderá facilmente incidir na figura do homicídio, que a depender das circunstâncias do caso concreto será simples, privilegiado ou qualificado. Para tanto, explica-se que o Código Penal, por meio do Art. 13,

[33] ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, J. Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.1.ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1997.p.482.
[34] CARVALHO, *Suicidio, eutanasia y [...] ,* ibid., p. 22.
[35] Idem.

§2º, *b*, impõe ao médico obrigação de garante, uma vez que possui o dever legal de evitar o resultado morte(homicídio comissivo por omissão)[36]. Entretanto, debate-se qual seria a tipificação penal quando é o paciente que se recusa expressamente a se submeter ao tratamento, sendo tal vontade respeitada pelo médico.

Em que pese às similaridades das duas condutas expostas, verifica-se que na segunda hipótese não se trata de homicídio, eis que é o enfermo que pratica a conduta de que indiretamente levará a cabo sua vida. Logo, a dúvida permeia se o mesmo assumi uma postura suicida ou se, ao contrário, esta recusa deve ser vista somente como recusa ao tratamento, advindo a morte por causas naturais.

Em suma, a problemática resume-se se a conduta suicida existe somente quando o agente pratica uma conduta ativa na busca da própria morte (como exemplo: pular do terraço de um prédio de 50 andares)– vontade de matar-se; ou se pode ser praticado por meio da ausência de um comportamento necessário para a manutenção da vida (como exemplo: não tomar o coquetel de combate aos sintomas do HIV) – vontade de morrer. Com efeito, na conduta omissiva observa-se que o sujeito não pratica qualquer conduta que lhe retira da situação de perigo em que se encontra por meio de ajuda de terceiro (como exemplo: negar ser submetido a um tratamento médico vital, de modo a deixar que a doença siga seu curso natural e, assim, aceita o resultado morte).

Parte da doutrina entende que a recusa de um tratamento médico vital não deve ser considerado como um comportamento suicida, tendo em vista que a morte advém de causas totalmente naturais. A recusa do tratamento normalmente advém da ínfima possibilidade de cura, por intermédio de um tratamento extremamente invasivo, que gera tamanho desgaste físico e emocional[37]. Para estes, a única forma de suicídio é aquela praticada por meio de comportamento ativo realizado pela própria vítima, independentemente da participação de terceiros[38].

Outros doutrinadores afirmam que a postura suicida também ocorre por meio de um comportamento passivo da vítima, tendo em vista que não há relevância jurídico-penal dentre as condutas de se deixar morrer ou causar a própria morte. Isso porque o sujeito que recusa respectivo tratamento vital, inequivocamente aceita o resultado morte como possível, ainda que de maneira indireta. Com efeito, neste momento observa-se a relevância do dolo eventual

[36] CARVALHO,. *Suicidio, eutanasia [...],* Ibid., p. 22.
[37] CARVALHO,. *O tratamento jurídico [...],* Idem.
[38] ZUGALDÍA, Ibid, p. 285-286.

no que se refere á própria morte, comportamento este atípico no ordenamento jurídico brasileiro.

Noutro giro, também deve ser analisado a conduta praticada pelo médico que respeita a vontade do paciente, uma vez que concorda com sua recusa. Obviamente que este não poderá responder pelo delito de homicídio, tendo em vista que é o próprio paciente que se recusa a ser submetido a tratamento. Contudo, pelo Código Penal, haverá a incidência da figura da participação no suicídio disposta no artigo 122 do Código do Código Penal. Em detalhes, a conduta que gera a morte do enfermo é praticada por ele próprio – somente auxiliado por outrem – sendo que é o paciente que possui o domínio do fato. Ressalta-se que se trata de figura mais branda do que a do homicídio, em virtude do menor desvalor da ação do sujeito ativo (leia-se médico).

A incidência deste dispositivo legal será restrita a omissão realizada por um médico, haja vista que este possui o dever legal de evitar o resultado morte (garante), de acordo com o artigo 13 do Código Penal. Novamente, trata-se do delito comissivo por omissão, haja vista que ao médico (omitente) é atribuído à função de garantir o bem jurídico vida.

Pelo exposto, diante da legislação penal atual o médico possui o dever legal de evitar a morte do paciente a "qualquer preço", mesmo que para tanto seja obrigado a submeter seu paciente a um tratamento médico que gere uma vida degradante com sofrimento intenso, ignorando a vontade do paciente em não realizar tal tratamento. Nestes casos, óbvio que não se prolonga a vida humana em si mesma, mas sim o próprio processo de morte. Isso porque, com os modernos avanços tecnológicos, foi possibitado o prolongamento artificial da vida de pacientes severamente doentes[39].

Contudo, diante do tamanho avanço biotecnológico este dever legal de repudiar a morte passou a ser questionado. Ora, não há jutificativa para a perseguição da vida incondicionalmente, quando na verdade o que se prolonga é a angústia da espera pela morte, mediante grande sofrimento. A partir destas considerações, surgem reflexões sobre como o tema é disposto no Código Penal.

Como resultado das diversas reflexões sobre como o progresso da ciência afeta o ser humano, surge a bioética. Esta trata-se de uma ciência interdisciplinar (abrangendo Teologia, Fisosofia, Medicina, Direito, etc.), razão pela qual aborda os diferentes pontos de vista[40]. Por

[39] GRENVIK, *Suspensão do tratamento na doença terminal e morte cerebral*. In: LANE, John Cook (coord). *Reanimação*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981.p. 154.
[40] PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética.* 2. ed. São Paulo, Loyola, São Paulo, 1994. p.14.

meio desta nova ciência questiona-se até qualmomento é possível intervir artificialmente na vida humana sem comprometer sua integridade, de modo a limitar as fronteiras éticas e jurídicas que devem nortear a ação médica ou tecnológica[41].

Frisa-se que a classe médica atualmente, fazendo jus a Bioética, condena o prolongamento do processo da morte, mediante sofrimento imenso ao paciente denominado de distanásia[42] ou de "futilidade médica". Com efeito, hoje tal classe vem entendendo que a tomada de decisões em quadros terminais graves deve ser oriundas da análise da etapa atravessada pelo paciente, haja vista que a preservação da vida pelo médico somente deve ser buscada enquanto o enfermo ainda for salvável[43]. Do contrário, deverá prevalecer a autonomia de vontade deste (ou, quando incapacitado, de seus familiares), respeitando-se a dignidade em detrimento do sofrimento humano. Logo, conforme a evolução do quadro clínico do paciente, deve se ter a nobreza de aceitar a morte não como uma derrota, mas como um processo natural.

Assim, resta-se óbvio que a legislacão penal revela um Estado paternalista, ao prever hipóteses de reponsabilidade penal para os médicos que praticarem algumas destas condutas.

Em detalhes, o paternalismo é caracterizado como uma medida de limitação da autonomia pessoal, com o fim de protegê-lo de um mal. No entanto, este "mal" é definido pelo sujeito paternalista, de acordo com o seu próprio entendimento. A justificativa da limitação da liberdade individual é fundamentada que se visa precisamente à promoção do bem do sujeito, cuja autonomia é restringida. Logo, um dos traços principais do paternalismo, que teoricamente lhe serve de justificação, é o propósito beneficente da medida coercitiva imposta: *a intervenção se dá sempre com o fim de proteger o "bem" ou os "interesses" do indivíduo protegido, inclusive quando este "bem" não coincida com o que o próprio indivíduo entenda ser o melhor para si mesmo*[44].

Entretanto, estamos diante de um Estado liberal, no qual se destaca o princípio da autonomia, imprescindível para a proteção dos valores de cada pessoa e individualidade. Logo, cabe a cada pessoa a decisão sobre a sua própria vida, ressalvando-se somente

[41] SAUEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito „in vitro": da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p.09.
[42] CARVALHO,. *Aspectos jurídicos [...]*, Ibid., p. 63/65.
[43] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética Médica (Resolução CFM Nº 1931/2009)*. Brasília: CFM; 2010:1–100.
[44] FEINBERG, Joel. *Harmto Self* (vol.III da coleção intitulada *The Moral Limitsof Criminal Law).* New York: Oxford University Press, 1986,p. 22 e ss.e GARZÓN VALDÉS, E. ¿Es éticamente justificable el paternalis.mo jurídico? *Doxa.* Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, 1988, p.156-157.

hipóteses que envolvem interesse de terceiros. Por tal razão, o paternalismo estatal deve ser visto com ressalvas.

Outro aspecto negativo da utilização do direito penal como forma paternalista é que este ramo do direito é indubitavelmente o instrumento de controle social estatal mais repressivo, razão pela qual deve ser utilizado somente sob *utima ratio*. Logo, deve ser cercado pelos princípios fundamentais que o limitam, como a lesividade, fragmentariedade, subsidiariedade e a proporcionalidade[45].

O processo de criminalização deve respeitar critério de menor restrição a liberdade individual e a maior proteção a bens jurídicos, haja vista que o fim deste modelo estatal "é a promoção e preservação da autonomia pela tutela dos bens jurídicos mais importantes pela tutela da dignidade é perceber e da pessoa humana". Ora, qualquer interferência no comportamento da pessoa deve ser vista com máximas ressalvas, uma vez que o critério da utilidade penal impõe o afastamento do âmbito penal comportamentos imorais ou que provoquem lesão com o consentimento do ofendido ao Estado cabe somente tutelar os bens jurídicos mais relevantes, capazes de gerar lesões mais graves[46].

Portanto, ao considerarmos correta a incidência do delito de homicídio (no caso da eutanásia passiva) ou de participação de homicídio (no caso do paciente recusar-se a receber tratamento vital), estaremos diante de um quadro em que não será maiso paciente (devidamente orientado pelo seu médico sobre seu estado de saúde) que escolherá o seu futuro, mas sim o próprio Estado, de acordo com a sua concepção e interesses próprios. Noutro giro, criticam-se também que tais dispositivos legais datam 1940, razão pela qual estão em total dissonância com a evolução bioteconológica, revelando-se ultrapassado.

Verifica-se claramente que a sociedade aos poucos afastou este paternalismo nos famosos casos de recusa de recebimento de transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová. Isso porque, para estes religiosos, viver com o sangue alheio é uma forma de tortura permanente, que gera um sofrimento insuportável, já que esta pessoa não se considera mais digna[47]. De fato, com a tranfusão obriga-se a pessoa a viver fora de sua autonomia, fazendo com que a mesma se sinta desumanizada. Desta feita, mesmo diante da morte inerente, vem sendo entendido que diante da dignidade da pessoa humana, possui o paciente direito de se negar ao tratamento, mesmo que a consequência seja a morte.

[45] MARTINELLI. João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico Penal. Universidade de São Paulo: 2012. p. 255.
[46] Idem.
[47] MARTINELLI, Ibid.

Para maior elucidão, observa-se que nos casos de vacinas obrigatórias, não há a incidência de paternalismo. Nestes casos, o Estado visa salvaguardar interesse de terceiro (leia-se toda a coletividade) de um mal real (epidemia), razão pela qual se revela legítimo a intevenção estatal, em detrimento da autonomia de terceiro.

4 COMENTÁRIOS SOBRE AS DISPOSIÇÕES MÉDICAS

Em virtude da falta de regulamentação específica sobre a matéria em todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo a legislação penal desarrazoada, ultrapassada, paternalista e contraditória aos Princípios Basilares e Fundamentais da Bioética, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.805/2006.

Esta Resolução possibilitou ao médico limitar ou suspender tratamentos que prolonguem desproporcionalmente a vida de pacientes incuráveis, quando o próprio paciente recusa-se a ser submetido a um determinado tratamento médico[48]; bem como a possibilidade de que seus representantes legais optem pela interrupção da terapia vital, ocasião está restrita aos casos em que o enfermo já não possui condições de manifestar a negativa por si próprio[49]. Logo, possibilitou a recusa a tratamento médico vital quando o paciente não possui mais qualquer expectativa de vida - nos casos específicos de pacientes graves e incuráveis, cuja enfermidade se encontre em fase terminal.

Obviamente este ato normativo afrontou o Código Penal, razão pela qual, teve sua constitucionalidade amplamente questionada: uma simples Resolução não possui força normativa capaz de afastar a aplicação do Código Penal. Por tal razão, aqueles que eram contrários à resolução insistiam pela punição disposta no artigo 122 do Código Penal para o médico que respeitava a vontade do paciente em recusar um tratamento[50], uma vez que este garante o bem jurídico vida.

Sob este fundamento jurídico, a resolução foi suspensa em 23 de outubro de 2007, por decisão liminar da 14ª Vara Federal de Brasília, em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal. Contudo, em decisão de mérito proferida em 1º de dezembro de 2012 em sentença proferida pelo juiz Roberto Luis Luchi Demo, prevaleceu a constitucionalidade da resolução, em consonância com a doutrina majoritária. Entendeu-se

[48] BRASIL, Conselho Federal de Medicina (CFM). RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006. Diário Oficial da União. 2012; Seção I: 169, Art. 1º.
[49] Idem., Art. 1º, parte final.
[50] GOMES, Enéias Xavier. *O novo Código de ética médica e a morte sem dor*. Disponível em: <http://www.advsaude.com.br/noticias.php?local=1&nid=4481>. Acesso em: 30 jun. 2012.

que a Resolução não se conflita com o Código Penal - não é possível haver a incidência de qualquer tipo delitivo, tendo em vista que nos casos referidos não há expectativas reais do paciente retomar a consciência. Logo, todo o tratamento se converte num processo de prolongamento da morte deste, o que gera a violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e com a proibição de submissão à tortura e a tratamentos desumanos ou degradantes (artigos1º, III, e 5º, III, CF)"[51]. Neste sentido, vale citar trechos da brilhante decisão:

> (...) se chega à conclusão da atipicidade material do suposto crime de homicídio, ainda que privilegiado, decorrente da prática de ortotanásia, levando-se em consideração que a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado em paciente terminal (desde que autorizado por quem de direito) não conduz a um resultado desvalioso no campo penal, considerando a necessária interação que os princípios constitucionais – todos derivados da diretriz primordial da preservação da dignidade da pessoa humana – têm de estabelecer com a moderna teoria do fato típico, balizando a interpretação do direito penal vigente. (…).

Do ponto de vista constitucional, portanto, é plenamente possível e razoável sustentar-se a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal. Assim, a pecha de que a Resolução nº 1805/2006, do CFM, viola a ordem jurídica, porque descriminaliza conduta penal, já não tem lugar na presente discussão

Sob o prisma jurídico penal, não há como subsistir o dever de garante do médico, haja vista que este dever de agir encontra-se somente subsiste quando atrelado à presença de perspectivas reais e objetivas de atuação. Nos casos citados na resolução, o enfermo já não possuía mais expectativas concretas e objetivas de recuperação, razão pela qual o encarniçamento terapêutico (*distanásia*) caracterizaria um verdadeiro suplício para o mesmo.

O novo Código de Ética Médica (Resolução nº 1.931/2009 do CFM) que entrou em vigor em 13 de abril de 2010 caminhou no mesmo sentido, ao reconhecer novamente a finitude da vida. No intuito de melhorar as relações entre médicos e pacientes, admitiu a necessidade de limitação da medicina na manutenção da vida nos casos de irreversibilidade do quadro clínico, o médico deverá proporcionar aos pacientes cuidados paliativos e conforto.

[51] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica*. In: OLIVEIRA, Bruno Queiroz; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Direito Penal no Século XXI: desafios e perspectivas.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.p. 209.

Mais uma vez, condenou a distanásia, quando resumir-se na perpetuação artificial e dolorosa da vida humana, gerando sofrimento ao paciente[52].

A citada resolução claramente resguardou autonomia privada do paciente, ressalvando-se que esta depende da informação prévia do seu estado de saúde, suas perspectivas ou não de cura e modalidades terapêuticas de tratamento[53]. Logo, mediante a tal informação, deixou a cargo do paciente o direito de escolher livremente entre abreviar o seu estado de terminalidade ou prolongá-lo.

Por fim, dispôs que independentemente da decisão tomada, deverá receber tratamento paliativos em face dos sintomas da doença, bem como contar com o apoio médico e psicológico[54], dispositivo este que novamente demonstra clara preocupação em primar pela dignidade da pessoa humana e respeitar sua vontade, caso não queira ser submetida a tratamento que considera degradante.

Importante ressaltar que caso o paciente, por qualquer convicção (ética, religiosa, etc.) manifeste a vontade de mantença da vida, este intento devera ser respeitado. Assim, prima-se pela autonomia do paciente em poder decidir como deseja viver seu fim, salvaguardando o que lhe resta de dignidade, diante de uma doença gravíssima que lhe coloque diante das adversidades sintomáticas do estado terminal.

A primeira crítica visível na resolução refere-se à restrição dos casos passíveis de ser aplicada. Isso porque, este ato normativo limitou sua aplicação os casos de enfermidade grave ou incurável, em estado terminal - situações em que a morte próxima ou iminente. Contudo, omitiu-se nos casos de doença incurável em estado vegetativo, que ocorre quando o paciente encontra-se em estado irreversível de absoluta inconsciência, o qual pode prolongar-se por anos (estado vegetativo persistente)[55], por meio da dieta artificial de nutrição e fluídos[56]. Tal restrição é desarrazoada, haja vista que nestes casos embora a morte não seja próxima, não há qualquer razão para que se prolongue por tempo indeterminado um tratamento inútil e invasivo[57].

---

[52] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética Médica (Resolução CFM Nº 1931/2009)*. Brasília: CFM; 2010:1–100.
[53] BRASIL, Conselho Federal de Medicina (CFM). RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006. Diário Oficial da União. 2012; Seção I: 169, Art. 1º.
[54] Idem., Art. 2º.
[55] CARVALHO,. *O tratamento jurídico [...],* Idem.
[56] KEPPER, Délio. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. *Revista Bioética,* 1999, v.7, n.1, p.60.
[57] CARVALHO, op. cit.

Em suma, observa-se que esta resolução optou claramente em primar pela liberdade do enfermo ou seu representante legal na escolha de ser submetido a tratamento vital quando este não for capaz de gerar a cura, mas somente prolongar o resquício da vida. Contudo, esta autonomia não seria reservada nos casos em que o enfermo não possuísse capacidade de manifestar sua vontade, a qual deixa a cargo do representante legal.

Com efeito, inúmeras vezes poderia haver a colisão entre a vontade do enfermo e a de seu representante legal. Como exemplo clássico,cita-se a dificuldade de uma mãe em determinar que sejam desligados os aparelhos que mantém seu filho vivo, uma vez que é quase instintivo que a genitora manifeste-se no sentido de primar pela vida de seu filho, sob qualquer circunstância. Desta feita, mesmo que o enfermo declarasse a vontade de não ser submetido a determinado tratamento em vida anteriormente, caso incapacitado de manifestar sua vontade, prevaleceria opinião de terceiro, mesmo que contrária.

Sob outro aspecto, também se abre brecha para imputar maior sofrimento ao representante legal quando obrigado a decidir pelo enfermo sobre a realização ou não de determinado tratamento vital, sendo que nunca teve ciência sobre qual seria a vontade deste.

Por fim, também poderiam ocorrer conflitos, entre divergentes vontades de várias pessoas, as quais legalmente poderiam ser representantes legais, tal como ocorre no caso de uma viúva em coma terminal devido a alzheimerque possui dois filhos, sendo que um manifesta-se para que desliguem os aparelhos que a mantém viva e o outro se manifesta no sentido que os mesmos sejam desligados.

Por tal razão, como já ocorre há décadas em alguns países[58] verificou-se que esta resolução novamente pecou ao não permitir que o próprio paciente constituísse um instrumento anterior que atestasse sua vontade previamente, no que se refere a submetido ou não a medidas terapêuticas médicas, que entraria em validade caso o paciente estivesse incapaz de manifestar a sua vontade.

Neste exato sentido, surge a nova resolução do Conselho Federal de Medicina – Resolução nº 1955 de 2012, denominada de *Diretivas Antecipadas de Vontade*[59]. Ressalta-se que esta resolução surge não somente no sentido de complementar a ausência injustificada na resolução anterior sobre o tema, mas também na intenção de efetivar os princípios contidos no

[58] BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Diretivas antecipadas*: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11206>. Acesso em 10. jan. 2013.

[59] BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012 Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. *Diario Oficial da União*. 2012;Seção I(170): 269–270.

próprio Código de Ética Médica de 2009, uma vez que este estabeleceu como um de seus fundamentos a autonomia do paciente, na intenção de primar pela confiança e respeito na relação entre médico-paciente. Com efeito, explica-se que reconhecer a autonomia do paciente não é destituir a autonomia do médico, mas somente relevar a alteridade presente nesta relação, onde as decisões devem ser compartilhadas[60].

Por meio de tal resolução, possibilitou-se a manifestação prévia de vontade acerca de quais tratamentos médicos deseja ou não se submeter caso futuramente estiver em estado de incapacidade de manifestar, de maneira livre e autônoma sua vontade[61]. Assim, denomina esta manifestação prévia como diretivas antecipadas de vontade.

O artigo 2º desta resolução dispõe como deverá o médico agir diante da diretiva antecipada de vontade, razão pela qual em seus parágrafos elenca posturas diversas, a serem tomadas em diferentes situações.

Primeiramente, claramente dispõe que será obrigação do médico considerar as diretivas antecipadas de vontade quando o paciente estiver incapacitado de se expressar;por sua vez, possibilita que o enfermo nomeie um representante legal para tal finalidade, ocasião em que o médico estará atrelado as informações fornecidas por este. Contudo, dispõe claramente que o médico somente deverá conforme vontade expressa anterior do paciente, caso esta esteja em constância com o Código de Ética Médica.

Assim, surge o primeiro conflito: como deve agir o médico caso entenda que a diretiva de vontade do paciente fere o Código de Ética Médica. Diante da omissão normativa, entendemos que deverá, por meio de uma analogia, seguir o ditame elencado no parágrafo 5º. Por tal razão, deverá socorrer-se ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para decidir sobre o respectivo conflito ético. Frisa-se que este ainda deverá ser o comportamento adotado pelo médico, quando não forem conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, não haver representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, diante de uma situação que considere relevante.

Outra impropriedade observada na resolução é que a mesma não dispõe claramente em quais situações poderá ser aplicada, ou seja, em quais casos deverão médico aceitar a recusa prévia do paciente em se submeter ao tratamento vital.

---

[60] GOLDIM, José Roberto. *Diretivas Antecipadas de Vontade:* Comentários sobre a Resolução 1955/2012 do Conselho Federal de Medicina/Brasil. Disponível em:<http://www.bioetica.ufrgs.br/diretivas2012.pdf.>. Acesso em: 15 mar. 2013.

[61] BRASIL, CFM. Resolução [...], Ibid., Art. 1.

Ao contrário do que ocorreu na Resolução nº 1805 de 2006, observa-se que acertadamente esta não restringiu sua aplicação de doença grave e incurável, em estado terminal. Por tal razão, questiona-se a abrangência aos estados vegetativos permanentes.

Diante desta omissão, pode-se entender que deverá ser aplicada nas mesmas hipóteses dispostas na resolução anterior, uma vez que se trata do mesmo assunto[62]. Com efeito, como na Resolução anterior que primeiramente regulamentou a ortotanásia, já foi disposto especificadamente quais casos seriam passíveis de aplicação, por meio de uma analogia mantém-se as mesmas hipóteses.

Entretanto, este não nos parece o posicionamento mais adequado, uma vez que o erro cometido anteriormente não deve ser repetido. Ora, conforme já exposto anteriormente, a exclusão dos enfermos em estados vegetativos na aplicação da resolução anterior foi correto. Assim, em que pese esta resolução não elencou os casos de aplicação, estes podem ser facilmente deduzidos pelo espírito do Código de Ética Médica[63], o qual condenou veemente a distanásia e visou melhorar as relações entre médico e paciente. Desta feita, deve abordar outras hipóteses, tal como o estado vegetativo persistente. Por fim, entende-se ainda que o médico possua qualquer dúvida sobre a aplicação da diretiva antecipada de vontade em determinado situação fática, deverá socorrer-se ao Comitê de Ética, por meio da correta analogia do artigo 2º, parágrafo 5º da Resolução[64].

Sobre aspectos gerais deste novo instituto, vale ressaltar, por meio do direito comparado, que o assunto foi disposto nos Estados Unidos por meio de lei[65], a qual tratou o tema com a maior atenção necessária.

Logo, tal lei dispõe que as diretrizes antecipadas de vontade podem ser realizadas de três formas: o *living will* (testamento em vida), documento por meio do qual o paciente determina os procedimentos médicos que não gostaria de se submeter, se algum dia estiver incapaz de manifestar sua vontade, seja por estar inconsciente ou por estar em um estado terminal, do qual poderá decorrer a incapacidade[66]; o *durable power of attorney for healthcare* (poder duradouro do representante para cuidados com a saúde), por meio do qual

[62] BRASIL, CFM. Resolução [...], Ibid.
[63] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética Médica (Resolução CFM Nº 1931/2009)*. Brasília: CFM; 2010:1–100.
[64] BRASIL, CFM. Resolução [...],, Ibid., p. 269–270.
[65] BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Diretivas antecipadas*: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11206>. Acesso em 10. jan. 2013.
[66] Idem.

nomeia um representante por meio de um mandato, o qual decidirá e tomará providências em relação ao paciente[67]; por fim, o *advanced core medical directive* (diretiva do centro médico avançado), o qual consiste em um documento mais completo, que reúne as disposições do testamento em vida e do mandato duradouro[68], ou seja, é a união dos outros dois documentos.

A nova resolução claramente dispôs sobre as duas primeiras formas. Contudo, não há qualquer óbice que iniba a aplicação da terceira - *advanced core medical directive* (diretiva do centro médico avançado),tendo em vista que consiste na união das duas primeiras, privilegiando-se tanto o paciente, como também a relação entre este (por meio de seu representante) e seu médico. De fato, esta Resolução Médica acertadamente não trouxe maiores aprofundamentos sobre o tema, haja vista que extrapolaria os limites de competência do Conselho Federal de Medicina. Assim, dispôs unicamente ser escolhido livremente qualquer manifestação de vontade, o que denota qualquer uma das três espécies elencadas, porque não houve qualquer restrição.

A doutrina atualmente critica, com grande ênfase, a terminologia testamento vital, devido que este definido no direito civil como instrumento que constitui ato unilateral de vontade, com eficácia *post mortem*. Logo, não seria a nomenclatura correta, haja vista que o testamento vital possui eficácia em vida[69].

No contexto do Biodireito, considero que não haveria qualquer óbice para que um instituto possua uma nomenclatura parecida com a do direito civil, até porque terminologicamente ao substantivo testamento é adicionado o adjetivo vital, o que capaz de diferenciar ambos os institutos, por si só.

A verdadeira impropriedade terminologicamente ocorre porque o testamento vital é apenas uma das espécies de diretivas antecipadas de vontade, sendo que a própria resolução deixa clara a possibilidade de ser norteado um representante para o ato, como bem ressalva alei norte americana. Contudo, há que ser ponderado que este termo legal é de fácil divulgação, o que contribuirá para a necessária popularização do novo instrumento legal.

Por sua vez, o que de fato deve ser criticado é que um tema de extrema importância seja tratado numa mera resolução médica e não por meio de lei propriamente dita. Pondere-se, para que uma pessoa ateste previamente como será distribuído seus bens, posteriormente sua morte, deverá ser realizado um testamento com diversos requisitos legais (ato por meio de instrumento publicou, testemunhas, etc.). Contudo, ao tratar sobre a disposição do bem

[67] Idem.
[68] Idem.
[69] Idem.

jurídico vida, o ato é regulamentado por meio de mera resolução, sem qualquer formalidade. Portanto, revela-se inadmissível que no Brasil não haja qualquer lei que regulamente os direitos pacientes, obrigando tema de tamanha complexidade seja tratado por meio de resoluções, as quais possuem o intento precípuo de regulamentar conduta médicas.

5 CONCLUSÕES

O direito a saúde foi consagrado pela Constituição Federal, em todas as suas dimensões, eis que obviamente a proteção desta é imprescindível para a dignidade da pessoa humana. Infelizmente, nosso Estado se mostra ineficaz na efetivação deste direito, ocasião em que fundamenta que se trata de direito que atinge inúmeros titulares em incontáveis relações jurídicas. Logo, seria absolutamente impossível administrativamente arcar com a realização de todos os tratamentos médicos necessários aos cidadãos.

Por ser um direito, é possível recorrer de tal negativa administrativa perante o Poder Judiciário, o qual vem decidindo reiteradamente que os critérios econômicos não possuem o condão de afastar a obrigação estatal em tutelar a saúde, uma que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou como valor máximo a dignidade da pessoa humana. Por tal razão, cabe ao Estado buscar a proteção da pessoa em todas as suas dimensões primordialmente, sendo outras demandas secundárias.

Por sua vez, necessário é estabelecer um limite do dever estatal nesta obrigação, uma vez que em algumas ocasiões é legítima a recusa dos enfermos em se submeter ao tratamento médico. Isso porque, ao padecer de doença grave e incurável, poderá o enfermo recusar-se a ser submetido a tratamento médico que lhe atribua grande sofrimento e somente prolongará o processo morte, sem qualquer perspectiva de cura. Veja bem, em nenhum momento se afirma que ao paciente não mais salvável, obrigatoriamente deverá ser suspenso o tratamento vital, mas sim que este possui autonomia para escolher como deseja viver seu fim. Por fim, frisa-se que independentemente da escolha tomada pelo paciente, este terá o direito de receber tratamentos paliativos para aliviar sua carga de sofrimento.

Imprescindível ressaltar que a recusa de tratamento médico vital nestas circunstâncias não caracteriza o instituto da eutanásia, uma vez que possuem distinções claras. Neste instituto a finalidade precípua é a morte, enquanto naquela a recusa a submissão de tratamento degradante ao enfermo é a finalidade principal, sendo a morte.

Esta corresponde a ato praticado pelo médico a pedido do paciente, sendo a morte a finalidade precípua. Por sua vez, aquele instituto corresponde a conduta praticada pelo próprio paciente sendo respeitada pelo médico.

A civilização está em constante transformação, processo este atualmente ainda mais acelerado diante da velocidade do progresso tecnológico. Diante de tamanha evolução, constata-se a dificuldade do ordenamento jurídico em acompanhar tais modificações sociais, no Estado brasileiro. Neste diapasão, observa-se que o Código Penal, legislação que regulamenta o tema data 1940. Também se ressalta que o legislador até a presente data se absteve de elaborar lei específica sobre este tema.

Fato é que a sociedade brasileira foi fortemente influenciada pelos ideais católicos que perduram até hoje, sendo inegável que o ordenamento jurídico brasileiro possui influência, mesmo que indireta, dos preceitos fundamentais da igreja. Ademais, esta influência é mais perceptível em legislações provenientes de longa data.

Neste sentido, observa-se que pela interpretação pura do Código Penal, o médico que consente com a vontade do paciente em recusar-se a ser submetido a tratamento médico vital e não obrigá-lo, independentemente do contexto fático, tipificará o delito previsto no artigo 122 do Código Penal. Isso porque, o médico possui o dever legal de evitar o resultado morte diante do artigo 13, §2º, alínea "*b"*, desta mesma legislação, o que lhe impõe a obrigação o *status* de garante. Assim, pratica tal delito comissivo por omissão.

Expõe-se, então, uma problemática: um Código Penal que tutela a vida com base em ideais concebidos há centenas de anos, o que se choca com o atual progresso da sociedade tecnológica. Não há qualquer dúvida que tal legislação atualmente demonstra um Estado injustificadamente paternalista, o que não é mais coerente com os ideais liberais e democracia consagrada pela Constituição Federal de 1988.

A válvula de escape para tamanho erro, está exatamente na Constituição Federal. Isso porque a nova ordem jurídica estabelecida compreende que o bem jurídico vida deverá ser interpretada dentro de uma visão global, em consonância com a dignidade da pessoa humana e, por consequência, do respeito à autonomia que dela se origina. Por tal razão, ninguém poderá ser desprovido da vida contra a própria vontade, contudo, este entendimento não impõe um dever absoluto e incondicionado de viver, haja vista que será relativizado diante da submissão do indivíduo a uma vida indigna, caso assim deseje. Em suma, o que deve ser aceito é que quando o indivíduo estiver acometido de doença terminal incurável ou invalidez irreversível, desde que devidamente informado sobre seu real estado clínico, poderá

escolher não ser submetido a tratamento médico que prolongue ineficazmente sua vida, já que não possui o intento de lhe curar.

Assim, esta vontade deverá ser respeitada pelo médico que possui a obrigação de ministrar tratamentos paliativos. Desta feita, partindo-se do pressuposto que dignidade da pessoa humana deve ser considerada princípio corretor na solução da colisão entre os bens jurídicos vida e autonomia, observa-se que ao médico não poderá ser atribuída a incidência do delito previsto no artigo 122 do Código Penal.

Contudo, diante do equívoco do Código Penal e inexistência de qualquer legislação que regulamente a matéria, o Conselho Federal de Medicina dispôs sobre o tema por meio de duas Resoluções nº 1805 de 2006 e nº 1955 de 2012. É louvável a atitude deste Conselho, mas não se deve olvidar que dentro de suas prerrogativas tutelaram a matéria dentro de uma perspectiva médica.

Trata-se de tema que em virtude da complexidade exige mais do que poucos artigos, os quais basicamente dispõem como o deve agir o médico perante determinadas situações. Isso porque, desta forma abre-se brechas para omissões injustificáveis e incoerências jurídicas. Tal matéria há muito tempo já deveria estar regulamentada por meio de lei neste país, a qual dispõe sobre os direitos dos pacientes.

6 REFERÊNCIAS

BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bioética-jurídicas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1997. p.36/37.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Diretivas antecipadas*: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11206>. Acesso em 10 jan. 2013.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina (CFM). RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006. Diário Oficial da União. 2012; Seção I: 169.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012 Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. *Diário Oficial da União*. 2012;Seção I(170): 269–270.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética Médica (Resolução CFM Nº 1931/2009)*. Brasília: CFM; 2010:1–100.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicídio, eutanásia y Derecho penal: Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de "legeferenda".* Granada: Comares, 2009.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica*. In: OLIVEIRA, Bruno Queiroz; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Direito Penal no Século XXI: desafios e perspectivas.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *O tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil*: considerações acerca do impacto da resolução n° 1.805/2006 do conselho federal de medicina. Ciências Penais: revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, ano 4, v. 6, p. 227-268, jan./jun. 2006.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal: estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de "legeferenda",* Granada: Comares, 2009.

FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 5 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense: 2012. p. 597.

FEINBERG, Joel. *Harmto Self* (vol.III da coleção intitulada *The Moral Limitsof Criminal Law).* New York: Oxford University Press, 1986,p. 22 e ss.e GARZÓN VALDÉS, E. ¿Es éticamente justificable el paternalis.mo jurídico? *Doxa.* Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, 1988.

FORTES. Paulo Antonio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de caso.* São Paulo: EPU, 2002.

GOLDIM, José Roberto. *Diretivas Antecipadas de Vontade:* Comentários sobre a Resolução 1955/2012.Disponível em: <www.bioetica.ufrgs.br/diretivas2012.pd>. Acesso em: 15 mar. 2013.

GOMES, Enéias Xavier. *O novo Código de ética médica e a morte sem dor*. Disponível em: <http://www.advsaude.com.br/noticias.php?local=1&nid=4481>. Acesso em: 30 jun. 2012.

GRENVIK, *Suspensão do tratamento na doença terminal e morte cerebral*. In: LANE, John Cook (coord). *Reanimação*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981.

KEPPER, Délio. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. *Revista Bioética,* 1999, v.7, n.1, p.60.

MARTINELLI. João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico Penal. Universidade de São Paulo: 2012.

NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: morir con dignidad (consecuencias jurídico-penales).* Buenos Aires: Universidad, 1994.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética.* 2. ed. São Paulo: Loyola, São Paulo, 1994.

PONTES, Felipe. Ajuda-me a morrer. *Revista Época,* Rio de Janeiro: Globo, n° 736, 25 de junho de 2012, p. 85.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro.* 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

RIOS, Roger Raupp. *Direito saúde dimensão subjetiva transindividual*. Disponívelem:ww.cebes.org.br/media/File/direito%20sanitrio/Direito__sade_universalidade_integralidade.doc. Acesso em: 10 jan. 2013.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*: Madrid: Ramón Areces, 1994.

ROMERO OCAMPO, Guillermo. *La eutanasia*. Bogotá:Pontificia Universidad Javeriana, 1986.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. O *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAUEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito „in vitro": da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SEMINARA, Sergio. "Riflessioni in tema disuicidio e dieutanasia", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* fasc.III, 1995, p.693; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 51, p.735.

TORÍO LÓPEZ, Angel. Reflexión crítica sobre el problema de laeutanasia. *Estudios Penales y Criminológicos, XIV*, 1989/1990. p. 219.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, J. Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.1.ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1997.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales". *RFDUG,* nº 13, 1987, pp.285-286.

A POSSIBILIDADE DA DECLARAÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE DIANTE DO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA ORTOTANÁSIA

LA POSSIBILID DE DECLARACIÓN DE ÚLTIMA VOLUNTAD ANTE EL CONFLICTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TRATADOS EN LA ORTOTANÁSIA

Fernanda Menegotto Sironi[1]

Neri Tisott[2]

RESUMO

O testamento vital é uma declaração que expressa o desejo do paciente em estado terminal, para que seja respeitada sua vontade mesmo quando ele estiver impossibilitado de manifestá-la. O Brasil, atualmente, possui uma resolução do Conselho Nacional de Medicina que disciplina a questão, sem qualquer outra lei que aborde o assunto. Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, embora a resolução seja a única regulamentação existente, deve-se atentar para o fato de que a ortotanásia já é permitida, e com base no princípio da dignidade humana e da autonomia privada seria possível a manifestação de vontade antecipada do paciente. Dessa forma, defende-se que o testamento vital já é válido no atual ordenamento jurídico, necessitando, contudo, da criação de uma legislação própria que defina as formalidades e garanta a sua eficácia.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento vital; Dignidade; Vida; Liberdade; Direitos fundamentais.

RESUMEN

El testamento vital es una expresión de la intención del deseo de los pacientes con enfermedad terminal para que sea respetada su voluntad, incluso cuando no es capaz de expresarlo. Brasil, que actualmente cuenta con una resolución del Consejo Nacional de Medicina, que regula la materia, incluso sin ninguna otra ley que aborde la cuestión. Sin embargo, el sistema legal brasileño, a pesar de que la resolución es la única regulación existente debe ser consciente de que ortotanasia es permitido en Brasil y en base al principio de la dignidad humana y la autonomía, podría ser la manifestación de voluntad de avanzar. Por lo tanto, se argumenta que el testamento vital ya es válido en el ordenamiento jurídico actual, que requiere, sin embargo, la creación de una ley que define por sí mismo los trámites y garantizar su eficacia.

[1]Advogada, especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Maringá-PR (CESUMAR), especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá-PR (UEM), mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Maringá-PR (CESUMAR) e professora na Faculdade Integrada de Campo Mourão-PR.

[2] Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e Especialista em Função Social do Direito: constituição, processo e novos direitos; pela UNISUL - Universidade do Sul de Santa Catarina, Mestrando em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá–PR (CESUMAR), Professor – Advogado.

PALABRAS CLAVE: Testamento vital; Dignidad; Vida; Libertad; Derechos Fundamentales.

SUMÁRIO: **INTRODUÇÃO. 1 A EUTANÁSIA.** 1.1 EUTANÁSIA ATIVA E PASSIVA. 1.2 A RESOLUÇÃO Nº 1.805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 1.3 O TESTAMENTO VITAL. **2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA TEMÁTICA.** 2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 2.2 DIREITO À VIDA. 2.3 DIREITO À LIBERDADE E À AUTODETERMINAÇÃO. **3 A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE DIREITOS E O TESTAMENTO VITAL.** 3.1 O PATERNALISMO JURÍDICO. 3.2 O CONFLITO DE DIREITOS. **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

INTRODUÇÃO

A vida e a morte sempre foram objeto de preocupação de filósofos, moralistas e cientistas, por isso existem entendimentos diversificados a esse respeito. A dificuldade em definir a morte se fundamenta em seu mistério e, principalmente, no que ocorre após a morte. Contudo, a morte, para o direito, significa a cessação da personalidade civil, que pode gerar diversas consequências jurídicas.

A eutanásia é entendida como o ato que alivia o sofrimento do paciente, com uma morte tranquila. Sua admissibilidade acende discussões polêmicas, justamente por envolver grande conjunto de valores e interesses da sociedade.

Embora a eutanásia seja proibida no Brasil atualmente, com a resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina a eutanásia passiva, também conhecida como ortotanásia, passou a ser permitida, já que não configura nenhum ilícito penal.

A ortotanásia envolve os bens jurídicos: dignidade da pessoa humana, direito à vida, autonomia de vontade, liberdade, entre outros. O direito à vida é protegido pela Constituição Federal, de modo que o indivíduo não pode, em regra, dispor desse direito. Contudo, tratando-se de conflito de direitos fundamentais nenhum deve se sobrepor ao outro. Para a solução do conflito deve ser utilizado o critério da ponderação, buscando a maior efetividade de todos os direitos envolvidos na questão.

A eutanásia passiva pondera os direitos fundamentais, uma vez que preserva a vida, já que não acontece de forma dolorosa e indigna, respeitando também a autonomia de vontade do paciente e a dignidade da pessoa humana.

O testamento vital é a forma de garantir que a vontade do paciente seja respeitada, mesmo quando ele estiver em estado terminal e impossibilitado de manifestar-se.

A ideia de estudar e pesquisar o tema surgiu pela sua relevância não só para o sistema jurídico, mas para a sociedade como um todo. Diante da temática, buscou-se compreender se existe em nosso ordenamento jurídico, mesmo perante tantos direitos fundamentais para efetivar, a possibilidade de garantir a vontade do paciente através do testamento vital nos casos de ortotanásia.

Para responder à indagação utilizou-se pesquisa bibliográfica exploratória descritiva, baseada em um modelo dedutivo com fundamentos sócio-jurídicos. Para tanto, foram utilizados livros, artigos de doutrinadores e estudiosos, bem como leis e resoluções nacionais.

1 A EUTANÁSIA

Mesmo sendo a eutanásia um ato que alivia o sofrimento, muitos bens jurídicos entram em conflito na sua regulamentação: o direito à vida, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação.

Entretanto, a eutanásia se subdivide em ativa e passiva, sendo necessário compreender esses conceitos para saber qual pode ser levada a cabo no Brasil e qual continua proibida por lei.

1.1 EUTANÁSIA ATIVA E PASSIVA

A eutanásia, de forma geral, é proibida no Brasil. Existem diferenças entre a eutanásia ativa, passiva e ainda a recusa do paciente em receber tratamento, indispensável para a manutenção de sua vida, levando indiretamente à sua morte.

A eutanásia (do grego *eu*, bem ou bom, e *thanatos*, morte) costuma ser definida como boa morte, isto é, a morte que ocorre de forma suave e sem dor. Pode ser perpetrada tanto ativamente (*eutanásia ativa*), como através da mera omissão (*eutanásia passiva*) (CASABONA, 1994, p. 422).

Dessa forma, pode-se distinguir a simples recusa de um paciente, terminal ou gravemente enfermo, a submeter-se a uma terapia vital, da eutanásia passiva ou ativa.

A eutanásia ativa implica em agir provocando a morte do paciente. Trata-se da morte provocada por sentimento de piedade, pois a pessoa em situação de grande sofrimento opta por renunciar à própria vida, e então busca aliviar esse sofrimento. A eutanásia ativa direta

corresponde à diminuição da vida do enfermo por meio de atos positivos, que o auxiliam a morrer (CABETTE, 2011, p. 23).

No ordenamento jurídico vigente, a eutanásia ativa não é autorizada legalmente e a sua prática é tipificada como homicídio, nos termos do artigo 121 do Código Penal Brasileiro.

Já no que diz respeito à eutanásia passiva, também conhecida como ortotanásia, trata-se de uma morte por processo natural, com intervenção do médico responsável. Nessa situação, o médico se depara com um paciente em estado terminal ou com doença incurável, com perspectiva de curto prazo de vida. Como a morte é certa, cabe ao médico decidir por não prolongar o tratamento da doença com medicamentos, pois isso somente perpetuaria sua enfermidade, causando-lhe mais dor.

> Imperioso esclarecer que a ortotanásia é também uma espécie de eutanásia, a chamada eutanásia passiva, destinada precisamente àqueles casos em que o enfermo já não conta com expectativas concretas e objetivas de recuperação e o melhor a fazer, com vistas a evitar o encarniçamento terapêutico (*distanásia*) é interromper ou simplesmente não iniciar um tratamento inútil, que consistiria mais em uma prolongação da morte do que propriamente da vida do paciente (CARVALHO, 2012).

Então, na ortotanásia aquele paciente que não possui expectativa de sobrevivência deve ser submetido a um tratamento ameno, ao invés de ser amparado por métodos médicos mais gravosos, pois esses gerariam mais sofrimento, prolongando a situação de um enfermo que certamente falecerá.

No Brasil a ortotanásia é permitida, contudo, preceitua Ricardo Barbosa Alves:

> a ortotanásia pode ser admitida, desde que compreendida num sentido muitíssimo restrito, isto é, desde que não se cogite de antecipar o desfecho letal – tal qual ocorreria com a pura e simples desconexão de aparelhos que mantém a pessoa viva – mas simplesmente de profligar o encarniçamento terapêutico, adotando métodos de amparo ao moribundo menos agressivos que uma cirurgia inútil, ou um tratamento quimioterápico rigorosamente inócuo (ALVES, 2001).

Gisele Mendes de Carvalho (2012) explica que a eutanásia passiva, embora seja eutanásia, é permitida.

> A eutanásia passiva ou por omissão consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos cuja manutenção poderia prolongar a vida do enfermo de forma desproporcionada, e cuja ausência acarreta sua morte. É sempre *voluntária* e *direta*, pois não se confunde com as omissões de

> tratamentos médicos vitais, que se caracterizam pela expressa recusa do paciente a submeter-se aos cuidados médicos imprescindíveis para sua saúde e que podem levar, *indiretamente*, à morte do enfermo (CARVALHO, 2012).

Em que pese não existir nenhuma lei ordinária que discipline a matéria da eutanásia, cumpre lembrar que a eutanásia ativa é criminalizada pela lei penal no tipo penal de homicídio, já a eutanásia passiva está autorizada pela resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina.

1.2 A RESOLUÇÃO Nº 1.805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O Conselho Federal de Medicina ao aprovar a Resolução 1.805/2006 passou a permitir a interrupção dos tratamentos médicos de pacientes que não possuem chances de serem curados. De acordo com o texto da resolução, permite-se ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente em estado incurável, respeitando a vontade da pessoa ou de seu representante legal, devendo o médico sempre prestar os devidos esclarecimentos, desde que respeitando o Código de Ética Médica acerca das vedações na atuação dos profissionais em relação aos pacientes e familiares.

A Resolução nº 1.805/2006 engloba tanto a eutanásia passiva como a recusa do paciente por tratamento vital. Essas duas condutas não encontram tipificação penal, ou seja, não podem ser enquadradas como delito.

Nesse sentido, como bem assevera Gisele Mendes de Carvalho (2012) o "conteúdo da Resolução n° 1.805/2006 do CFM em momento algum entra em conflito com o disposto no Código Penal e, portanto, não configura nem pode configurar nenhum tipo delitivo".

A autora complementa dizendo que do ponto de vista jurídico penal não subsiste o dever de assistência do médico que, como todo dever de agir, encontra-se condicionado à presença de perspectivas reais e objetivas de atuação (CARVALHO, 2012). Assim, "não há cogitar de sua mantença (*do dever*), e a omissão ou interrupção da terapia não pode acarretar a criminalização do médico" (FRANCO, 1993, p. 4).

Cumpre observar que existe vedação expressa impedindo que o médico abrevie a vida do paciente, mesmo que seja por vontade dele ou de seu representante, exceto no caso de

doença incurável ou terminal, quando a vontade do paciente ou de seu representante será levada em consideração[3].

Assim, a Resolução 1.805/2006, que já foi julgada constitucional pelo STF e o Conselho Federal de Medicina, não buscou permitir a eutanásia ativa. O objetivo foi convalidar a eutanásia passiva, que permite aos profissionais a não prorrogação de uma situação irreversível.

Insta ressaltar ainda que a prática não deve ser obedecida estritamente pelo médico, justamente pelo dever da informação ser conferida ao paciente, e mais a necessidade da anuência dele e de seus familiares. Portanto, trata-se de uma escolha, uma faculdade, pressupondo um consenso entre todos os envolvidos. Destarte, não haveria, em tese, qualquer violação de vontade ou liberdade, mas sim o respeito à esses direitos, inclusive a uma vida digna **a**o paciente.

1.3 O TESTAMENTO VITAL

A Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina permite tanto a ortotanásia como a recusa ao tratamento vital que leve o paciente à morte. O texto estabelece tanto a possibilidade do próprio paciente recusar-se à submissão a um determinado tratamento médico, quanto dos seus representantes legais quando o enfermo já não está em condições de manifestar a negativa por si próprio.

Acontece que quando o paciente está consciente e pode manifestar sua vontade, sendo assistido por seu médico que irá lhe informar as implicações de sua escolha, não há grandes perturbações.

O problema reside no fato de estar o paciente impossibilitado de expressar sua vontade. Antes da resolução 1.995 de 2012, o suprimento da vontade deveria se dar por uma decisão do poder judiciário, a pedido dos representantes legais.

A partir do momento que a ortotanásia passou a ser permitida, com a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, passou-se a pensar sobre a possibilidade de antecipar o consentimento do paciente, por meio de uma declaração de vontade: um testamento vital.

[3]Art. 41. É vedado ao médico 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.

O testamento vital pode ser conceituado como

> uma declaração de vontades antecipadas, feita por pessoa maior e capaz, em pleno uso de suas capacidades cognitivas e ciente das consequências de suas decisões, que deseja estabelecer as condições de tratamento que pretende receber ou recusar. O documento é elaborado para caso a pessoa seja acometida de alguma doença que a impossibilite de manifestar sua vontade (COSTA; THEBALDI, 2010).

No direito comparado pode ser observada a aplicação da possibilidade do testamento vital nos ordenamentos jurídicos: norte-americano, suíço, holandês e espanhol.

Os Estados Unidos apontam para um testamento que deve ser feito de forma anterior, que obrigatoriamente deve ser juntado ao prontuário médico e seguido fielmente. Com sentenças pioneiras, os EUA afirmaram que o interesse do indivíduo deve vir primeiro que o do Estado (ROHE, 2002).

Na Suíça, pode-se observar empresas especializadas em guardar as declarações de última vontade dos pacientes (COSTA; THEBALDI, 2010). Em 1º de janeiro de 2013, entrou em vigor a lei de proteção ao adulto, que também regulamenta uniformemente a forma de lidar com testamentos vitais em todo o país. Na Suíça, como na Holanda, o suicídio assistido constitui prática institucionalizada, pela injeção de uma única dosagem letal (SILVA, 2012). Na Holanda, as disposições de última vontade são realizadas através de um documento que deve ser aplicado mesmo quando o paciente estiver inconsciente.

O Brasil não possui um regulamento ostensivo, no que diz respeito à possibilidade de testamento vital, como ocorre em outros países. Contudo, desde 31 de agosto de 2012, a Resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina estabelece critérios para que qualquer indivíduo, maior de idade e plenamente consciente, tenha possibilidade de definir junto ao seu médico os limites terapêuticos a serem adotados em uma fase terminal, por meio do registro expresso do paciente num documento denominado “diretiva antecipada de vontade”, também conhecido como testamento vital.

Entretanto, embora não existam impedimentos em nosso ordenamento jurídico que proíbam diretivas de última vontade, cabe lembrar que a resolução não apresenta critérios, forma ou mesmo quaisquer outras regras que informem como deve ser feito o testamento vital, afirmando inclusive que o testamento poderia ser feito de forma oral e reduzido a termo no prontuário, pelo médico.

Cumpre esclarecer que a resolução não está em desacordo com a Constituição Federal e nem contraria o Código Penal, contudo, existe uma necessidade de ponderação e máxima efetivação dos direitos fundamentais em conflito nos casos de ortotanásia.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA TEMÁTICA

A permissão do testamento vital, pela Resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina, coloca em choque alguns direitos fundamentais e de personalidade.

A tutela dos direitos da personalidade realmente ganhou vulto na metade do século XX, tendo seu marco fixado no pós-guerra, a partir da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundante dos Estados Democráticos.

Os direitos de personalidade cuidam de bens primordiais à pessoa e são atributos que pertencem ao indivíduo para ele ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições de ambiente, servindo de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (DINIZ, 2004, p. 29).

A Constituição Federal de 1988, acolheu de forma mais ampla os direitos da personalidade, através do primado da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Atendendo aos ditames constitucionais, o Código Civil Brasileiro também abarcou os valores essenciais à pessoa, tutelando os direitos da personalidade.

Atente-se que as normas presentes nos artigos 11 ao 21 não prescrevem determinada conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Elas servem como ponto de referência interpretativo, oferecem critérios axiológicos e limites para a aplicação das demais disposições normativas (TEPEDINO, 2003, p. 29).

No Brasil, o parâmetro de respeito entre o Estado e seus cidadãos é fornecido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que está expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, sendo ele o princípio dos princípios, devido à sua fundamentalidade determinada pela lei maior.

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade é um valor inerente a todo e qualquer ser humano e, portanto, deve ter seus valores respeitados por todos, seja pelo Estado ou pelos cidadãos.

O Estado tem um dever de abstenção de praticar ofensas aos direitos de liberdade dos indivíduos, respeitando a dignidade da pessoa humana, buscando sua máxima efetividade.

Além do Estado, todos os cidadãos devem respeito aos direitos fundamentais alheios, pois mesmo as relações particulares devem ser baseadas na dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como:

> 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 assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes 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 (SARLET, 2001, p. 60).

A dignidade pode ser entendida ainda como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável de todo estatuto jurídico (MORAES, 2003, p. 51).

De acordo com o que se denota, a eficácia do Estado Democrático de Direito se funda neste princípio: a dignidade da pessoa humana. Viver com dignidade é não estar sujeito aos atos arbitrais do Estado, de modo que a pessoa deixa de ser tratada como objeto, pois está investida de direitos e garantias fundamentais.

Como valor fundante, a dignidade da pessoa humana deve se espalhar e ser um modo de garantir os demais direitos fundamentais como a vida, a liberdade e a autodeterminação.

2.1 DIREITO À VIDA

O termo vida pode apresentar prismas diferenciados. Em um aspecto mais restrito, é possível afirmar que o indivíduo é vivo em razão de um conjunto de fatores fisiológicos; já em um sentido mais amplo, viver é estar apto a usufruir o que o mundo lhe oferece.

A vida corresponde a um direito de personalidade que se manifesta desde a concepção, do nascimento com vida, permanecendo intrínseco à pessoa até o momento de sua morte. Esse direito se estende a todo e qualquer ente concebido pela espécie humana, não importando o modo como nasceu, seu estado físico, psíquico ou a sua condição do ser (BITTAR, 2004, p. 70-71).

O direito à vida está previsto de forma genérica no artigo 5º da Constituição Federal e abrange o direito de continuar vivo, o direito privado da vida, o direito de se ter uma vida digna e o direito de não ser morto (LENZA, 2009, p. 678).

Cabe, contudo, esclarecer que o Estado não garante a vida em si, mas sim o seu exercício. A vida é algo natural, que está fora do alcance do controle estatal. Tanto que a conduta do suicídio não é considerada um delito, porém o Estado protege o indivíduo de terceiros que possam instigar, auxiliar ou induzir outrem ao cometimento do suicídio.

O Estado deve garantir justamente que o indivíduo possa viver no sentido amplo, de maneira que possa usufruir da vida com dignidade. O poder público deve, em tese, fornecer condições que propiciem uma vida em ambiente saudável, que propicie à sociedade uma viva harmoniosa.

Dentro desse contexto, torna-se relevante a compreensão da morte digna, observando-a em toda a sua complexidade cognitiva, ou seja, a partir da dimensão jurídica, social e ética.

O conceito de vida e de morte sofreu alterações ao longo do tempo partindo do critério de batimentos cardíacos, passando pela cessação da respiração e, posteriormente, pela constatação de que o pulso desapareceu. Há pouco tempo, passou-se a adotar a morte cerebral como critério (ROHE, 2004).

Atualmente, com a promulgação da Constituição de 1988 e devido respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a vida deve ser entendida como vida digna e não apenas como vida.

Sabe-se que o indivíduo possui o direito à vida digna. Contudo, determinar o que é digno passa necessariamente pela autonomia de vontade.

2.3 DIREITO À LIBERDADE E A AUTODETERMINAÇÃO

A autonomia da vontade está ligada à liberdade e é o que permite ao sujeito escolher o que mais lhe convém.

A autonomia da vontade é o corolário da mínima intervenção estatal na esfera individual, partindo do pressuposto de que todos são autônomos e têm condições de se autorregular (PENALVA, 2009).

Explica Rizzatto Nunes que a

> pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Essas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana (NUNES, 2011).

A autonomia de vontade passa necessariamente pela liberdade de escolha. O direito à liberdade na Constituição Federal se apresenta com diversas perspectivas: direito à liberdade de manifestação de pensamento, direito à liberdade de consciência, crença e culto; direito à liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação; direito à liberdade de profissão, de informação e de locomoção.

No que tange à liberdade ou à autodeterminação de dispor sobre a própria vida tem-se um conflito, principalmente, com a liberdade de escolha, de manifestação de pensamento e de consciência, crença e culto. Isso porque é o indivíduo que, em tese, opta entre a vida e a morte, e o faz de acordo com seus valores morais, culturais e religiosos.

A autodeterminação ou a autonomia da vontade decorre do direito à liberdade. Sobre os conceitos de vontade e liberdade, o filósofo Immanuel Kant afirma que “a vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independente de causas estranhas que a determinem” (KANT, 1974, p. 243).

O homem, por ser racional, age por sua vontade, e a liberdade seria decorrente disso. Por fim, insta transcrever a seguinte frase proposta por Kant:

> Todo ser que não pode agir senão sob a ideia da liberdade, é por si mesmo, em sentido prático, verdadeiramente livre, quer dizer para ele valem todas as leis que estão inseparavelmente ligadas a liberdade exatamente como se a sua vontade fosse definida como livre em si mesma. [...] a todo ser racional que têm uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente também a ideia de liberdade sob a qual ele unicamente pode agir. (KANT, 1974, p. 244).

Portanto, na eutanásia deve-se levar em consideração: os bens jurídicos, vida, liberdade de manifestação, pensamento e crenças, e autodeterminação, que é a própria vontade decorrente da liberdade individual do homem como ser racional.

3 A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE DIREITOS E O TESTAMENTO VITAL

Muitos são os bens jurídicos envolvidos na temática da eutanásia e da ortotanásia. Os bens jurídicos são escolhidos pela sociedade, dentro de uma gama de direitos para serem tutelados pelo Estado. O Direito Penal é a *ultima ratio.*

Assim, pelo princípio da mínima intervenção, o direito penal não pode se ocupar de todos os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, devendo tutelar apenas os bens de maior relevância.

O direito penal proíbe a eutanásia, uma vez que a sua prática configura o crime de homicídio, pois se trata de uma ação que visa à retirada do bem jurídico penalmente tutelado, a vida. Porém, no que diz respeito à ortotanásia não há o que se falar em retirada da vida, pois a morte já é certa restando apenas a possibilidade de amenizar o sofrimento até que a morte aconteça.

Diante dessa constatação, cumpre saber se o direito deve intervir ou não na ortotanásia a fim de prolongar a vida do paciente incurável, mesmo contra a sua vontade.

3.1 O PATERNALISMO JURÍDICO

Sabe-se que atualmente com os recursos médicos existentes é possível prolongar ao máximo o funcionamento de um organismo já debilitado, mesmo contrariando a vontade do paciente e a sua dignidade.

Sobre o tema Dworkin disserta:

> Os médicos dispõem de um aparato tecnologico capaz de manter vivas – as vezes por semanas e em outros casos por anos – pessoas que ja estão a beira da morte ou terrivelmente incapacitadas [...], ligadas a dúzias de aparelhos sem os quais perderiam a maior parte de suas funções vitais, exploradas por dezenas de médicos que não são capazes de reconhecer e para os quais já deixaram de ser pacientes e se tornaram verdadeiros campos de batalha (DWORKIN, 2003, p.252).

Muitos se opõem às escolhas dos pacientes por uma razão paternalista, acreditando que mesmo quando as pessoas decidem de forma clara e consciente, e preferem abster-se de determinados tratamentos, as demais pessoas da sociedade tendem a acreditar que esse que

optou pelo não tratamento desconhece seus próprios interesses, necessitando da interferência do Estado.

A escolha do Estado de exercer determinadas restrições à liberdade de seus cidadãos para protegê-los deles mesmos é uma forma de expressar o paternalismo.

Conforme a teoria clássica de Gerald Dworkin (CARVALHO, 2010, p. 179/180), um comportamento paternalista, em sentido amplo, é a interferência na liberdade de ação de uma pessoa, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem estar, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida.

Assim, o Estado promove restrições aos seus, para assegurar o seu próprio bem ou para proteger determinado bem jurídico, que nesse caso é a vida do paciente.

O conceito de paternalismo está diretamente relacionado à ideia de que a interferência na liberdade de ação de uma pessoa é justificada por razões de bem estar, felicidade, necessidade, interesse ou valores da pessoa coagida, conforme já citado.

Segundo Gisele Mendes de Carvalho (2010, p. 180), "de modo geral, portanto, é possível afirmar que o paternalismo aparece sempre que se adote uma medida de limitação da autonomia pessoal de alguém, com o fim de protegê-lo de um mal, isto é, de algo que o sujeito paternalista considera prejudicial ao sujeito cuja liberdade é limitada, de acordo com o seu próprio ponto de vista. Do ponto de vista da filosofia moral, o termo, 'paternalismo' é empregado especialmente com o fim de aludir a uma atuação que opera uma restrição da autonomia dos indivíduos. Contudo, essa limitação da liberdade individual não acontece de forma injustificada, mas se fundamenta precisamente na promoção do bem do sujeito cuja autonomia é restringida".

Como características do paternalismo, extraídas do próprio conceito, podemos apontar: “(1) a intervenção na liberdade de seleção de alguém; (2) quem interfere quer o bem da pessoa que sofreu a interferência; (3) aquele que interfere age contra a vontade do suposto beneficiado” (MARTINELLI, 2011, p. 02).

Assim, duas são as partes da relação paternalista. A primeira é aquela que age paternalisticamente e a segunda é aquela que tem sua liberdade restringida pela ação paternalista. O que age de forma paternalística assim o faz porque deseja exclusivamente o bem daquele que tem sua liberdade limitada, o que se busca é garantir a obtenção de um benefício ou evitar um prejuízo (ARCHARD, 1990, p. 37).

No que diz respeito à eutanásia, o direito penal tutela o bem jurídico da vida, protegendo-o, inclusive no Código Penal. Contudo, no que concerne à ortotanásia, o direito à vida não chega a ser violado, pelo contrário, a vida digna é preservada, não existindo qualquer

necessidade do Estado agir de forma paternalista, uma vez que a própria ortotanásia quer preservar a vida digna do paciente.

3.2 A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE DIREITOS

Em decorrência do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, está o direito à vida, liberdade, igualdade, entre outros. Esse fundamento do direito pátrio, a dignidade da pessoa humana, pode se relacionar com todos esses direitos, justamente por seu caráter universal, atendendo às pessoas e suas peculiaridades enquanto seres humanos (MORAES, 2003. p. 164).

Os direitos fundamentais e de personalidade são direitos que por suas características são oponíveis *erga omnes*, imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, de caráter universal, entre outros (MORAES, 2003. p. 163-164).

No entanto, é importante ressaltar que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos. Caso contrário, esses direitos poderiam ser utilizados para sustentar a prática de atividades ilícitas ou para justificar a diminuição de responsabilidade civil ou penal.

Como direitos não absolutos, passíveis de mitigação em caso de conflitos, os direitos fundamentais devem ser ponderados para a solução do conflito. Tanto que, sobre o direito à vida, a própria Constituição Federal dispõe a hipótese da pena de morte no caso de guerra declarada, conforme artigo 5º, XLVII, alínea ‘‘a’’ da Constituição Federal.

Ademais, insta lembrar que a inviolabilidade do direito à vida poderá ser afastada nos casos de colisão com o mesmo bem titularizado por terceiros, como nos casos de legítima defesa ou estado de necessidade, ou nas hipóteses da permissividade do aborto, assegurando os direitos fundamentais de uma gestante (NOVELINO, 2010. p. 388).

No que tange à ortotanásia percebe-se o conflito entre a vida e a autonomia de vontade do paciente.

Sabe-se, que a forma de solução dos conflitos entre direitos fundamentais é a ponderação, que deve ocorrer no que diz respeito ao direito à vida e à autonomia de vontade, tendo a dignidade humana, que permeia os dois direitos fundamentais, como parâmetro de interpretação, já que esta não pode ser afastada.

Segundo ensina Daniel Sarmento

> a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove (SARMENTO, 2006, p. 74).

Nesse raciocínio, importa destacar que os direitos em conflito na ortotanásia são direitos fundamentais, possuindo algumas características conforme apontado por Pedro Lenza.

> Conforme sustentado, os direitos e garantias fundamentais não são absolutos. Em razão disso, esses direitos possuem a característica da limitabilidade, pois leva-se em consideração a hipótese de haver conflito de interesses, cabendo ao interpreto ou ao magistrado no caso concreto conjugar esses direitos envolvidos para decidir qual deverá prevalecer. [...] Sobre o caractere da concorrência, significa que dois ou mais direitos e garantias podem ser exercidos ao mesmo tempo (LENZA, 2009, p. 672).

Conforme aduzido, o doutrinador sustenta que os direitos e garantias não são absolutos, podendo sofrer limitações quando ponderados.

No que diz respeito ao caráter de irrenunciabilidade dos direitos e garantias fundamentais, pressupõe-se que esses direitos não poderiam ser objeto de renúncia; na ortotanásia não há renúncia ao direito à vida, e sim o direito de viver com dignidade e escolher se submeter a tratamentos ou não.

Assevera Gisele Mendes de Carvalho que no caso da ortotanásia

> A manutenção de terapias que não oferecem quaisquer expectativas reais de recuperação para o paciente (mormente nos casos de pacientes em estado vegetativo crônico, cuja sobrevivência poderia ser artificialmente protraída durante meses ou até anos) implicaria grave atentado à dignidade da pessoa humana, em tudo contrário à proibição constitucional de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes (CARVALHO, 2012).

No que tange ao direito à vida é importante que, além da proteção estatal, o indivíduo deve possuir capacidade de aproveitá-la. O conceito de vida é totalmente subjetivo, de modo que transcende o aspecto biológico, envolvendo a liberdade, autonomia e a vida digna.

Para muitos ter uma vida plena significa uma rotina pacífica e digna, sem quaisquer sofrimentos, físicos ou psicológicos. O conceito de vida está intimamente ligado à felicidade e ética, que são igualmente subjetivos e peculiares para cada indivíduo.

Para isso, o direito fundamental à vida deve ser entendido como direito, e a oportunidade de usufruir um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais.

O Estado garante os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento e dirimindo as desigualdades.

Portanto, em que pese na ortotanásia existir o conflito entre a vida e a autonomia de vontade, pela ponderação os bens jurídicos podem ganhar máxima efetividade.

A vida continua respeitada, uma vez que a ortotanásia consiste apenas em abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos, cuja manutenção poderia prolongar a vida do enfermo de forma desproporcionada e não na sua morte. E a autonomia da vontade é respeitada quando da escolha do tratamento ou mesmo de não utilizar medicamentos que não podem curar e só prolongarão o sofrimento. A dignidade também é respeitada, pois todos possuem direito à vida digna.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eutanásia suscita discussões, justamente por envolver conjunto variado de valores e interesses da sociedade. Acontece que existem duas modalidades de eutanásia, uma permitida e outra proibida no Brasil.

A eutanásia ativa não pode ser praticada em nosso país, pois impõe uma ação positiva, no sentido de subtrair a vida de um paciente. O Código Penal tipifica a conduta da eutanásia em seu art. 121, que dispõe sobre o homicídio.

Contudo, a eutanásia passiva, mais conhecida como ortotanásia é permitida no Brasil, pois não importa em lesão ao direito à vida. A ortotanásia permite ao paciente, que não possui expectativa de sobrevivência, a possibilidade de ser submetido a um tratamento ameno, ao invés de ser amparado por métodos médicos mais gravosos, pois estes gerariam mais sofrimento, prolongando a situação de um enfermo que certamente falecerá.

A Resolução n° 1.805/2006, que regulamenta a ortotanásia, é um marco importante para a efetivação da dignidade da pessoa humana, pelo direito à morte digna. No sentido de

que é assegurada a dignidade, como princípio geral do Estado Democrático de Direito, e que ninguém será submetido a tratamentos desumanos e degradantes.

A eutanásia passiva, mesmo permitida, coloca em conflito direitos fundamentais como: a dignidade da pessoa humana, a vida, a liberdade e a autodeterminação. Todos esses direitos conflitantes são direitos fundamentais e direitos de personalidade.

Os direitos fundamentais são protegidos pela Constituição Federal, devendo ser efetivados pelo Estado e respeitados por todos os cidadãos nas relações privadas.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado Democrático de Direito, o que implica no fato de que esse primado não pode ser desatendido. Contudo é sabido que existe a possibilidade de dispor ou mitigar mesmo dos direitos fundamentais, quando estes entrem em conflito.

Os direitos em conflito, na questão da ortotanásia, são a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o direito à liberdade e a autodeterminação. Para resolver esse conflito deve ser utilizada a ponderação, mantendo-se a máxima efetivação de todos os princípios envolvidos na temática, como verifica-se no tema.

Na ortotanásia, o direito à vida continua sendo respeitado, pois ocorre apenas a abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos, cuja manutenção poderia prolongar a vida do enfermo de forma desproporcionada e não a sua morte.

A autonomia da vontade também é respeitada quando da escolha do tratamento, ou mesmo de não utilizar medicamentos que não podem curar e só prolongarão o sofrimento.

A dignidade também é respeitada, pois não basta a garantia da vida, o que se almeja é a uma vida digna, na qual o paciente possa manter o pouco de dignidade que lhe resta até sua morte.

Assim, percebe-se que pela ponderação dos direitos fundamentais envolvidos possibilita-se sua máxima efetivação, respeitando e atendendo a todos os direitos envolvidos na temática, permitindo, em nosso ordenamento jurídico, a prática da ortotanásia.

A opção pela ortotanásia não gera tantos problemas práticos quando o paciente está consciente e toma a decisão. Acontece que quando o paciente já não pode mais escolher, pois não conta com sua capacidade plena, a decisão cabe aos familiares.

O testamento vital seria a solução para evitar que a família tenha que recorrer ao judiciário para fazer valer a vontade de um indivíduo que já havia demonstrado que, caso viesse a se encontrar em uma situação sem reversão, gostaria de não ser submetido a tratamentos extraordinários de manutenção da vida na fase final de doenças como: demência, insuficiência cardíaca, doença pulmonar obstrutiva crônica ou câncer, entre outras.

A resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina apresenta algumas diretrizes sobre o testamento vital, sob a ótica médica, no intuito de resguardar o médico que entende por bem não prolongar mais a vida de um paciente incurável que já havia expressado essa vontade.

Atualmente, com a legislação existente, podemos admitir, sim, o testamento vital, mesmo com tantos direitos conflitantes envolvidos. Contudo, ainda existe a demanda por uma legislação que estabeleça quem pode testar, qual será a forma do testamento, entre outros.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Ricardo Barbosa. Eutanásia Bioética e Vidas Sucessivas. 1º ed. São Paulo Brazilian Books, 2001.

ARCHARD, David. Paternalism defined. in *Analysis*, vol. 50, n° 01, Janeiro de 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL, Terra | Saúde. Disponível em: http://saude.terra.com.br/pacientes-poderao-decidir-por-morte-digna-em-caso-de-situacao-terminal,cb02a11969979310VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html. Acesso em 31 de ago. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.865/06 CFM.* Aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

CARVALHO, Gisele Mendes. Delitos relativos à prostituição no Código Penal Brasileiro: Proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?, *Ciências Penais,* Vol. 12, jan-jun. 2010, p. 179/180.

_____. Ortotanásia é eutanásia, mas não é crime (Considerações a respeito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e sua compatibilidade com o Código Penal) IBCCRIM. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9699, acessado em 20 de maio de 2012.

CASABONA, Carlos M. Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madri: CERA, 1994.

COSTA, Caroline Amorim; THEBALDI, Isabela Maria Marques. O testamento vital e a possível validade no direito Brasileiro. *Revista Eletrônica Jurídica da FUPACTO*. Teófilo Otoni, v.1, n. 1, p. 109-119, ago/dez. 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. A eutanásia no novo Código Penal. *Boletim IBCCRIM*, n° 5, jun. 1993.

GOMES, Hélio. *Medicina Legal***.** 30ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes***.** São Paulo. Abril Cultural, 1974.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. Revista das Liberdades. IBCCRIM. Disponível em http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=15, acessado em 20 de maio de 2011.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional***.** 2ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2003.

_____. *Direito Constitucional***.** 13ª Ed. Ed.Atlas. São Paulo, 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. ***Princípio da Dignidade da Pessoa Humana***. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49/50. Disponível em http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=5647, acessado em 20 de maio de 2011.

PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal***.** Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

ROHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Aula ministrada em 20/10/2012. Curso de Mestrado no Centro Universitário de Maringá, PR.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os Direitos da Personalidade**.** *Revista Jurídica Notadez.* Porto Alegre, ano 51, n. 305, p. 24-39, mar. 2003.

AUTONOMIA EM FACE DO DIREITO DE MORRER: UMA ABORDAGEM DO TESTAMENTO VITAL NO DIREITO BRASILEIRO

AUTONOMY IN FACE OF THE RIGHT TO DIE: A NEW APPROACH OF LIVING WILL IN BRAZILIAN LAW

Bárbara Rodrigues da Rocha[1]

RESUMO

Por circunstâncias diversas, uma pessoa pode ter interrompida a sua capacidade de expressar suas necessidades vitais básicas,sendo considerada impossibilitada de deliberar sobre as condições as quais pretende morrer. Esses pacientes são submetidos a tratamentos intensos, como a utilização de aparelhos artificiais, cujo final inócuo os médicos já conhecem, constituindo-se, pois, em uma manutenção da vida, independentemente do sofrimento que venha a ocasionar a este e a seus familiares. A solução para essa realidade observada constantemente nos hospitais é a assinatura do Testamento Vital, estipulando a vontade do indivíduo e possibilitando a renúncia a determinados tratamentos ou práticas medicinais. Porém, diante da ausência de legislação pátria (apesar dos avanços alcançados pelo Conselho Federal de Medicina, como a recente Resolução 1.995/2012), os pacientes que se encontram em estado de irreversibilidade estão com sua autonomia mitigada, permanecendo dependentes diuturnamente de uma máquina, impossibilitados de uma morte naturalmente digna. Dessa forma, o objetivo do trabalho é verificar a admissibilidade do Testamento Vital na ordem constitucional e civil brasileira. Para tanto serão analisadas a amplitude do direito à vida, do principio da dignidade da pessoa humana e liberdade previstos na Constituição Federal de 1988, além de analisar a necessidade para sua inserção na legislação civil. O estudo relacionou a autonomia da pessoa com o direcionamento estabelecido pela Bioética, concluindo pela legitimidade do Testamento Vital, asseverando especialmente a necessidade de se privilegiar a autonomia da pessoa quanto à escolha entre morrer dignamente ou receber um tratamento que prolongue inútil e indefinidamente a sua existência.

Palavras-chave: Testamento Vital. Morte . Dignidade da Pessoa Humana

[1] Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, especializanda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC.

ABSTRACT

In different circumstances, a person may have interrupted their ability to express their basic living needs, and is considered unable to decide on the conditions which intends to die. These patients are undergoing intense treatments such as the use of artificial appliances, whose innocuous final doctors already know, becoming therefore in a lifetime maintenance, independently of the suffering it will cause to the themselves and their families. The solution for this reality constantly observed in hospitals is the signing of the Living Will, stating the individual's will and allowing the waiver of certain treatments or medicinal practices. However, in the absence of homeland legislation (despite advances by the Federal Council of Medicine, as the recent Resolution 1995/2012) patients who are in a state of irreversibility are mitigated with their autonomy, remaining dependent on a machine, prevented a naturally dignified death. Thus, the objective is to verify the admissibility of Living Will in Brazilian civil and constitutional order. Therefore, will be analyzed the amplitude of the right to life, the principle of human dignity and liberty under the Constitution of 1988, in addition to analyzing the need for their inclusion in the civil law. The study related to autonomy of the person with the direction established by Bioethics, concluding the legitimacy of the Living Will, asserting especially the need to focus on a person's autonomy regarding the choice between dying with dignity or receive a treatment that prolongs indefinitely and pointless their existence.

Keywords: Living Will. Death. Human Dignity

INTRODUÇÃO

O direito à vida constitui direito fundamental básico. A Constituição Federal de 1988 contempla em seu artigo 5º, a inviolabilidade deste direito. Por outro lado, médicos lidam diariamente com os desafios e os questionamentos dos seus pacientes, que desejam por fim a manutenção da vida quando esta se mantém apenas por meios artificiais.

Diante desta realidade, discute-se a validade do chamado “Testamento Vital”. O Testamento Vital ou declaração de vontade antecipada consiste no documento produzido por uma pessoa, em sua plena capacidade psíquica, por meio do qual instrumentaliza sua vontade previamente, para dispor acerca dos tratamentos e intervenções médicas que desejaria submeter-se ou não, no caso de uma eventual doença que a impossibilite de manifestar-se autonomamente, ou seja, é um instrumento para a deliberação das condições pelos quais cada pessoa pretende morrer.

O direito brasileiro em nada dispõe sobre o Testamento Vital[1], portanto a discussão sobre o tema perpassa pela relação entre o direito à vida e os princípios constitucionais da autonomia e da dignidade da pessoa humana.

Nas relações privadas, a idéia da autonomia remete à liberdade na tomada de decisões do indivíduo. Questiona-se, entretanto, se essa autonomia abrange o direito da pessoa, em sofrimento físico irreversível, de deliberar sobre a manutenção ou não da própria vida. E no caso afirmativo, qual a extensão do mencionado direito. Discute-se ainda sobre o papel e responsabilidade do médico quando o paciente tiver manifestado previamente sua vontade acerca do momento em que pretende encerrar o seu tratamento de saúde.

Para tanto, faz-se necessário analisar os princípios constitucionais e os princípios bioéticos relativos ao tema, bem como o conteúdo da resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina - CMF que regulamentou parte do assunto.

Em suma, o presente artigo importa em verificar a necessidade da validação do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro, pois é por meio deste instrumento que a pessoa poderá manifestar sua vontade de prolongar ou não sua vida em situações em que não se deseja prolongar tratamentos procrastinatórios.

1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO DO TESTAMENTO VITAL

As situações que envolvem a instituição do Testamento Vital no Direito brasileiro ensejam muitas divergências, uma vez que a ausência de regulamentação quando se trata de disposição de vontade relativa à aplicação de terapias médicas necessita da superação de alguns pontos controversos através de uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais relativos à vida, à dignidade da pessoa humana e à autonomia de vontade nas relações privadas.

[1] Apesar da falta de legislação sobre o instituto, o Conselho Federal de Medicina editou em 2012 a Resolução nº 1.995, validando o Testamento Vital, a qual será oportunamente analisada.

Inicialmente é importante destacar a diferenciação básica entre regras e princípios constitucionais, que são as espécies do gênero normas constitucionais.

As regras são determinadas pelo seu pouco teor de abstração, sempre impondo condutas a serem cumpridas pela sociedade, como no caso da proibição da prisão civil por dívidas, ou seja, elas têm uma aplicabilidade direta diante de casos concretos.

Já os princípios apresentam um alto grau de abstração, sendo amplamente aplicados porque são equiparados a normas. No caso do legislador se deparar com um conflito, através de uma ponderação é permitida a sustentação de ambos os princípios dentro do ordenamento jurídico, ao contrário das regras que exigem uma tomada de posição e situações que exigem sua aplicabilidade imediata. Assim, segundo Adilson Josemar Puhl: (2005, p. 93):

> Destarte, havendo conflito entre princípios, esse fato, por si só, não leva à invalidade de um deles, ou mesmo à solução mediante uma cláusula de exceção como ocorre no conflito entre regras. A solução para a referida antinomia de princípios estaria na avaliação de peso que cada um deles teria no caso concreto.

Porém, outra forma de diferenciação das espécies de normas jurídicas se dá através dos cinco aspectos considerados pelo jurista J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1.160 -1.161):

> a) grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado: de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex., princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex., princípio do Estado de Direito); d) proximidade da ideia de direito: os princípios são 'Standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz); regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; f) natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Nesse sentido, configura-se que no confronto entre as normas jurídicas é que se demonstra a principal distinção entre princípios e regras, na medida em que, nas regras, se a situação jurídica ocorrer, ela comporta ou não a aplicação desta, não se admitindo ponderações.

Ao contrário, os princípios não determinam se algo deve ou não ser realizado, mas que deve ser realizado da forma mais igualitária dentro das possibilidades fáticas e jurídicas para que haja a solução dos conflitos normativos, conforme preceitua Robert Alexy (2008, p.90-91):

> O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Diante do que foi exposto, percebe-se que a importância da utilização dos princípios constitucionais na análise do Testamento Vital está na existência de lacunas que carecem de uma otimização e ponderação, ante a existência de princípios aparentemente conflitantes entre si.

2.1 Direito à Vida, Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia nas Relações Privadas.

O direito à vida é amplamente definido em qualquer ordenamento jurídico, sendo por este motivo que a Constituição Brasileira estabelece logo em seu artigo quinto tratar-se a vida de um bem inviolável, conforme vaticina o dispositivo, assim grafado: "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".

Assim, o princípio da inviolabilidade do direito à vida, apesar de ser considerado um dos direitos fundamentais de primordial importância, não se deve aduzir preliminarmente como uma obrigatoriedade da permanência da vida a qualquer custo, posto que se deve considerar a dignidade da pessoa em sua essência, ou seja, as condições de viver com o mínimo de decência.

O direito à vida, para muitos, é um obstáculo à morte digna, o que leva muitos indivíduos a acreditar que a morte deve ocorrer somente de forma natural, sem qualquer intervenção de terceiros, independentemente do estado paciente.

Entretanto, de outro lado, posicionam-se aqueles que entendem que a vida é uma disposição particular de cada indivíduo, tendo este total liberdade para dispor sobre seu próprio corpo, inclusive na decisão de quando e como deve morrer.

O Estado, por sua vez, deve assegurar ao individuo que ninguém atente sobre sua vida, mas não cabe ao mesmo ditar se este deve permanecer vivo ou não, em quaisquer circunstâncias, pois o direito de morrer dignamente é restrito à pessoa, sendo destinado ao poder estatal apenas garantir as condições mínimas para o desenvolvimento do ser humano.

Assim, a interpretação do direito à vida dever ser realizada no sentido de conferir aos destinatários da norma uma proteção cada vez maior e de não suprimir sua liberdade de manifestação de vontade, cabendo àqueles dispor livremente de seus bens e direitos.

O ordenamento pátrio assegura ser a vida um bem absoluto, mas podendo ela ser em determinadas situações relativizada, pois a legislação infraconstitucional admite casos em que esta assume papel secundário diante de outros bens jurídicos relevantes.

O vigente Código Penal, ao admitir o aborto nos casos do artigo 128, inciso I, de risco de vida para a gestante e quando a gravidez é fruto de estupro, sobrepesa vida x vida, permitindo a supressão da vida humana, diante desses casos excepcionais.

Outro dispositivo do código penal que atenta para essa relativização do valor da vida é o que dispõe sobre a não punição dos crimes praticados em estado de necessidade e legítima defesa, em que se pode sacrificar uma vida em beneficio de outra, só por esta estar em perigo ou por repelir uma injusta agressão ao seu direito. Então, como se pode considerar que a abreviação do sofrimento do paciente em situação irreversível é equivalente a um homicídio, se este, apenas não suportando mais as dores físicas decorrentes da moléstia, decide-se pelo fim menos traumático?

Como vimos, a posição do Código Penal atual é que a eutanásia equivale à prática de um homicídio. A falta de regulamentação do Testamento Vital faz com que a suspensão de tratamento no caso de pacientes terminais seja considerada fato típico previsto no artigo 121 do Código Penal Brasileiro. Ressalte-se, porém, que o mencionado Código foi elaborado em 1940, quando a dignidade da pessoa humana ainda não era considerada como fundamento do ordenamento jurídico.

Atualmente discuti-se o projeto de lei que trata da reforma do Código Penal brasileiro (nº 236/2012) que deve promover mudanças em relação à instituição de pena na prática da eutanásia, que no Código Penal atual é enquadrada como homicídio comum, passando a ter um tipo penal próprio e que poderia ser perdoada caso fique comprovado, por dois médicos, que o paciente, acometido de doença grave e com quadro irreversível, esteja mantido artificialmente.

Para entender essa possível nova legislação penal é preciso saber distinguir as diversas terminologias que consistem na abreviação, na interrupção e no próprio prolongamento da vida. Dentre estas podemos citar a ortotanásia, distanásia e a eutanásia. A primeira significa o não prolongamento do curso da morte além do período considerado como natural, ou seja, é realizada a interrupção de uma doença terminal ou incurável, cuja continuidade só iria provocar sofrimento ao paciente. A distanásia, ao contrário, prima pelo prolongamento, a qualquer custo, mesmo que ocasione sofrimento atroz ao paciente, sendo também designada obstinação terapêutica (l'acharnement thérapeutique) ou futilidade médica (medical futility). Já a eutanásia é conhecida como boa morte, por derivar do grego eu (bom) e thanatos (morte). Pode ser ativa quando necessita da ação direta do médico, como, por exemplo, a injeção letal; ou passiva quando há uma omissão de recursos necessários para a manutenção da vida.

A eutanásia prevista no anteprojeto supracitado não consiste na retirada de vida do paciente pelo médico, nem em qualquer conduta do médico, mas na denominada ortotanásia, isto é, na omissão do prolongamento artificial e desnecessário de uma vida inviável. Ficando proibida a pratica da morte piedosa, mesmo que solicitada pelo paciente, se este não apresentar morte iminente e inevitável.

Embora o avanço do projeto do novo Código Penal a falta de regulamentação constitucional e civil do Testamento Vital ocasionará diversos questionamentos como: Diante de todo o exposto a autorização não da eutanásia mas da ortotanásia não seria ainda um ameaça ao direito à vida constitucionalmente assegurado? E como podemos instituir penas se o instituo do Testamento Vital não foi definido em plano constitucional e civil, apenas através de uma Resolução do Conselho Federal de Medicina? Além da linha tênue entre a eutanásia passiva e a ortotanásia , que muitos consideram conceitualmente precária, difícil de se distinguir em alguns casos. É o entendimento de Fermin Roland Schramm que explica:" Afinal, não entubar um paciente com uma

neoplasia em fase terminal, ou seja, negar-lhe a possibilidade de se manter vivo, seria deixar a morte chegar no tempo certo ou praticar de fato a eutanásia passiva?"

A ausência de uma legislação brasileira com validade geral acerca do Testamento Vital e seus desdobramentos (eutanásia, ortotanásia e distanásia) ocasionará muitas controvérsias, dificultando aos reais interessados(pacientes) a obterem uma morte digna.

Percebe-se então que o Testamento Vital é uma instrumentalização do processo do direito de morrer. Nesse sentido, Dias (2008, p 364) conceitua Testamento Vital como sendo "o documento que contém disposições sobre a assistência médica a ser prestada a paciente terminal". Sendo um documento jurídico, o Testamento Vital possui requisitos que devem ser observados para a sua confecção, sob pena de não produzir efeitos pleiteados pelo seu titular.

Os países que adotaram legislação específica sobre este instituto atribuíram pressupostos a serem utilizados na sua elaboração, dentre estes: a) a capacidade e maioridade do indivíduo, b) a presença de duas testemunhas, c) a comprovação do estado terminal do paciente por dois médicos. Importante ainda a determinação de que os efeitos do Testamento Vital possuam validade somente após 14 dias da assinatura do testador, devendo perdurar por 5 anos a contar da manifestação do ato e sendo passível de revogação a qualquer tempo, a critério do autor do mesmo.

Então, para que o Testamento Vital seja assegurado constitucionalmente, o direito à vida como um direito inalienável não deve ser analisada de forma restrita, através de uma atuação estatal limitadora da livre manifestação de vontade, nem somente destinada a fornecer meios para que o cidadão sobreviva independentemente de poder exercer seu livre arbítrio sobre o momento de sua morte, como forma de evitar a obstinação terapêutica inviável.

Ora, a vida, apesar de ser um dos direitos fundamentais de maior importância, deve ter sua interpretação balizada de forma a conferir aos seus destinatários a proteção contra qualquer ato atentatório à sua dignidade e a prerrogativa de manter a individualidade da pessoa.

Já o princípio da dignidade da pessoa humana, presente em nosso Texto Maior, atuando como fundamento da República, conforme o disposto no artigo 1º:

> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- dignidade da pessoa humana.

Esse princípio nos remete à proteção do indivíduo, assegurando-lhe o mínimo existencial, ou seja, as condições materiais mínimas de existência. É a tese sustentada por Ana Paula de Barcellos (2008, p. 352)

> O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna [...]. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade.

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana está estritamente relacionado com a utilização da expressão "morrer com dignidade", fazendo um liame entre a qualidade de vida do indivíduo e as suas capacidades e condições de vida, protegendo-o contra os métodos ou terapias medicinais aplicados indistintamente, sem observância do consentimento do enfermo e da sua necessária escolha livre e consciente do mesmo.

Nesse sentido, é possível defender a utilização do Testamento Vital para todos aqueles que pretendessem resistir a tratamentos médicos evasivos, optando pela qualidade de vida em detrimento da quantidade. Nestes termos, Daniel Sarmento (2008, p. 89) assegura que:

> O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade.

Sendo assim, o Estado não deve abster-se de utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana sempre que o individuo estiver suprimido em suas necessidades básicas, possibilitando o seu livre arbítrio, como na escolha do momento que sua morte seria mais viável, como uma forma de evitar sofrimentos prolongados. Destarte, Daniel Sarmento (2008, p. 89) comunga com esse entendimento:

> É importante destacar que o principio em pauta não representa apenas um limite para os Poderes Públicos, que devem abster-se de atentar contra ele. Mais do que isso, o principio traduz um norte para a conduta estatal, impondo às autoridades públicas o dever de ação

> omissiva, no sentido de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade humana, com o asseguramento das condições mínimas para a vida com dignidade.

Constata-se, pois, que o ser humano é o núcleo do ordenamento, sendo-lhe asseguradas dignidade e liberdade, funcionando como um fator de legitimação das ações dos Estados.

Vale ressaltar que o ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, em uma entrevista à revista Veja (2008, v. 86, p. 98) destaca sua posição acerca do princípio e sua correlação com a morte digna, conforme dispõe em trechos citados: "Não se pode haver dignidade com uma vida vegetativa" e complementa:

> A eutanásia pressupõe uma irreversibilidade da vida. Mediante laudos médicos que comprovem o quadro, as decisões poderão ficar a cargo de outra pessoa. Afirmo isso com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o exposto, através do princípio da dignidade da pessoa humana, o instituto do Testamento Vital não seria uma mera hipótese de transgressão à legislação brasileira, mas seria respaldado pelo ordenamento com o cumprimento do princípio mencionado.

Em relação à autonomia nas relações privadas, a Constituição Brasileira de 1988 passa a penetrar através de seus direitos fundamentais em todos os campos do direito, inclusive o privado, reconhecendo simultaneamente a faculdade de o indivíduo exercer suas vontades e de se posicionar o Estado no sentido de evitar abusos a estes e garanti-los diante de situações que visem sua redução ou supressão. Dessa forma, Daniel Sarmento (2008, p. 326) ensina que:

> A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma necessidade que poucos contestam. Todavia, a forma e a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não pode ser idêntica ao Estado, já que os atores privados são também titulares de direitos fundamentais e se beneficiam da proteção conferida à sua autonomia. A extensão incondicionada dos direitos fundamentais ao campo privado poderia gerar efeitos opostos aos pretendidos, revelando-se liberticida. A multiplicação de deveres constitucionais, correlatos aos direitos, asfixiaria a espontaneidade das relações humanas, confiscando da pessoa o espaço mínimo da autodeterminação de que é titular, o qual não deve ser ameaçado numa ordem constitucional democrática, preocupada primordialmente com a garantia e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Sob essa ótica, apesar de existirem bens tutelados de maior valor no ordenamento jurídico, a autonomia nas relações privadas deve ser protegida, na medida em que o indivíduo tem capacidade de autodeterminação nas suas relações individuais e coletivas.

Assim, nas relações privadas, os indivíduos são dotados de uma capacidade de determinar seus comportamentos e decisões individuais, consoante entendimento de Daniel Sarmento (2008, p.154):

> A autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico moderno. Essa autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de "autogoverno de sua esfera jurídica", e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique lesão a direitos alheios.

Nesse diapasão, o papel do Estado é criar condições para que o indivíduo possa realizar livremente as suas escolhas e não condicionar uma orientação a ser seguida preponderantemente, sem se importar com a vontade individual do mesmo. É a tese sustentada por Daniel Sarmento (2008, p.142):

> Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Esta é uma idéia central ao Humanismo e ao Direito Moderno: a idéia da autonomia privada, que, como se salientou acima, constitui uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade.

Cumpre ressaltar que a autonomia privada tem seu conteúdo interligado à dignidade da pessoa humana, já que esta também prima pela liberdade individual, ou seja, o direito das pessoas de eleger suas escolhas, que é um dos requisitos da própria autonomia privada, de acordo com Luís Roberto Barroso (2010, p. 191):

> A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas.

Dessa forma, a eficácia do Testamento Vital decorre de uma projeção futura da autonomia de um indivíduo que, dotado de discernimento, manifesta anteriormente sua vontade, que será válida caso este se encontrar em situação de não poder mais manifestar-se acerca das condições a qual pretende morrer, conforme descreve Heloisa Helena Barboza (2010, p.42):

> Sob essa ótica deve ser analisada a eutanásia passiva voluntária, ou seja, omissão proposital de uma ação médica, em decorrência da recusa expressa do paciente a tratamento possível, exercendo desse modo sua autonomia. A rejeição do tratamento pode dar-se para evitar a distanásia ou, simplesmente, porque o paciente não aceita tratar um mal irreversível e incurável.

Portanto, a realidade do Testamento Vital emana desta autonomia individual que não deve encontrar obstáculos em assuntos relativos ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana, e sim correlacioná-los para que seja possível que o instituto seja albergado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade como meio para a introdução do Testamento Vital no Brasil

Sendo atualmente um dos princípios de maior importância em qualquer ordenamento jurídico, funciona como um mediador nos conflitos de valores existentes nos casos concretos. Assim se manifesta Adilson Josemar Puhl (2005, p. 62):

> O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, dessa forma, é o princípio constitucional segundo o qual, sempre que houver poderes que colidam com direitos ou interesses legalmente protegidos por particulares, a Administração Pública deve atuar segundo o princípio da justa medida, quer dizer, adotando, dentre as medidas necessárias para atingir os fins legais, aquelas que implicam o sacrifício mínimo dos direitos dos cidadãos.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é utilizado para ponderar normas, princípios, leis, etc. de modo a não beneficiar um em detrimento dos outros, sendo um parâmetro de harmonização dos mesmos dentro do complexo jurídico.

Também vale mencionar a idéia do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, segundo as palavras de Adilson Josemar Puhl (2005, p. 62):

> Entre outras palavras, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui, comumente, em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável ou proporcional o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Ainda é importante ressaltar que o princípio em questão, portanto, estabelece que, existindo confrontos de interesses, é necessária a sua intervenção para a ponderação entre estes, de modo que possam sobreviver no ordenamento jurídico, conforme o entendimento do autor José Josemar Puhl (2005, p. 70):

> Na realidade, não obstante as demais definições encontradas na doutrina, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade pode ser definido como sendo uma forma de se instituir uma relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle de excesso.

É o que se consubstancia na hipótese de admissão do Testamento Vital no direito pátrio, em que a autonomia do cidadão pode ser ponderada diante de direitos que lhe sejam superiores.

Ao conjecturar o conjunto de princípios relativos ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à autonomia nas relações privadas, chegamos à possibilidade da admissão do Testamento Vital pelo direito brasileiro através da harmonia dos mesmos, consoante lição do jurista Moraes (2006, p. 28):

> Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias, fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Inferi-se daí que, na análise do instituto Testamento Vital, nos deparamos com a existência de princípios constitucionais que se sobrepesam uns em relação aos outros, fazendo surgir uma relação conflituosa entre os mesmos, alcançando-se uma solução através da ponderação de interesses buscados por cada um, no sentido de abstrair a hipótese de transgressão, o que ensejaria a introdução desse instituto no Brasil.

2. DOS PRINCIPIOS BIOÉTICOS E O POSICIONAMENTO DO CONSEHO FEDERAL DE MEDICINA BRASILEIRO E SUAS CONSEQUENCIAS.

No inicio dos anos 80, existiam quatro princípios bioéticos básicos, sendo estes o da não-maleficência, o da justiça, o da beneficência e o da autonomia. Todos eles estão dispostos no Belmont Report, publicado pela National Comission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research (Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em

Pesquisa Biomédica e Comportamental). Esta Comissão foi criada para divulgar os mencionados princípios e tentar fixar parâmetros ao comportamento dos seres humanos e da medicina. Para tanto, utiliza-se de critérios que sirvam de base de conduta diante de situações em que seja necessário preservar a dignidade da pessoa humana, o exercício das liberdades, a segurança e o bem-estar social.

Sob essa ótica, na abordagem dos princípios bioéticos existentes e sua relação com o Testamento Vital, o princípio da justiça constitui a base dos princípios em questão, sendo por ora primeiramente estudado, na medida em que prima pela chamada justiça distributiva, que deve ser entendida como a necessidade dos profissionais de saúde de sobrepesar os riscos, benefícios e encargos relativos às suas práticas ou condutas médicas.

Relacionando, pois, o referido princípio com o instituto do Testamento Vital, é notório que em qualquer tratamento médico é de crucial importância o tratamento igualitário entre médico e paciente, para que haja uma distribuição equânime dos referidos benefícios e riscos relativos a cada caso específico e para que o paciente possa eleger livremente dentre as várias opções terapêuticas que a medicina oferece.

Outro princípio utilizado na Bioética é o da autonomia. Por este princípio, o profissional de saúde deverá respeitar a vontade dos pacientes, já que estes são movidos pelas suas próprias razões e dotados da capacidade de emitir juízos acerca de suas convicções.

Dessa forma, e se por algum fator a autonomia restar diminuída ou cerceada, mecanismos de substituição da vontade do paciente devem ser previamente disciplinados, para que não haja prejuízos que limitem as escolhas na tomada de decisões dos pacientes. É o entendimento de Diniz (2009, p.14):

> 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 autogovernar-se, ou seja, fazer suas opções e agir sob orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. Aquele que tiver sua vontade reduzida deverá ser protegido. Autonomia seria a capacidade de atuar com conhecimento da causa e sem qualquer coação ou influência externa. Desse princípio decorrem a exigência do consentimento livre e informado e a maneira de como tomar decisões de substituição quando uma 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.

Na realidade dos corredores hospitalares brasileiros, frequentemente é ignorada a qualidade de vida dos pacientes que almejam morrer dignamente. Há um flagrante desrespeito à sua autonomia que é substituída à vontade dos médicos ou de terceiros. Muitas vezes não se justifica a supressão de liberdade do doente em optar ou não por um tratamento, ou até mesmo interrompê-lo quando assim desejar.

O postulado da beneficência estabelece que o profissional de saúde só pode utilizar tratamentos, intervenções ou práticas para o bem do enfermo. Devendo utilizar o seu conhecimento para auxiliar ou socorrer, dispondo como premissa na sua atuação a busca constante do bem-estar do paciente, evitando, portanto, qualquer ato que lhe cause dano, seja físico ou moral.

Observa-se que o princípio em questão está associado à conduta comissiva, ou seja, à prática de atos que se deve efetivar para não causar transtornos ao paciente. Portanto, o prolongamento da vida por aparelhos artificiais contra a vontade do enfermo configura-se como um dano que viola o seu direito de morrer dignamente e consequentemente o princípio da beneficência.

Complementando o anterior, o princípio da não-maleficência possui como prerrogativa a obrigação de não provocar dano intencional ao paciente. Decorre do juramento de Hipócrates e da *máxima primum non nocere* (antes de causar dano), ou seja, o médico deve sempre buscar minorar ou atenuar os riscos decorrentes de uma moléstia, evitando ao máximo causar prejuízos durante a realização de um tratamento.

Sob essa perspectiva, como o profissional da saúde é o detentor do conhecimento e de recursos tecnológicos para a manutenção da vida em casos adversos, a realização de qualquer forma de interrupção da mesma é considerado como um dano ao paciente, sendo por isso o motivo por que muitos profissionais ainda continuam associados à utilização de tratamentos desproporcionais que prolongam o sofrimento físico ou psicológico do paciente.

Porém, a máxima da não provocação de dano intencional à qual está vinculado o princípio em questão está sendo interpretada de forma diversa. Garantir a autonomia de um paciente terminal, assegurando que sua morte seja coerente com suas opções de tratamentos e intervenções, não significa provocar danos. Ao contrário, seria uma forma de evitar o dano pelo prolongamento penoso e inútil do processo de morrer.

Em suma, a análise dos princípios bioéticos é um elemento de inquestionável importância para a problemática da admissão do Testamento Vital no Brasil, pois eles tratam de disciplinar as condutas médicas e suas repercussões na sociedade. Assim como o Testamento Vital, que tem como intuito resguardar previamente o direito do paciente de decidir qual procedimento irá submeter-se ou não, preservando a sua autonomia.

Nesse diapasão, o posicionamento da classe médica é bastante ciente das dificuldades que se encontram na rotina hospitalares e diante disso vêm se manifestando há algum tempo sobre a difícil situações de pacientes que optam por não mais se submeterem a tratamentos prolongados, ou seja, de forma pioneira o Conselho Federal de Medicina editou em 2006 a Resolução de número 1805, que permite claramente o médico respeitar a vontade da pessoa ou de seu representante legal em não se submeter a procedimentos que visem ao prolongamento da vida, conforme dispõe em seu artigo 1º: "É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal".

Sobre as Resoluções, é importante destacar que são atos administrativos normativos que partem de autoridades superiores (nesse caso o Conselho Federal de Medicina), através do qual vão disciplinar matéria de sua competência específica. A resolução não tem poder lei, já que um ato legislativo de efeito interno, ou seja, o que deixa vulnerável a situação dos médicos no processo de tomadas de decisões em relação ao paciente.

Percebe-se que essa Resolução supracitada trata-se da possibilidade de permitir a recusa à obstinação terapêutica, embora não se cogite a interrupção da vida da pessoa portadora de uma enfermidade grave e incurável antes da doença atingir o seu estágio final, ou seja, antes do diagnóstico que ateste a irreversibilidade do caso e ineficácia total de qualquer tratamento. Trata-se da permissão para a realização da ortotánasia

Também o Código de Ética Médica (*on-line*), que entrou em vigor em meados de abril de 2010, confere uma maior autonomia aos doentes em relação ao seu poder de decisão, conforme é possível observar pelo artigo 24 em questão: "É vedado ao médico 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".

Igualmente, vale ressaltar que as mudanças decorrentes do Código de Ética Médica (*on-line*) definem o paciente como a figura central do tratamento, devendo o médico não se valer de opções destinadas ao prolongamento desnecessário e doloroso da vida, como se verifica no artigo 41, parágrafo único do dispositivo em evidência:

> 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.

Sendo estas posições da classe médica, portanto uma tentativa de validar um esboço do Testamento Vital a partir do que revela a posição adotada pelos médicos diante de situações que ensejam a terminalidade da vida, segundo a referida Resolução 1805/2006 que menciona:

> A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à obstinação diagnóstica e terapêutica. Alguns, alegando ser a vida um bem sagrado, por nada se afastam da determinação de tudo fazer enquanto restar um débil 'sopro de vida'. Um documento da Igreja Católica, datado de maio de 1995, assim considera a questão: distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionais aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas, para ele e para sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso à vida.

No ano passado, o Conselho Federal de Medicina instituiu a Resolução nº. 1.995/2012, a qual criou as Diretivas Antecipadas de Vontade, o chamado Testamento Vital, autorizando que os pacientes decidam, prévia e expressamente, a quais tratamentos desejam ser submetidos caso estejam no final da vida, quando no momento em que estiverem incapacitados de expressar sua vontade.

Embora reúna vários méritos, a resolução ainda envolve aspectos polêmicos tanto no âmbito civil, quanto no penal, principalmente em razão da legislação civil não expressar a modalidade de Testamento Vital. Além do que, ainda sob a ótica da lei civil as disposições testamentárias exigem certas formalidades, ao contrário do Testamento Vital da Resolução do Conselho Federal de Medicina que não exige nenhuma forma de formalidade na elaboração deste ato, uma vez que o paciente poderá expressar sua vontade diretamente ao médico, o que poderá ensejar questionamentos.

Outra questão controversa que poderá ser apontada na Resolução é relativa a capacidade do agente, já que para o Código Civil ela deve ser atestada no momento da realização do ato testamentário, além de ser atestado por duas testemunhas, enquanto que para o Testamento Vital, ao revés, não há tal exigência, ou seja, as decisões dos médicos perante essa Resolução são passiveis de invalidade no plano civil fazendo que as diretivas antecipadas da vontade do paciente sejam contrarias as leis de acordo com ao artigo 104 do Código Civil (para ser válido o ato, seu objeto deve ser lícito).

No âmbito constitucional também há impasses, já que esta estabelece a inviolabilidade do direito a vida, ainda que se possa dizer que o direito à vida não implica no dever de viver a qualquer custo (há necessidade do instituto ser regulamento constitucionalmente), tratando-se, portanto, de uma regulamentação no âmbito da ética médica.

As consequências de uma legislação somente no âmbito médico é que sem o respaldo de uma legislação civil, penal e constitucional adequadas, os médicos estão mais passiveis de serem alvos de processos judiciais, já que não houve uma inclusão do instituto do Testamento Vital e de seus requisitos de validade na legislação pátria, tornando-se extremamente dificultosa a relação médico-paciente na decisão da tomada de medidas e procedimentos diante dos casos reais.

Enfim, a regulamentação no âmbito da ética médica não é suficiente para prevenir todas as conseqüências negativas que possam advir das diretivas antecipadas previstas na Resolução nº 1995/12 e suas vicissitudes.

É salutar que a questão seja realmente debatida pela sociedade, e principalmente que seja regulada por lei especifica, já que só o Conselho Federal de Medicina e a tentativa de regulação do novo Código Penal não são suficientes para que o instituto do Testamento Vital seja corretamente utilizado no Brasil.

CONCLUSÃO

O Testamento Vital não se reveste das formalidades das demais espécies de testamento, na medida em que deverá ser cumprido antes da morte do testador. Trata-se de uma resposta aos desejos e vontades dos pacientes, objetivando a sua participação no que tange às decisões

concernentes à sua saúde, principalmente em relação à assistência médica que deseja ou não se submeter.

O instituto em questão tem sua autonomia suprimida por aqueles que consideram a inviolabilidade constitucional do direito à vida um dever absoluto que prevalecerá sobre qualquer outro.

Porém, vale ressaltar que esse direito não nega a importância ao direito à vida, ao contrário visa conceder condições para que o indivíduo tenha uma vida digna quanto à sua subsistência.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da ordem jurídica brasileira, busca assegurar as condições mínimas de existência de cada indivíduo através da valorização de sua individualidade. Este princípio protege a opção por uma morte digna e legitima e a recusa a tratamentos invasivos ou causadores de efeitos colaterais que provoquem o sofrimento demasiado do enfermo.

Ao analisar o direito à vida e o principio da dignidade da pessoa humana, percebe-se a viabilidade do Testamento Vital pelo direito pátrio. Sob a perspectiva da dignidade todo e qualquer cidadão tem o direito de morrer com dignidade e resistir a tratamentos compulsórios.

No que concerne à autonomia nas relações privadas, importante observar a noção de autonomia que ultrapassou o viés estritamente patrimonial e alcançou o existencial, dispondo que os indivíduos são dotados da capacidade de determinar seus comportamentos e decisões individuais.

Igualmente, impende asseverar que a utilização desses princípios constitucionais alcança sua solução para a relação conflituosa existente entre eles através de uma ponderação de interesses buscados por cada um, através do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Considerando então os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, tem-se pela admissão do Testamento Vital no Brasil.

No plano da bioética, o reconhecimento da emancipação do paciente o autoriza a governar o próprio corpo, garantindo-lhe a faculdade de decidir acerca dos aspectos da própria vida e saúde, inclusive em estado de terminalidade.

Ao longo da análise do Testamento Vital verifica-se a inquestionável importância da interferência dos princípios bioéticos para o instituto em questão. Tais princípios são indispensáveis no direcionamento das relações médico-paciente, para que sejam estabelecidos parâmetros morais e éticos condizentes com os valores constitucionais.

Ao entendimento que proíbe a escolha sobre o direito do paciente à autonomia, estabelece-se uma restrição a liberdade onde a lei não restringiu, além de ferir a dignidade da pessoa humana na medida em que impõe aos pacientes que buscam uma morte digna um inútil prolongamento de sua vida, muitas vezes através de um sofrimento intenso.

Em relação à aplicação deste instituto no Brasil, percebe-se que apesar da regulamentação pela classe médica, por meio das resoluções emanadas pelo Conselho Federal de Medicina, em especial à Resolução nº 1995/12, que instrumentalizou o Testamento Vital, percebe-se a necessidade da instituição de leis específicas no âmbito civil e penal, além de uma interpretação balizada dos princípios constitucionais envolvidos na admissão do Testamento Vital no ordenamento jurídico pátrio.

Conclui-se então que a vontade do paciente deve ser indubitavelmente respeitada e que o Testamento Vital depende de uma normatização para serem explicitados os seus requisitos formais e assegurar o seu cumprimento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

BARBOSA, Heloisa Helena. **Vida, Morte e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo:Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** - tomo IV. Rio de janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.presidencia.gov.br/legislacao> Acesso em: 15 nov.2011.

_____. Lei 10.406/02 **Novo Código Civil Brasileiro**, Fernando Henrique Cardoso (Presidente da República), 10 de janeiro de 2002

_____. Lei 3.914 **Código Penal Brasileiro**, Getúlio Vargas (Presidente da República), 07 de dezembro de 1940.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM 1.805**. Brasília, 09 de novembro de 2006. Disponível em: <http//www.portalmedico.org.br/resouçoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 03 abr.2010.

_____. **Resolução CFM 1.995**. Brasilia, 09 de agosto de 2012. Disponível Em: <http//www.portalmedico.org.br/resouçoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 10. fev.2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. O **Estado Atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 25 .ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PUHL, Adilson Josemar. **Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade**. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris,2008.

SCHRAMM, Fernin. **Conversações sobre a "Boa Morte": o debate bioético acerca da eutanásia**. Cad. Saúde Pública. vol.21. Rio de Janeiro Jan./Feb. 2005

VEJA. São Paulo: **V. 108**, nº 17, abr. 2010. Quinzenal.

LIVRE DETERMINAÇÃO NO CONTEXTO DE TERMINALIDADE DA VIDA

SELF-DETERMINATION IN THE CONTEXT OF LIFE TERMINALITY

Luciana Gaspar Melquíades Duarte[1]

Paula Alves Fernandes[2]

RESUMO

A eutanásia é um tema polêmico, pois não existe um consenso moral a respeito do que seja morrer dignamente. Esse consenso sequer é possível em uma sociedade caracterizada por sua pluralidade de grupos sociais com concepções de vida distintas. Contudo, é um tema que se torna cada vez mais recorrente em virtude do avanço tecnológico da Medicina que possibilitou a aumento da expectativa de vida da população e o prolongamento da vida em estado terminal. O desenvolvimento tecnológico gera o debate acerca dos limites da intervenção médica nos pacientes em estado terminal e sobre sua capacidade de autodeterminação quanto ao seu processo de morte. O direito fundamental à vida associado à dignidade da pessoa humana garantem o direito à morte digna, cujo conteúdo não pode ser padronizado em virtude das diferentes concepções de vida presentes na sociedade e que são merecedoras de igual respeito e consideração. Neste cenário, cabe ao Estado propiciar o desenvolvimento o alcance de tais conceitos de vida diversos estabelecendo os limites necessários para tanto, mas sem a imposição de um parâmetro único para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: eutanásia; dignidade da pessoa humana; autonomia.

ABSTRACT

Euthanasia is a controversy matter, because there isn't a moral agreement about what is to die with dignity. This agreement is not even possible in a society characterized by its plurality of social groups with different conceptions of life. However, it is a theme that becomes more and more applicant on due to of technological advances in medicine that led to the increases in life expectancy of the population and extending the life terminally ill. The technological development raises the debate about the limits of medical intervention in terminally ill patients and about their ability to self determination about their death process. The fundamental right to life associated with human dignity guarantee the right to a dignified death, whose contents cannot be standardized because of different conceptions of life in society and who are deserving of equal respect and consideration. In this scenario, the state must provide for the development of this ideals of life such diverse, setting the limits required, but without imposing a single parameter to society.

KEY WORDS: euthanasia; human dignity; autonomy.

[1]Mestre e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais, Professora Adjunta de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal de Juiz de Fora, e-mail lg.melquiades@uol.com.br.

[2]Acadêmica de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, e-mail paula.alves.11@hotmail.com. Instituição de fomento à pesquisa BIC/UFJF.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo destina-se ao exame das situações conflituosas em que se colocam os direitos fundamentais na terminalidade da vida, quando temas como a eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistida afloram suscitando incendiosas polêmicas, que se tornam ainda mais sensíveis num contexto em que novas tecnologias apresentam-se capazes de prolongar a existência humana, sem, porém, garantir a sobrevida do paciente ou a retomada de sua qualidade de vida. Acresce-se ao problema o fato de que o emprego dessas novas tecnologias implica no dispêndio de vultosos recursos, que colocam ainda mais em cheque a conveniência de sua utilização diante da possibilidade de que sejam empregados para prover a bens jurídicos também carecedores dos escassos aportes financeiros. Tais questões transcendem os liames da Medicina e da Filosofia e provocam o operador do Direito à medida que tocam a eficácia de direitos fundamentais, mormente a vida, a autonomia e a dignidade, demandando estudos jurídicos que direcionem o enfrentamento das dificuldades que emergem na iminência da morte.

A pesquisa realizada demonstrou que a solução das aludidas questões encontra-se intimamente ligada à bioética, mas também a moral individual. Não há consenso, por exemplo, a respeito da validade das práticas de eutanásia e distanásia porque não há acordo a respeito do que sentem e pensam doentes em coma ou em estado terminal. É neste cenário de controvérsias que se colhe ao lume da teoria dos direitos fundamentais e da argumentação jurídica com o objetivo de se aferir a postura correta dos profissionais da saúde, juristas, pacientes e demais atores sociais diante das novas tecnologias e sua utilidade para a continuidade ou não da vida humana.

Para o deslinde das questões, procedeu-se a ampla revisão de literatura em busca de referências consistentes acerca dos conceitos de eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido; as contribuições colhidas serão trazidas na parte inicial do desenvolvimento do artigo. Logo após, procedeu-se a uma pesquisa na jurisprudência pátria com o escopo de averiguar o peso dispensado pelos Tribunais, importantes arautos da comunidade política, aos direitos fundamentais colidentes nas situações analisadas. As conclusões logradas foram cotejadas sob o lume das teorias que nortearam a pesquisa e contribuíram para o estabelecimento de alguns parâmetros, que, porém, deixaram de ser erigidos como os únicos viáveis diante da constatação, pela pesquisa, da possibilidade de existência de mais de uma solução juridicamente correta para as situações enfrentadas. O acatamento da diversidade de

posturas, apresentado como resposta à problemática objeto de estudo, vem ao encontro do respeito à diversidade próprio de uma sociedade democrática e aberta ao pluralismo, bem como à constatação da imbricação da bioética com a cultura, a religião e a tradição de uma determinada sociedade.

2 ALGUMAS CONCEITUAÇÕES

A palavra *eutanásia* tem sido utilizada de forma confusa e ambígua assumindo diferentes significados ao longo do tempo. O termo vem do grego, podendo ser traduzido como "boa morte", "morte apropriada" ou "morte sem sofrimento". Em sua origem, referia-se ao ato de facilitar o processo de morte, ou seja, amenizar o sofrimento do paciente por meio de medidas paliativas, como o acompanhamento psicológico e métodos de controle da dor. Portanto, não visaria causar a morte, mesmo que fosse para cessar o sofrimento do enfermo, e sim fazer com que acorresse da forma menos dolorosa possível (PESSINI; BACHIFONTAINE, 2010).

No início do século XX, especialmente na Europa, muito se falou de *eutanásia* associando-a com eugenia. Essa proposta buscava justificar a eliminação de deficientes, pacientes terminais e portadores de doenças consideradas indesejáveis. A eutanásia funcionava como um instrumento de "higienização social", com a finalidade de buscar a perfeição ou o aprimoramento de uma "raça", nada tendo a ver com compaixão, piedade ou direito de por fim à própria vida.

Atualmente, no entanto, tem se falado de eutanásia como a abreviação da vida de pacientes em estado terminal com o objetivo de aliviar seu sofrimento. Ou seja, o ato de provocar a morte por sentimento de piedade à pessoa que sofre. O indivíduo age sobre a morte, antecipando-a, eutanásia ativa, na qual o paciente recebe uma injeção de dose letal de algum medicamento, por exemplo, ou omite-se, não realizando uma ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância, eutanásia passiva. Portanto, hodiernamente admite-se que só se pode falar em eutanásia quando ocorre a antecipação da morte motivada por compaixão em relação ao sofrimento do paciente, vítima de doença incurável e em estado terminal. Quando se busca apenas causar a morte, sem motivação humanística, não se trata de eutanásia. Por isso, a alusão a "eutanásia eugênica" pelos nazistas foi na realidade uma tentativa de justificar o genocídio cometido contra os judeus.

Pode ou deve o médico ajudar o paciente a morrer? Esta pergunta nos remete imediatamente para a legalidade ou não da eutanásia. A prática da eutanásia ativa não é aceita pela legislação, pela maioria dos médicos e muito menos pela Igreja Católica. Na Holanda, foi legalizada e regulada a prática da eutanásia, a qual só pode ser realizada mediante um criterioso procedimento. Tal legislação permite, inclusive, que menores possam requerer a eutanásia desde que se tenha o consentimento dos responsáveis (SÁ, 2005). A Bélgica também possui normas a respeito desde 2002 veiculando diversas regras a serem observados pelos médicos. No entanto, a Associação Mundial de Medicina, desde 1987, na Declaração de Madrid, considera a eutanásia como um procedimento eticamente inadequado (PESSINI; BACHIFONTAINE, 2010).

O estudo científico sobre o tema é extremamente importante para promover a conscientização e a construção de estratégias de ação frente aos casos concretos. Estes tendem a se tornar cada vez mais presentes devido ao envelhecimento da população mundial, o desenvolvimento das tecnologias médicas e a consequente escassez de recursos para a demanda de saúde, cada vez maior.

O rápido avanço da Medicina e biotecnologia nas últimas décadas possibilitou o aumento na expectativa de vida e o prolongamento da vida humana mesmo quando já não há real perspectiva de cura para o paciente. Contudo, o emprego das novas tecnologias disponíveis levanta diversas discussões acerca dos limites dos cuidados médicos no fim da vida e da capacidade de autodeterminação do paciente sobre sua própria morte.

A modernização possibilitou curas e tratamentos antes inimagináveis, e também que pacientes com doenças em estágio avançado e sem perspectiva de cura ou melhora sejam mantidos vivos nas unidades de tratamento intensivo sem praticamente nenhuma função vital autônoma. Muitas vezes, a morte é vista como algo vergonhoso, um fracasso, um erro médico e o emprego de medidas fúteis que, não trazem qualquer benefício, apenas prolongam a existência do paciente é realizado sobre o pretexto de que a vida deve ser preservada a todo custo. Essa prática médica de realizar medidas excessivas e abusivas a fim de atrasar o momento da morte, quando não há esperança de qualquer melhora, consiste na *distanásia*. O interesse no desenvolvimento de novos tratamentos e procedimentos médicos pode tornar-se o foco das atenções em detrimento do ser humano que padece. O indivíduo pode passar a sofrer medidas desproporcionais que violem claramente a dignidade humana, uma vez que ele pode deixar de ser um fim em si mesmo e passar a ser tratado como mero objeto de pesquisa. Pode-se deparar, pois, com a chamada "obstinação terapêutica", que confere centralidade ao tratamento e desenvolvimento da tecnologia médica, em detrimento da dignidade e bem-estar

do paciente.

No entanto, entende-se que o médico não está obrigado a prolongar o processo de morte do paciente, por meios artificiais, sem o consentimento deste. Admite-se também, que, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal, consideradas intoleráveis e inúteis, o médico deve agir para amenizá-las, ainda que, como efeito secundário, seja previsível um encurtamento do tempo de vida. Portanto, dois tipos de eutanásia são moralmente aceitos por grande parte das comunidades médicas e correntes religiosas: a *ortotanásia* (eutanásia passiva) e a *eutanásia por duplo efeito*. A *ortotanásia* significa o não prolongamento artificial do processo de morte além do que seria o natural. Para tanto, o doente já deve estar em estado terminal, e o médico deve restringir sua ação a fim de deixar que esse processo desenvolva-se no seu curso natural. Já a *eutanásia por duplo efeito* consiste na adoção de medidas para amenizar a dor do paciente terminal, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a sua morte.

A Resolução CFM nº1931 (BRASIL, 2009), o Código de Ética Médica, possibilitou maior participação do paciente na definição dos cuidados a que se submete, uma vez que promove a informação e a possibilidade de autodeterminação do indivíduo (capítulo I inciso XXI, capítulo IV artigos 22 e 24 e capítulo V artigo 34, entre outros). Veda a eutanásia ativa no capítulo I inciso VI e a distanásia no inciso XXII, também veda a prática de auxílio ao suicídio no caput do artigo 41 enquanto legitima a ortotanásia em seu parágrafo único. Contudo, o direito de decidir do paciente não prevalece nos casos de iminente perigo de vida nos quais a autonomia seria relativizada em favor do valor que se dá à vida.

Diante da eminência da morte, os médicos e doentes podem se contentar com os meios ordinários que a Medicina tem a oferecer. A adoção de medidas fúteis é condenada, inclusive, por religiosos que a caracterizam como prolongamento indevido do sofrimento natural e, portanto romperia com o princípio da "morte com dignidade" por prolongar a agonia quando os conhecimentos médicos, no momento, não prevejam possibilidade de cura ou melhora no quadro do paciente (SÁ, 2005).

A *ortotanásia* é conduta atípica frente ao Decreto-lei nº 2.848 (BRASIL, 1940), o Código Penal Brasileiro, pois não representa a causa da morte do indivíduo, uma vez que o processo de morte já está instalado. Ao revés de prolongar artificialmente esse processo (*distanásia*), deixa-se que ele se desenvolva naturalmente. Na *eutanásia*, segundo o conceito moderno, é produzida a causa imediata da morte, o que é crime. Isso difere da situação do paciente que já se encontra em morte cerebral ou encefálica. Nesse caso, a pessoa já está morta, permitindo a lei, inclusive, não apenas que os aparelhos sejam desligados, mas que

seus órgãos sejam retirados para fins de transplante. Interessante notar que até mesmo a definição do momento da morte sofreu alterações ao longo da história justamente em função do desenvolvimento tecnológico. A morte deixou de ser definida pelo momento em que ocorre a perda da atividade cardiorrespiratória e passou a ser determinada pelo momento em que ocorre a morte cerebral e hoje, mais especificamente, pela morte encefálica.

A permissibilidade de algum "tipo" de *eutanásia* levanta a questão sobre a determinação da irreversibilidade de um quadro de saúde, haja vista o crescente desenvolvimento da Medicina moderna. Sempre existe a possibilidade da constatação de um quadro de saúde como irreversível ser falha. Essa discussão abarca os limites ou as possibilidades do conhecimento científico em um determinado momento. No entanto, é preciso que a constatação de um quadro médico como irreversível seja feita de maneira criteriosa e deve-se levar em conta o atual estágio tecnológico das ciências médicas e analisar os casos concretos de acordo com os recursos disponíveis. Do contrário, estender-se-ia a dor do paciente por tempo indeterminado na busca de "uma possível cura futura".

O *suicídio assistido* configura-se quando um paciente pede, de forma consciente, ajuda para se matar. Pode o médico ajudar seu paciente a morrer? Essa questão opera no limite do princípio da autonomia e do direito do paciente de dispor do seu próprio corpo. A maioria das sociedades médicas questiona a validade moral desta prática, uma vez que, essa decisão confere ao médico a responsabilidade pela morte do paciente. O artigo 122 do Decreto-lei nº 2.848 (BRASIL, 1940) dispõe sobre o suicídio assistido descrevendo-o como a prática de "induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça" e prevê de um a seis anos de reclusão. Portanto, é uma conduta ilícita perante o ordenamento o que, por óbvio, não impede que o indivíduo cometa "por si só" o suicídio.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL A VIDA

O *caput* do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988) consagra a vida como um direito fundamental. A vida é um bem inerente ao ser humano sendo a fonte primária de todos os outros direitos. Por ser condição necessária para a aquisição de qualquer outro direito fundamental possui precedência lógica em relação aos demais direitos fundamentais. Essa precedência do direito a vida esta presente na jurisprudência nacional, existindo recorrentes julgados no sentido de garantir o direito a vida por meio de prestações do Estado, se

sobrepondo aos demais direitos prestacionais quando ocorre a insuficiência dos recursos disponíveis. [1] A ementa do agravo regimental em agravo de instrumento registrado sob nº 44249 DF 0044249-51.2012.4.01.0000 recentemente julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob a Relatoria do Desembargador Federal José Amilcar Machado, abaixo transcrita ilustra esta concepção:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. HOSPITAL. LEITOS. DOENTES RENAIS -FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. - UNIÃO. LEGITIMIDADE. DEVER DO ESTADO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MULTA.1. Não prospera a alegação de ilegitimidade passiva ad causam da União, uma vez que a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, incluindo-se o fornecimento de medicamentos, decorre da garantia ao direito à vida e à saúde constitucionalmente atribuída ao Estado, assim entendido a União, em solidariedade com os entes federativos (CF, arts. 6º, 196 e 198, § 1º) A responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, incluindo-se o fornecimento de medicamentos, decorre da garantia ao direito à vida e à saúde constitucionalmente atribuída ao Estado, assim entendido a União, em solidariedade com os entes federativos (CF, arts. 6º, 196 e 198, § 1º). **A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, como na hipótese dos autos, onde o fornecimento gratuito de medicamentos para o adequado tratamento é medida que se impõe, possibilitando aos doentes necessitados o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material**. Precedentes. Carta Magna. Agravo regimental desprovido.

O direito a vida não se resume à existência e integridade físico corporal, mas alcança também a dimensão dos valores morais adotados pelos indivíduos. É um direito do homem oponível contra o Estado e contra os demais indivíduos, que possuem para com ele o dever de preservação. Mas em virtude da dignidade intrínseca ao ser humano esse dever não se resume a manter a vida, mas também no dever de respeitá-la.

[1] Agravo de instrumento registrado sob o número AI 2711221220118260000 SP 0271122-12.2011.8.26.0000 julgado em 05/03/2012 pela 7ª Câmara de Direito Público, sob a relatoria de Luiz Sérgio Fernandes de Souza, publicada em 05/03/2012; Agravo de instrumento registrado sob o número 30087 MS 2011.030087-0, julgado em 27/03/2012 pela 4ª Câmara Cível, sob a relatoria do Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, publicada em 29/03/2012; Agravo regimental no Recurso Especial sob o número 1356286 MG 2012/0252687-9, julgado em 07/02/2013, pela segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins, publicado em 19/02/2013.

O conceito negativo e democrático de liberdade baseia-se em possibilidades. O objeto de uma liberdade jurídica é uma alternativa de ação, ou seja, é uma liberdade negativa. Uma pessoa é livre em sentido negativo quando a ela não são vedadas alternativas de ação. No uso corrente da linguagem, somente a liberdade jurídica é caracterizada como liberdade negativa em sentido estrito, uma vez que para a criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária apenas uma abstenção estatal, uma ação negativa, para a garantia dessa liberdade não é necessário um direito a prestação apenas um direito de defesa. Este conceito de liberdade em sentido estrito equivale à concepção liberal de liberdade caracterizada pela ampliação da esfera de permissões e pela diminuição das obrigações que está incluída no conceito de liberdade negativa em sentido amplo (ALEXY, 2011).

As liberdades jurídicas podem ou não estar protegidas. As liberdades não protegidas podem ser reduzidas à ligação entre a permissão de um fazer e de não o fazer, uma faculdade. Não implicam, portanto, no direito de não ser embaraçado no gozo dessas liberdades, que como um direito a algo se distingue de uma combinação de permissões. A partir do momento que esse direito está presente tem-se uma liberdade protegida. Normas de direitos fundamentais são, na medida em que algo é por meio delas permitido, normas permissivas explícitas. Possuem hierarquia constitucional o que faz das normas proibitivas ou mandamentais de nível inferior que são contrárias às permissões estabelecidas constitucionalmente normas inconstitucionais. Nesse sentido, as normas de direitos fundamentais tem a função de estabelecer os "limites do dever-ser" em relação às normas de nível inferior. Essa função só pode ser realizada por meio de normas permissivas de proteção, normas que proíbem ou ordenam o Estado de ordenar ou proibir determinadas ações, e por meio de normas negativas de competência que retiram do Estado a competência para ordenar ou proibir determinadas ações. Estas normas de liberdade também conferem proteção aos indivíduos, mas não direitos (ALEXY, 2011).

A liberdade protegida está associada a normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a viabilidade de praticar a ação permitida. Tem em vista justamente uma liberdade jurídica amparada na ideia de que direitos fundamentais aludem a uma estrutura objetiva de garantias constitucionais. Liberdades protegidas diretamente possuem uma proteção substancial a fim de resguardar as relações que são mais suscetíveis de violações às liberdades, relações entre indivíduos em posições desiguais, em condição de hipossuficiência. A proteção das liberdades ocorre por meio de normas que conferem direitos subjetivos ou através de proteção objetiva não se conferindo direitos subjetivos (ALEXY, 2011).

Em síntese, o direito negativo de liberdade face ao Estado está na união da liberdade jurídica com o direito contra o Estado a um não embaraço e com a competência para questionar judicialmente a violação do direito. Por sua vez, a proteção positiva de uma liberdade em face do Estado se origina da soma de uma liberdade com um direito a uma ação positiva. A grande questão se refere aos casos em que a proteção à liberdade pode significar a ligação entre uma liberdade e um direito a uma prestação em sentido estrito, que torne faticamente possível ao portador do direito aquilo que lhe é juridicamente possível (ALEXY, 2011). A Constituição (BRASIL, 1988) inclui em seu texto os direitos sociais, que geram direitos a prestações por parte do Estado e as garantis fundamentais que também objetivam possibilitar a fruição, o real gozo daquilo que é permitido aos indivíduos.

Disto resulta que não se pode frustrar a vontade daquele que livremente decidiu pela recusa aos tratamentos que manteriam sua vida; é preciso que se reconheça sua autonomia respeitando-se a sua vontade e a visão da vida que almeja para si, cabendo ao Estado proteger a liberdade e autonomia dos indivíduos. A vida é considerada um valor em qualquer sociedade sendo respeitada de acordo com as concepções culturais de cada povo. Contudo, o que se discute na atualidade não é apenas o direito a vida, mas a possibilidade de uma vida digna.

A globalização deixou evidente a existência de diferentes concepções morais acerca do que seja uma vida boa e digna. Mas, mesmo dentro de um mesmo território nacional não existe um consenso moral. Diferentes grupos sociais possuem diferentes concepções acerca da dignidade, acerca do que significa viver e morrer dignamente. Para alguns o momento final da vida deve ser retardado ao máximo, para outros o inevitável deve ser aguardado em companhia daqueles que significaram algo durante sua vida. Na perspectiva atual de uma sociedade plural, em que não se pode afirmar a existência de uma unidade moral compartilhada por todos os grupos sociais, em que se reconhece igual valor às diversas concepções sobre o que é a vida e o que é viver dignamente, não é possível estabelecer uma visão que se sobreponha às demais. As concepções podem, a princípio, até mesmo colidir, mas não é possível estabelecer uma padronização, um conceito único que se aplique a todos os indivíduos em todas as comunidades a respeito do que é viver dignamente, sob pena de, ao se desconsiderar os outros conceitos morais, desclassificar aqueles que os adotam como inferiores (ENGELHARDT, 2011).

Em síntese, na medida em que se reconhece que todos possuem igual valor e que suas concepções sobre o que é ter uma vida digna são diferentes, mas que também possuem o mesmo valor; não se pode estabelecer um conceito de vida digna que se sobreponha às

demais. O objeto do direito a vida, inclusive, pode ser determinado por diferentes posições filosóficas como a da sagração da vida e a liberal (GANTHALER, 2006).

A doutrina da sagração da vida em sentido estrito determina que a vida é um bem indisponível que deve ser mantido a todo curso, utilizando-se de todos os meios disponíveis para impedir a morte. Muito menos se poderia intervir sobre ela a fim de causar a morte, ainda que sua qualidade esteja altamente prejudicada. O médico teria a obrigação de agir para manter a vida do indivíduo e nem mesmo este poderia se matar ou recusar o prolongamento de sua vida. Viver é tratado como uma obrigação, devendo se sobrepor a autonomia, ao bem-estar dos indivíduos e até mesmo sobre o princípio de sempre agir para o bem do paciente, não lhe causando dano. Contudo, uma versão moderada de tal teoria admite que, diante de certas circunstâncias, como sofrimento da vítima em estado terminal sem possibilidade de melhora, seria válido permitir que a morte se desenvolvesse em seu ciclo natural, sem a adoção de medidas extraordinárias para sua manutenção. Assim, seria aceitável a eutanásia passiva ou ortotanásia. Tal doutrina, independentemente do seu grau, considera a vida como um bem social, portanto indisponível pelo indivíduo (GANTHALER, 2006).

Para a teoria liberal, o direito à vida é um direito do indivíduo, portanto seria disponível por seu titular como consequência dos princípios da autonomia e dignidade da pessoa humana. A renúncia ao direito à vida seria possível em nome da autodeterminação do indivíduo e de sua compreensão de vida e morte digna. Algumas regras de restrição a direitos fundamentais são constitucionalmente estabelecidas, outras decorrem da existência de restrições imanentes, cláusulas de restrições não escrita ou limitações ao suporte fático. Estas limitações decorreriam do fato de que mesmo uma norma garantida sem reservas não pode atuar em toda a sua extensão de forma absoluta. Restrições imanentes lógico-juridicas, são restrições que advém dos direitos de terceiros, estes limites só são verificáveis quando se sopesa no caso concreto o direito fundamental a ser restringido e os direitos de terceiros que podem ser afetados; não há outra resposta possível, uma vez que todos são titulares de direitos fundamentais (ALEXY, 2011). A liberdade para dispor do direito se restringe a esfera individual, permanecendo dentro da esfera de autodeterminação não haveria colisão com direitos dos outros membros da sociedade não se justificando, portanto, a restrição à liberdade individual. Portanto, aqueles pacientes capazes de exercer sua autonomia por meio da recusa em receber determinados tratamentos médicos que apenas prolongam sua existência deveriam ter sua vontade respeitada. Nos casos em que a capacidade de se autodeterminar não estar mais presente o correto seria que se procedesse de acordo com meios que não resultem em sofrimento ou danos desnecessários para o indivíduo e de modo a se proteger o seu bem-estar

e qualidade de vida. Uma versão mais forte desta teoria considera aceitável o auxílio ao suicídio e a eutanásia ativa, em que se produz a morte diretamente, desde que respeitados alguns critérios como o paciente estar em estado terminal, vitimado por grave sofrimento, ter escolhido a intervenção sobre sua viva de forma livre e consciente e a prática ser efetivada por um médico (GANTHALER, 2006).

Para estas teorias, com exceção da sagração da vida na sua versão mais severa, o consentimento do paciente configura um requisito imprescindível, uma vez que é seu direito a liberdade que permite sua autodeterminação. A manutenção da vida é um direito do seu titular ao qual corresponde um dever da sociedade de proteção e respeito, contudo o desejo do indivíduo possui relevância para a manutenção de sua existência.

> Respeitar a autonomia do paciente capaz de juízo significa, nesse contexto, resumindo, reconhecer que o valor que a vida tem para ele deve ser avaliado de acordo com suas próprias medidas de valor e não segundo aquelas de outras pessoas. (GANTHALER, 2006, p. 177)

Apesar de sua essencialidade, o direito a vida admite exceções como a de pena de morte em caso de guerra declarada prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea "a" da Constituição (BRASIL, 1988), e quando rivaliza com o direito de outro indivíduo nos casos de legítima defesa e estado de necessidade. A partir dessas exceções, não seria razoável negar ao próprio indivíduo decidir pela sua renúncia. A vida, assim como a liberdade de escolha, é um direito fundamental individual que permite a convivência harmônica dos indivíduos em sociedade incutindo uns nos outros o dever de proteção e de respeito. Assim, deve-se conceder ao seu titular o direto de dispor do seu bem mais precioso, ele deve ter o poder de renunciar ao bem que o define como sujeito de direito.

Normas de direitos fundamentais podem conter uma reserva simples, como restrição a sua incidência. O legislador competente para produzir normas que restringem direitos fundamentais também fica limitado pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Ele atinge o conteúdo essencial de um direito fundamental quando cria restrições desproporcionais. A limitação da competência do legislador ao restringir direitos fundamentais realiza-se através de um sopesamento (ALEXY, 2011). Qualquer intervenção na seara dos direitos fundamentais, além de atender a requisitos formais, tem que ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Se o direito à vida é um direito fundamental do indivíduo, restrições ao seu livre exercício precisam ser fundamentadas com base nas máximas constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. O que tal direito postula é a proteção à vida; portanto, a princípio, seria adequada uma medida que proibisse a sua

violação pelo próprio indivíduo, considerando-se apenas a dimensão biológica da vida tal meio seria o menos oneroso para atingir o fim constitucional, mas, com certeza, essa não é uma solução proporcional em sentido estrito, pois a violação aos demais direitos fundamentais da liberdade e autonomia é gravemente ofendida pela medida (MENDES, 2011).

As regras jurídicas são presumivelmente conhecidas por todos, diferentemente do que ocorre com as normas morais que não são passíveis de unificação. A base jurídica existe independentemente da realidade plural da sociedade. Mas, a existência de concepções diversas na sociedade acerca da ideia de dignidade e vida boa torna impossível que se extraia das normas de direito toda a moralidade de uma sociedade. Tais regras possuem um conteúdo muito mais amplo de forma a acolher as diferentes concepções por meio dos princípios, e as regras funcionam solucionando os conflitos entre os interesses que surgem a partir das concepções diferentes.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA

A Medicina contemporânea é caracterizada pela tecnologia, pelos novos mecanismos de cuidado, perdendo muito da sua característica humana. Isso compromete a relação entre médico e paciente como uma relação de confiança. O paciente busca o profissional apenas com o intuito de obter a solução do mal que lhe acomete. Embora os desenvolvimentos tecnológicos sejam resultado das demandas econômicas, as técnicas em si são neutras, mas não o são seus operadores e criadores. Os códigos de ética médica centrados nos princípios da beneficência, referente à todo o bem que os profissionais podem fazer para o paciente, e o paternalismo levaram o médico a assumir o papel de protagonista na relação com o paciente, que se submete sem questionar àquilo que o juízo técnico afirma. Códigos de ética mais recentes são calcados no princípio da autonomia do paciente, no consentimento informado do paciente a respeito das intervenções que está disposto a receber. A autonomia do indivíduo deve se estender até os seus momentos finais, tomando o paciente o papel de protagonista na relação com o profissional (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2010).

Hoje se fala em otimização da relação médico paciente (RÖHE, 2004). Prega-se uma atuação mais ativa do paciente que só é possível mediante sua informação e esclarecimento. A parte mais fraca dessa relação tem direitos que o protegem do paternalismo

e da autoridade daquele que detém os juízos técnicos. Mesmo aqueles que já não são capazes de gerir suas vidas possuem tais direitos, uma vez que seus interesses devem ser resguardados e promovidos por seus representantes. "O desenvolvimento de uma consciência democrática libertaria o indivíduo dos limites impostos pela doença, deixando de ser coadjuvante na relação traçada com o profissional" (RÖHE, 2004, p. 95).

É imprescindível a análise das circunstâncias em que se forma a vontade do paciente, devendo-se afastar, ao máximo, todos os fatores que possam interferir ou reduzir sua capacidade de compreensão e de livre decisão. No entanto, o que o paciente sabe de seu diagnóstico e prognóstico? Só pode exercer a autonomia de forma adequada a pessoa que possui o conhecimento dos fatos médicos ligados à sua doença. Para tanto, o acesso à verdade é essencial para possibilitar a formação de decisões conscientes que possibilitem o exercício da liberdade individual. O paciente é portador do direito à verdade, estabelecido no Código de Ética Médica, acerca do seu quadro médico e acerca das medidas que lhe são aplicáveis, ele deve ter conhecimento daquilo que se refere ao seu próprio corpo e sua saúde, pois o que mais limita a liberdade de escolha do paciente é sua ignorância. A partir da informação, ele será capaz de avaliar a validade do emprego das medidas oferecias a luz dos seus valores pessoais decidindo por aquilo que melhor protege seus interesses.

Entretanto, a disposição do paciente é polêmica, pois além da tendência natural de se aceitar todo e qualquer tratamento disponível, há a questão referente à capacidade do indivíduo de tomar suas decisões livremente quando suas faculdades mentais e psicológicas já foram alteradas pela doença. Nesses casos, é preciso o respeito às suas manifestações anteriores e àquilo que os membros da família, como aqueles que devem conhecer melhor os valores do paciente, determinam.

Neste contexto, a autonomia significa o consentimento livre e esclarecido para o recebimento dos tratamentos oferecidos. Em alguns casos, é utilizado como condição para que o indivíduo seja tratado, a despeito da presunção da vontade do indivíduo em aceitar os meios que lhe propiciem a recuperação. A disposição do indivíduo em relação ao tratamento que deseja receber decorre também do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o respeito às decisões pessoais do paciente, a respeito inclusive da recusa ao salvamento da própria vida, deriva da liberdade que é inerente à pessoa humana e sem a qual não há dignidade.

Os pacientes, enquanto indivíduos, possuem liberdade para avaliar acerca de quais tratamentos desejam se submeter. Isso porque as pessoas possuem concepções de vida diversas, e podem divergir a respeito das tecnologias que aceitam se submeter ou da

dependência de determinados aparelhos, quando a medida adotada dificulte ou inviabilize aquilo que elegeu como ideal de vida boa. Contudo, mesmo esses conceitos individuais podem sofrer mudanças devido a circunstâncias supervenientes que abalem suas convicções e desejos. É preciso que se possibilite que isso ocorra, para tanto é de extrema importância o cuidado e presença da família ao lado desse paciente, que mesmo na terminalidade da sua vida pode criar novos ideais, ou amadurecer antigos conceitos de forma a eleger novos bens como importantes.

A questão da autodeterminação torna-se mais controversa quando se está diante de um indivíduo menor de idade. Esses devem ser representados por seus pais que podem tomar decisões que divergiriam daquilo que se considera o melhor interesse clínico do menor, como no clássico caso da recusa dos pais Testemunhas de Jeová em permitir a transfusão de sangue quando existe o risco de morte para seus filhos em que deve prevalecer é o direito à vida sobre a liberdade de crença. De fato, os pais não poderiam impor suas convicções religiosas aos seus filhos menores, ainda mais quando se coloca em risco a vida dos menores. O menor, em decorrência da sua incapacidade, ainda não pode se autodeterminar a respeito daquilo que considera como um ideal de vida boa; portanto, deve-se proteger a possibilidade dele vir a se determinar no futuro, protegendo aquilo que lhe permitirá alcançar outros direitos posteriormente.

O último grupo de posições jurídicas fundamentais desenvolvido por Alexy (2011) quando estabelece o conceito de direito fundamental como feixe de posições jurídicas fundamentais refere-se às competências. Competência é o que confere ao seu titular a capacidade para criar ou alterar uma situação jurídica. Conforme Jellinek (*apud* ALEXY, 2011), a competência é um acréscimo à capacidade do indivíduo que lhe é conferida expressamente pelo ordenamento jurídico, de algo que ele por natureza não possui. Contudo, nem toda ação que altere posições jurídicas corresponde ao exercício de uma competência, existem também capacidades fáticas. Somente as ações institucionais, que pressupõem a existência de regras que lhes são constitutivas, referem-se ao exercício de uma competência. Essas regras constitutivas de competência criam a possibilidade de ações institucionais, de atos jurídicos, e por meio deles a capacidade de alterar posições jurídicas e o descumprimento de uma norma de competência implica na nulidade ou deficiência do ato e não na sua ilegalidade. Diferentemente de normas de conduta que não criam novas alternativas de ação, mas apenas qualificam ações estabelecendo obrigações, direitos a algo e liberdades e cujo descumprimento resulta na ilegalidade do ato.

Existem competências dos cidadãos protegidas por direitos fundamentais. A competência relaciona-se à liberdade de modo que se concebe a existência de direitos fundamentais *prima facie* a competências necessárias para a fruição de direitos de liberdade. Neste sentido, a teoria da garantia de institutos, desenvolvida por Schimitt (*apud* ALEXY, 2011), possui como núcleo a proibição do legislador de eliminar ou alterar substancialmente determinados institutos jurídicos de direito privado. Estes são formados essencialmente por normas de competência, assim a garantia de institutos uma proibição, endereçada ao legislador contra a eliminação de determinadas competências dos cidadãos.

Através do estabelecimento de competências, a margem de ação do individuo é expandida, o que significa um aumento da sua liberdade jurídica. O não reconhecimento ou eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade, uma vez que a liberdade jurídica para realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência para fazê-lo. O reconhecimento de competências é uma das formas pelas quais o ordenamento pode ampliar a margem de ação dos indivíduos. Mas, para criar liberdade, o Estado precisa restringir liberdades. O exercício de competências leva à imposição de obrigações, a criação de normas de proteção restringe a liberdade de terceiros a fim de que não embaracem o exercício de alternativas de ação (ALEXY, 2011).

Em relação à competência do Estado, as normas de direitos fundamentais surgem como limitações à capacidade de ação do mesmo, restringindo a própria atuação estatal em relação aos direitos fundamentais por meio da introdução de cláusulas de exceção de competência. Normas de direitos fundamentais colocam o Estado em posição de não competência e os cidadãos em posição de não sujeição de forma a proteger os próprios direitos fundamentais e consequentemente os próprios cidadãos contra o Estado (ALEXY, 2011). A competência para determinar o destino de sua vida deve pertencer ao indivíduo, de modo a protegê-lo do arbítrio estatal.

Todos os indivíduos buscam a realização de suas aspirações, e cada cultura é uma expressão da percepção dos seus membros acerca do mundo em que se inserem. Apesar de apresentarem compreensões diferentes acerca do que seja vida e morte digna, nenhuma é detentora da verdade última que deve ser imposta aos demais, uma vez que cada uma representa uma compreensão do mundo em que se insere (ENGELHARDT, 2011).

A reapropriação da morte pelo doente significa a salvaguarda da sua qualidade de vida e seu direito de autodeterminação mesmo diante da morte. Protege seu direito à morte digna, por meio da recusa de submeter-se a tratamentos que apenas estendem a existência, e, consequentemente, a dor e o sofrimento. Impede, também, que a morte seja tratada como um

mero objeto de estudo e não como um momento determinante para um ser dotado de humanidade e detentor de direitos. O prolongamento artificial do processo de morte é alienante, retira a subjetividade da pessoa e atenta contra sua dignidade enquanto sujeito de direito. Portanto, a intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentado contra sua dignidade, contra sua liberdade e consequente autonomia, pois o priva de exercê-las nos momentos finais de sua existência. A Constituição (BRASIL, 1988) estabelece, no inciso III do artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro. Portanto, o fundamento jurídico e ético do direito à morte digna é a dignidade da pessoa humana. Esse princípio constitucional possibilita ao indivíduo exercer seus direitos e realizar suas escolhas conforme sua própria consciência, e, como um direito da personalidade, só cessa com a morte. Este, portanto, deve ter o poder de decidir pela submissão ou não aos tratamentos que lhe são apresentados, como também pela interrupção de tratamentos fúteis. Os limites às intervenções estabelecidos pelo paciente é uma forma de reconhecimento da morte como parte da vida, uma vez que é natural do homem ser mortal. Para alguns, seria mais humano morrer sem o recurso a meios artificiais que prolongam a agonia, e essa vontade deve ser respeitada, uma vez que o direito à vida é titularizado pelo indivíduo.

5 DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE

O conteúdo da dignidade humana varia conforme a concepção de vida das pessoas. Desta forma, pode abrigar percepções diversas e até mesmo opostas, podendo ser invocada para a defesa de posições opostas a respeito da prática ou não da eutanásia. “O conceito de dignidade carrega diferentes significados de valores éticos ao longo do tempo” (PESSINI, BARCHINFONTAINE, 2010, p. 91). Como exemplos de conceitos diferentes de dignidade, tem-se aquele dado por uma visão mais secularizada e outro por uma perspectiva cristã. Para a primeira, ocorre a valorização da liberdade e autonomia do paciente em sua morte. Essa autodeterminação permitiria ao indivíduo decidir pelo tipo de vida que deseja, pela qualidade da vida que tem disponível diante de si. A pessoa poderia escolher aquela vida que para ele merece ser vivida. Naquelas situações de dor e sofrimento, sem perspectiva de melhora ou alívio, de doenças incuráveis que deterioram progressivamente a capacidade do indivíduo, ele poderia optar pela morte, caso considere que seja melhor morrer do que viver sob tais circunstâncias. O princípio fundamental seria a qualidade de vida. Já na perspectiva

cristã de dignidade, a vida pertence a Deus, e somente Ele poderia intervir sobre ela determinando o seu fim. A dignidade humana é algo intrínseco ao ser humano por ser a imagem de Deus. O princípio fundamental é a inviolabilidade da vida. A dignidade não seria necessariamente diminuída pela dor e sofrimento, pois a dor é percepção da sensação e sofrimento é a resposta emocional do paciente a ela sendo pessoal, pois está ligada aos seus valores. Além das duas, o conteúdo da dignidade pode ser dado de diversas formas como através da referência a práticas concretas, que indicam as ações e limites que devem ser respeitados.

A afirmação de que uma vida sem qualidade não merece ser vivida e que isso justificaria a eutanásia não pode prevalecer sobre outras formas de pensamento, pois a realidade de diversos países subdesenvolvidos é a de falta de qualidade de vida da maior parte da sua população, o que não significa que tais vidas possuem um valor inferior em qualquer um dos seus estágios. O que se deve garantir é que os indivíduos possuam condições de buscar cada um o seu ideal de vida boa, bem-estar e portando de dignidade em todos os momentos de suas vidas. O Direito como Integridade de Dworkin (2003) propõe a ideia de Direito guiado pelos princípios de justiça, devido processo legal e equidade de modo a se aferir a melhor interpretação do direito de uma comunidade. O Direito como Integridade requer que o Estado assegure uma parcela de recursos a cada indivíduo a fim de serem usados por ele para buscar seu ideal de vida boa e bem-estar. É função do Estado promover as condições de desenvolvimento de uma vida digna pelos indivíduos, e não apenas garantir uma igualdade formal. Em uma perspectiva de proteção dos direitos individuais o Estado deve garantir condições iguais para que todos possam buscar seus projetos de vida, de acordo com suas concepções acerca do que seja viver e morrer com dignidade (DUARTE, 2011).

6 LIVRE DETERMINAÇÃO COMO EXERCÍCIO DA DIGNIDADE

No quadro da complexidade social contemporânea, diferentes concepções morais são possíveis, pois fruto da percepção de indivíduos com o mesmo valor intrínseco, convivem e colidem. Diante de questões que invocam essa subjetividade, pois só podem ser solucionadas mediante a valoração dos bens em conflito, faz-se necessário um meio idôneo, capaz de possibilitar a análise das concepções colidentes para se alcançar a solução do caso concreto. A Teoria da Argumentação Jurídica configura-se como uma metodologia que

confere racionalidade ao argumento decisório, funcionando como um instrumento de controle que confere cientificidade a atividade jurídica, por meio do discurso prático. Orienta-se por regras pragmáticas que, apesar de não garantirem a certeza do resultado, caracterizam-no como racional; é, portanto, capaz de solucionar os conflitos que surgem da pluralidade de concepções de vida e morte digna (ALEXY, 2011).

A argumentação jurídica busca possibilitar o controle racional da argumentação contida nas decisões jurídicas através de mecanismos que funcionem como limites e parâmetros para as valorações presentes na fundamentação da decisão jurídica. Sua objetividade está no respeito sistemático de uma série de condições ou regras de caráter formal por meio das quais os argumentos possam entrar na fundamentação de uma decisão. A obediência aos critérios lógicos de estruturação do discurso é o que confere racionalidade para a argumentação. Assim, mesmo um juízo que não compartilhe das mesmas concepções individuais acerca dos bens que o indivíduo elege como essenciais, terá que considerar seus argumentos como dignos de respeito, pois racionalmente fundamentados com base em critérios lógicos (ALEXY, 2011).

São estabelecidas regras e formas que quando adotadas são capazes de satisfazer a pretensão de correção do resultado fundamentado por meio da argumentação. Essas regras não determinam o resultado, apenas excluem da classe dos enunciados normativos possíveis os discursivamente impossíveis ao mesmo tempo em que impõem os discursivamente necessários. Essas regras não prescrevem as premissas das quais devem partir os participantes do discurso apenas indicam como se pode chegar a enunciados normativos fundamentados e racionais, sendo possíveis deferentes resultados. A neutralidade axiológica permite que se chegue a soluções sem que se estabeleça uma precedência *apriorística* de uma concepção sobre as demais presentes na sociedade. A Teoria do Discurso deve ser capaz de propor regras que sejam ao mesmo tempo fracas, a fim de possibilitar que diferentes concepções normativas possam estar de acordo com elas, e fortes, para tornar a discussão racional fundamentando racionalmente a decisão. Algumas dessas regras só podem ser cumpridas de modo aproximado, portanto, não se podem produzir certezas definitivas no âmbito do discursivamente possível (ALEXY, 2011).

Alexy (2011) elaborou uma Teoria da Argumentação Jurídica capaz de oferecer critérios para avaliar se um determinado juízo de valor é racionalmente justificável. As regras estabelecidas definem o procedimento que uma argumentação deve seguir para ser considerada racional. Tais regras são aplicáveis a todos os discursos práticos, servindo como parâmetro para a aferição de sua racionalidade. Essa é vista como uma faculdade universal,

portanto as regras deduzidas racionalmente possuem validade objetiva e universal (ALEXY, 2011).

A racionalidade de um discurso deriva da observância dessa série de regras predefinidas, e que são parte integrante de uma razão comunicativa. Apesar de a observância dessas regras não garantir que a concordância seja alcançada, sua observância aumenta "a probabilidade de alcançar acordo em assuntos práticos", formando consensos que sempre estarão abertos à revisão, nos termos das próprias regras do discurso. Não há a determinação de uma única decisão correta, mas a decisão que segue as regras da argumentação é, sob o ponto de vista formal, correta. A razão comunicativa é uma razão *a posteriori*, construída a partir de um consenso discursivamente estabelecido numa dimensão pragmática da linguagem. Desta forma há valoração, mas ela é racional, universal e objetiva, aplicando-se ao Direito Constitucional para justificar a restrição de direitos fundamentais quando ocorrem colisões entre princípios (ALEXY, 2011). **A determinação daquilo que irá reger os momentos finais do indivíduo pode ser discursivamente elaborado por meio da alusão a sua ideias e desejos sobre sua vida e seu fim, sem que isso interfira nas concepções dos outros indivíduos. Não se estabelece uma padronização moral, uma vez que todas são passíveis de serem discursivamente e racionalmente fundamentadas.**

Do reconhecimento de diferentes concepções sobre o que seja uma morte digna decorre que não se tem um valor único, compartilhado por todos, do que seja morrer dignamente. A partir dessa compreensão, deve-se assegurar o direito à vida mesmo na sua terminalidade através de garantias a serem fornecidas pelo Estado que possibilitem aos indivíduos tomar suas decisões da melhor forma possível, mas além das quais possam buscar sua própria compreensão do que seja vida e morte digna. Não se deve estabelecer uma solução que seja considerada "correta" para os todos os casos, mas criar a possibilidade de que as decisões sejam tomadas de forma correta. Assim, a opção pela eutanásia e pelo emprego das tecnologias disponíveis seria discursivamente analisada de acordo com as concepções dos indivíduos afetados no caso concreto: em primeiro lugar do paciente e se essa não for possível daqueles que melhor poderiam manifestar sua vontade, como a sua família.

Contudo, alguns parâmetros e limites devem ser estabelecidos a fim de que o exercício da autonomia não descambe para uma anarquia, garantindo-se que a vida, um bem de valor inestimável e condição necessária para o exercício dos demais direitos, possa ser também protegida. O papel do Judiciário seria o de buscar com imparcialidade a pacificação dos conflitos que surgem, ponderando as diversas concepções presentes na sociedade

brasileira, portanto sem estabelecer uma padronização do que deve prevalecer em todos os casos.

Dworkin (2011) chama a atenção para o fato de que as leis são objeto de interpretação. Para ele, existem aspectos gerais e abstratos a respeito do direito em que é possível estabelecer um consenso na sociedade; a partir desses conceitos, surgem as diversas concepções sociais. O papel do julgador é o de interpretar tais conceitos e concepções de forma a se alcançar a resposta correta para o caso concreto. O meio para se efetivar tal tutela é alcançado quando se considera a direito como integralidade. Diferentemente de Alexy (2011), ele considera que a solução dos conflitos de normas deve ocorrer através da aplicação de uma norma estabelecida *prima facie* e que conforme, da melhor forma possível, as diversas concepções relevantes para o caso, e não por meio da ponderação no caso concreto do grau de otimização dos princípios colidentes, pois isso configuraria a criação de normas posteriores ao fato (DWORKIN, 2011). Para a efetivação do Direito como Integridade, é necessário que os diversos princípios dos grupos sociais sejam reunidos em uma personificação da comunidade, que forma um agente moral. Os princípios que formam esse ente personificado possuem determinadas característica que os diferenciam dos princípios adotados pela maior parte da sociedade. O conteúdo desses princípios seria transcendente à moral individual, formando uma moral objetiva. Ao defender um sistema aberto de normas, Dworkin (2011) afirma que é preciso que o juiz realize um esforço argumentativo para colher os princípios referentes ao caso concreto, de forma imparcial, que determinarão também a interpretação das regras, dessa forma existiria uma única solução correta para cada caso controverso, mas que só seria alcançada ao se analisar as circunstâncias do caso concreto (SÁ, 2005). Assim, seria possível o respeito às diversas concepções existentes na sociedade sem se desviar para a arbitrariedade, ou se comprometer a segurança jurídica.

É preciso observar também que aquilo que muitos elegem como o seu bem maior nos casos de doenças incuráveis e em estado terminal é a vida, que, portanto deve ser preservada pelo seu valor intrínseco e também pelo respeito à vontade e livre determinação do indivíduo que a elegeu como o bem a ser protegido e alcançado.

O Estado deve ser capaz de respeitar a vontade daqueles que decidem de forma consciente não prolongar o processo de morte, ao mesmo tempo em que garante aqueles que decidem viver até as últimas consequências o acesso aos meios que lhes permita concretizar a sua vontade, isso dentro de uma razoabilidade estabelecida por parâmetros e por limites do possível. Assim, do mesmo modo que o exercício da autonomia encontra limites, como a capacidade jurídica de autodeterminação, o direito aos tratamentos médicos que possibilitem

o prolongamento da vida deve estar de acordo com a reserva do possível relativo aos limites financeiros do Estado.

Surge o problema acerca da capacidade de autodeterminação do paciente quando da sua recusa em receber terapêuticas que o juízo médico considera indispensável para a manutenção de sua vida. A vontade do paciente deve ser respeitada, desde que sua decisão não se encontre viciada pela perda da capacidade de discernimento ou pela discriminação ou desigualdade. Muitas vezes, a própria doença compromete a racionalidade do indivíduo, e decisões que comprometem a vida exigem a competência proporcional para tanto. Além disso, deve-se garantir que o indivíduo decida livre de pressões.

A vida é um direito que pode ou não ser satisfeito, não há como se falar em uma satisfação gradual de tal bem, diferentemente do direito à saúde que dela deriva. Dada a sua precedência sobre os demais bens jurídicos, decorrente de sua natureza de condição para a fruição dos demais, o direito à vida deve ser preservado e conjugado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Se, antes, a preocupação central era o momento da morte, hoje, com as descobertas da Medicina, o que se discute é o processo de morrer. A morte é uma etapa da vida, sua etapa final, e como tal deve ser respeitada.

A *ortotanásia* volta-se para a saúde como um todo, não apenas como ausência de doença, mas como bem-estar físico, mental, social e espiritual do doente crônico ou em estado terminal (PESSINI; BACHIFONTAINE, 2010). A *ortotanásia* permite que se diferencie entre cuidar e curar, a morte assim pode ser vista como uma etapa da vida e não como um erro que não se foi capaz de sanar. Não se resume ao mero controle da dor, mas se constitui também pelo amparo que o paciente deve receber daquelas pessoas que adquiriram uma significação especial ao longo de sua vida. Dessa forma, pode promover-se a saúde mesmo no percurso final da vida.

A *eutanásia* pode ser considerada uma saída honrosa para os que estão diante de uma longa e dolorosa agonia. Os casos em que o paciente pudesse decidir sobre sua morte representariam a maximização do princípio da autodeterminação do indivíduo. Questões de saúde pública também são relevantes, como o custo de manter vivo um paciente sem chances de voltar à plena consciência. Mas, em sua essência, é um tema de forte subjetividade, haja vista existirem diversos conceitos morais envolvidos.

A *eutanásia* é, portanto, um fator criador de "dramas constitucionais", como definiu Dworkin (2003). Segundo o autor, a autonomia das pessoas é, às vezes, cerceada por excesso de proteção, deixando-se de lado a vontade do indivíduo. Os direitos e garantias constitucionais não atentaram ou os legisladores foram omissos em não entender que o

homem domina seu corpo enquanto vivo, guardadas as devidas exceções, sendo, portanto, necessário o respeito aos indivíduos e às suas decisões.

> Um Compromisso absoluto com a santidade da vida domina também nossas preocupações com o outro extremo da vida: é o sustentáculo de nossas preocupações e perplexidades diante da eutanásia [...]. "Os que desejam uma morte prematura e serena para si mesmo ou para seus parentes não estão rejeitando a santidade da vida; ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito com a vida do que uma morte protelada. (DWORKIN, 2003, p. 341)

Entretanto, é necessário ponderar sobre o grau de autonomia jurídica que a pessoa tem quanto ao seu processo de morte. A autodeterminação no contexto de terminalidade da vida é necessária para a garantia da dignidade humana. Portanto, embora no Brasil, a eutanásia *lato sensu* e o auxílio ao suicídio sejam consideradas condutas ilícitas, não o é a ortotanásia. No entanto, deve-se compreender que a liberdade não é um conceito absoluto, passível de ser aplicado a todos os casos acima de qualquer outra medida, uma vez que é um princípio e como tal está *prima facie* em conflito ou colisão com outros princípios e regras. Uma vez colidindo com o direito a vida, é necessário que se pondere de acordo com as circunstâncias do caso concreto acerca daquilo que deverá prevalecer. Sem a consideração da diversidade e da complexidade da sociedade atual, o princípio da dignidade humana pode ser usado para a homogeneização dos indivíduos, para a negação da individualidade.

É necessário recuperar a ideia de vida para além da pura biologia, valorizando a pessoa, os seus valores e opções. O médico deve dar mais atenção ao doente e menos à cura em si. Tendo a consciência dos limites dos investimentos médicos na fase final da vida. Ao reconhecer um quadro incurável, a terapêutica curativa deve ser substituída pela paliativa. Deve-se dar maior atenção à dor e ao sofrimento do doente.

A obsessão pela imortalidade, que levou ao prolongamento da vida deve dar lugar à recuperação do conceito de morte como acontecimento natural e importante na existência de cada um. Isso é fundamental para que o doente possa readquirir o papel de protagonista no processo da sua própria morte, a fim de que possa optar por passa-lo em paz e na companhia de familiares e pessoas queridas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma República que se funda sobre o valor da dignidade da pessoa humana tem o dever de preservá-la. Mas não lhe é possível determinar o conteúdo moral atribuído por todos os seus cidadãos ao conceito de vida digna. A tarefa que deve efetuar é muito mais complexa do que a regulamentação dos limites das intervenções sobre a vida. Como se buscou concretizar com a proposta do Projeto de Lei nº 125 (BRASIL, 1996), que pretendia instituir a possibilidade de realização de procedimentos de eutanásia diante de certas situações específicas, mas que foi arquivada (RÖHE, 2004) e em 2005, quando foi elaborado o Projeto de Lei nº 5.058 (BRASIL, 2005) proposta uma lei que proibia claramente a sua prática no território nacional, definindo-a, assim como o aborto, como crime hediondo e que também foi arquivada.

Ao Estado cabe, primeiramente, fomentar o desenvolvimento do ideal de vida digna aos seus cidadãos. Dessa forma, possibilitar o alcance da consciência necessária para o exercício da liberdade e autodeterminação em todos os momentos da existência humana. Só assim é possível o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e a proteção a vida em todos os seus aspectos e não apenas os biológicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica.** Zilda Hutchinson Schild Silva (Trad.). 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCHIFONTAINE, Chistian de Paul & PESSINI, Léo (org) **Problemas atuais de bioética.**São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola, 2010.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848,** de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cp_DL2848.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil,** promulgada em 05 de outubro de 1988.18ed. atual. e ampl. São Paulo, 2007.

_____. **Projeto de Lei nº 125**, de 05 de junho de 1996. Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:1996-06-05;125>. Acesso em 17/mar/2013.

_____. **Projeto de Lei nº 5058,** de 13 de abril de 2005. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281681>. Acesso em 17/mar/2013.

_____. **Resolução CFM nº1931**. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90. Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173. Aprova o Código de Ética Médica.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética. Historia conceitos e instrumentos.** 3ª Ed. São Paula: Edições Loyola,2010.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A eutanásia no Direito brasileiro.** Artigo publicado no *Diário do Grande* ABC no dia 06/04/05. Disponível em: <*http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/81/* > Acesso em: 10 dez. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e outras liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELHARD, H. Tristram, Jr. **Fundamentos da bioética.** (trad.) Hubert Lepargmeur. São Paulo: Loyola, 2011.

FRANCISCONE, Carlos Fernando Francisconi; GOLDIM, José Roberto. **Problemas de Fim de Vida: Paciente Terminal, Morte e Morrer.** Disponível em: <*http:/ /www.ufrgs.br/bioetica/morteres.htm#morte*>. Acesso em: 10 dez. 2012

GANTHALER, Heinrich. **O direito a vida na medicina.** (trad) Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia.** Disponível em: <*http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm*>. Acesso em: 10 dez. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

RÖHE, Anderson. **O paciente Terminal e o Direito de Morrer**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NOVOS PARADIGMAS DA EUTANÁSIA NO NEOCONSTITUCIONALISMO: RECOBRAMENTO DA DIGNIDADE DO PACIENTE

NEW PARADIGMS OF EUTHANASIA IN NEO-CONSTITUTIONALISM: RECOVERY OF PATIENT'S DIGNITY

Antonio Carlos Segatto [*]

Ian Matozo Especiato [**]

RESUMO

É crescente o número de cidadãos que procuram o sistema judiciário para que a eutanásia lhes seja viável. Entre os que buscam essa prática encontram-se os moribundos em estágio terminal, aqueles que padecem de tetraplegia completa ou, quando se trata de coma crônico, a família do paciente. Devido à vida ser um dos fundamentos da norma e em razão de sua intrínseca conexão com o ser humano, a eutanásia representa, em um aforismo errôneo, uma ameaça contra aquela. Em realidade essa prática médica pode representar uma saída digna para quem já não possui vida com dignidade. No Brasil falta jurisprudência sobre o assunto, há ausência de legislação que regule essa prática, ela é regularmente tipificada como homicídio privilegiado. Neste pequeno ensaio acerca da eutanásia o objetivo primordial foi mostrar a viabilidade legal com fulcro no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo este vir a inspirar o legislador penal na descriminalização ou correta tipificação dessa conduta no Código Penal.

PALAVRAS-CHAVE: eutanásia; dignidade; pessoa; princípio constitucional.

ABSTRACT

Is increasing the number of citizens who seek the judiciary for euthanasia to be viable. Among those who seek this practice are the dying in terminal stage, those who suffer from complete tetraplegia or, when it comes to chronic coma, the patient's family. Due to life being one of the fundamentals of the standard and because of its intrinsic connection to the human being, euthanasia is an erroneous thought, a threat against that. In reality, this medical practice may represent a dignified exit for those who no longer has life with dignity. In Brazil lack

[*] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É Professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Líder do Grupo de Pesquisa-CNPQ "Nucleo de Estudos Constitucionais". Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: novos direitos e direitos fundamentais, garantias constitucionais, efetividade da jurisdição e controle concentrado de constitucionalidade.

[**] Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), monitor do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC) da mesma instituição, o qual tem como linha de pesquisa a Eficácia dos Direitos Fundamentais.

jurisprudence on the subject, there is no legislation regulating this practice, she is regularly typified as privileged homicide. In this little essay about euthanasia the primary objective was to show the legal viability with fulcrum on the constitutional principle of the dignity of the human person, and this might inspire the criminal legislature in the decriminalization or correct typing this conduct in the criminal code.

KEYWORDS: euthanasia; dignity; person; constitutional principle.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Apresenta-se aqui um estudo sobre um dos temais mais controversos da história humana, a eutanásia. Apesar de permear as mais variadas épocas, o debate sobre essa prática é retomado no contexto atual por casos como o da norte-americana Terri Schiavo[2] e de muitos outros, que voluntariamente ou não, se submetem às praticas eutanásicas ou batem às portas do judiciário para demandar a boa morte ou a sua viabilidade legal.

Dessa forma, inicialmente, faz-se necessária uma explanação sobre o conceito de eutanásia. A seguir desenvolve-se um esforço histórico para, posteriormente, esclarecer quais são as praticas eutanásicas conhecidas, de igual modo, a distinção entre as reais e falsas (ou pseudo) eutanásias. Na sequência elaboram-se breves considerações sobre a ética e legislação médicas e os principais aspectos jurídico-penais relacionados à eutanásia propriamente dita e ao suicídio assistido.

Ao final, à luz do neoconstitucionalismo e das concepções filosóficas, faz-se um apanhado histórico dos conceitos de dignidade da pessoa humana. Explana-se sobre sua positivação, como princípio constitucional e fundamental, além de sua força normativa (ou seja, força de igual intensidade a das regras). Em seguida, o principio mostra-se como a base

[2] Terri Schiavo faleceu em 2005, por inanição, aos 41 anos, após passar 15 anos em estado vegetativo persistente – definitivo e irreversível. A decisão judicial que retirou o tubo de alimentação da mesma decorreu de penoso conflito entre seu marido e os seus pais, envolvendo também o "Estado da Flórida, o governador e a mídia no tocante a como lidar com essa situação médica. Michael Schiavo, seu marido, solicitou permissão à Justiça para remover os tubos de alimentação, na crença e certeza de que sua esposa não mais se recuperaria. Em 2003, a Justiça determinou que fosse cumprida a solicitação de descontinuar o tratamento, solicitada por Michael Schiavo. Os pais de Terry, desde o início, se opuseram a tal decisão. Em outubro de 2003, a pedido do governador Jeb Bush (irmão do presidente Bush), a Justiça da Flórida aprovou uma lei dando ao governador poderes para bloquear a ordem judicial de remoção do tubo de alimentação de Terry. Em 18 de março de 2005, a Justiça ordenou que o tubo fosse removido. Desta vez, Terri se torna um caso nacional – envolvendo o Senado americano, que, perante o clamor público, se reúne extraordinariamente num domingo. O presidente Bush volta mais cedo de seu descanso semanal, no Texas, e assina lei que passa o caso para a Justiça Federal. Os pais de Terri entram com novo recurso para reconectar a alimentação. Perdem em todas as instâncias jurídicas e Terri morre de inanição no dia 31 de março de 2005". PESSINI, Leo. Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. **Revista Bioética**, Brasília, v.13, n.2, set. 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/108/113. Acesso em: 13 Mar. 2012. p. 69-70.

dos direitos fundamentais, subsidio valorativo em que eles iram se edificar - inclusive do direito a vida - para finalmente defender o direito à eutanásia, sua viabilidade legal, baseada nesse princípio, que é um dos fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil.

1 CONCEITO

Etimologicamente, a palavra Eutanásia se origina das expressões gregas "*eu*", que significa bom e "*thanatos*", morte. Esse procedimento se caracterizaria como sendo a boa morte ou o doce findar da vida, condicionado a não existência de sofrimento de natureza física ou moral. O termo foi cunhado pelo filósofo Francis Bacon, em 1623, buscando expressar o tratamento adequado a doenças incuráveis.[3]

Atualmente, a eutanásia vem adquirindo novos contornos, não se limitando a hipótese relacionadas a pacientes terminais, estendendo-se a casos relacionados aos recém-nascidos com má formação congênita, aos pacientes em estado vegetativo irreversível, entre outras situações.[4]

Em seu conceito genérico a eutanásia é definida como sendo o ato consciente de matar alguém, imbuído de piedade ou compaixão acerca do estado lastimável de sofrimento em que está imerso o paciente. Ao invés de deixar a morte ocorrer em seu curso natural, o agente a antecipa, promovendo o fim da agonia do enfermo. [5]

Alguns teóricos dessa seara, a definem como melhor exemplo de homicídio impelido por relevante valor social, adequando-se, assim, como homicídio privilegiado, tendo como adeptos desse posicionamento a doutrina penal majoritária.[6]

Luiz Jiménez de Asúa leciona que o verdadeiro sentido da eutanásia é aquele em que é proporcionada - por um terceiro, com finalidades altruísticas - a morte de alguém que sofre de enfermidade incurável, visando extinguir a agonia que sobrevêm ao enfermo. Entretanto, o jurista discorda ser coerente aplicação da boa morte às crianças nascidas disformes, a loucos e

[3]ADONI, André Luís. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. São Paulo: **Revista dos tribunais**, 2003. p. 405.
[4] CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídico-penais da Eutanásia.** 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 17.
[5] ADONI, André Luís. op. cit., loc. cit.
[6] D'AQUINO, Dante Bruno. Homicídio privilegiado e eutanásia. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 9 jan. 2005. Direito e justiça, p.5.

a incapazes, pois essas mortes seriam violentas, desumanas, assim como com o fundamento eugênico e seletor.[7]

Adota-se, neste ensaio, o conceito proposto por Luiz Jiménez de Asúa para se empreender uma reflexão que prima pela dignidade humana e rejeita qualquer fim egoístico que instrumentalize o ser humano, este, por seu turno há de ser sempre considerado um fim em si mesmo.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS: DA IDADE ANTIGA À MODERNA

Apesar do termo "eutanásia" ser uma construção do filósofo Francis Bacon, que viveu na idade moderna, essa prática originou-se em tempos remotos. As formas antigas de eutanásia - com fitos eugênico e econômico - diferem da concepção atual, em que a piedade é o móvel do agente que a realiza. Observa-se que entre os celtas, as tribos antigas e os grupos selvagens havia o costume de dar cabo a vida de seus anciãos enfermos, a fim de abreviar-lhes o sofrimento por meio da morte. Em relação aos esquimós era ordinário deixar os seus anciãos, os enfermos incuráveis, e por vezes, as crianças recém-nascidas do sexo feminino dentro de iglus totalmente fechados para que lhes viesse à extenuação. Pode-se encontrar ainda resquícios dessa prática na Índia, onde os doentes incuráveis eram asfixiados por seus parentes com barro do Ganges.[8]

É possível encontrar feições eutanásicas em descrições bíblicas. O que pode ser exemplificado no livro dos reis, no segundo Livro de Samuel, episódio em que Saul se joga sobre sua espada, para não ficar a mercê do inimigo em batalha. Todavia, o mesmo continua vivo e, de acordo com a história relatada, Saul suplica a um amalecita que o mate, o que acaba se concretizando.[9] Nessa situação, o homicídio foi punido com a morte, já que nessa época, nos dizeres do velho testamento, vigorava a lei de Talião – "olho por olho, dente por dente".[10]

---

[7] JIMÉNEZ ASÚA, Luiz, apud SILVA, Sonia Maria Teixeira da. **Eutanásia.** Disponível em <E:\Eutanasia-direito\Eutanásia - Doutrina Jus Navigandi.mht.> Acesso em 25 de ago. 2009.

[8] CARVALHO, Gisele Mendes. op. cit., p.32-33.

[9] A bíblia se contradiz ao narrar o caso. No fim do primeiro livro de Samuel, a escritura dá a entender que Saul cometeu suicídio, em razão de ter se jogado sobre sua própria espada, tanto é que ao ver seu rei morto, o escudeiro também se apunhalou e acabou falecendo. Já no início do segundo livro de Samuel, versículos 1-16, Davi condena o amalecita à morte, em razão do mesmo ter atendido ao pedido do rei agonizante, e o matado.

[10] "Uma afronta simples cometida por alguém de um grupamento social qualquer, poderia acarretar a extinção de todo um grupo social. Uma das maiores inovações jurídicas trazidas nesse contexto foi a lei de talião, que condiciona a punição a lesão provocada; "olho por olho, dente por dente"GONÇALVES, Umberto Magno Peixoto. **A Revisão da Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu e a Crise nos Estados Ocidentais**. Dissertação (Mestrado em Direito História e Razão), programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, 2012, p. 28.

Na antiguidade grega, especificamente em Atenas, o homicídio por meio dessas práticas era abrandado e o seu autor não era condenado à morte. Entretanto, o mesmo era exilado de sua cidade-estado – o que foi denominado por *deportatio* em Roma -, tornando-se, assim, um apátrida, uma vez que essa punição era, valorativamente, mais danosa que a morte.

Ainda na Grécia antiga, o filósofo Platão, discípulo de Sócrates, afixava em sua obra mais famosa, A República, que o estado ideal seria composto de cidadãos ideais, ou seja, por sujeitos saudáveis e aptos a gerarem filhos com igual saúde, já para os disformes caberia a pena de morte.[11]

Entre os filósofos gregos, como Sócrates e Aristóteles, havia posicionamentos conflitantes acerca do suicídio relacionado à eutanásia. É o caso do fundador da medicina, Hipócrates, contrário aos atos similares a mesma. [12]

Nessa época, havia um depósito público de cicuta - veneno produzido pela planta *Conium maculatum* - em Marselha, cidade estado grega, disponível a quem quisesse dele usufruir, como relata José Roberto Goldim[13]. Já na Roma Antiga, a fim de evitar o sofrimento dos condenados à morte, era lhes dado um veneno, por nome de "Moriani", para não sentirem demasiada dor na cruz, visto que a prática de crucificação era uma pena comumente aplicada pelos romanos. Vê-se, pois, que a eutanásia permeava também a história romana. Ainda se reportando a Roma, Gisele Mendes de Carvalho observa que por vezes o homicídio não era punido com a pena de morte, quando o óbito era provocado por ascendentes em relação a descendentes, sendo que a possibilidade de dar cabo da vida de filhos doentes estava prevista em lei (Lei das XII Tábuas).[14]

Essa grande discricionariedade do chefe do clã em relação aos seus membros denota a presença marcante do pátrio poder, dado pela religião, cabendo ao homem a função de sacerdote, magistrado e administrador de sua prole. Esse poder do *pater familias* era tão abrangente que cingia vida e morte daqueles que estavam a ele submetidos.

Com a queda da Roma ocidental deu-se início à Idade Média, e devido ao obscurantismo desta época, há poucos relatos de práticas eutanásicas. São Tomás de Aquino, filósofo da Alta Idade Média, é também um dos maiores expoentes da doutrina católica. Em sua principal obra, Summa Theológica, revela-se contrario a eutanásia por ela representar um atentado contra o amor e uma usurpação do poder divino.

---

[11] CARVALHO, Gisele Mendes. op. cit., p.34-35.
[12]GOLDIM, José Roberto. **Breve Histórico da eutanásia**. Disponível em: < http://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm> Acesso em: 24 de nov. 2009.
[13] Idem, ibidem, loc. cit.
[14] CARVALHO, Gisele Mendes. op. cit., p.36.

Perdura até hoje, na doutrina católica, a ideologia desse filósofo, dessa forma, a igreja condena a eutanásia, porquanto é dogma para aquela o mandamento “não matarás” (mesmo que movido por compaixão). Em oposição às ideias dominantes do catolicismo, emerge – no período da baixa Idade Média – a corrente filosófica de Thomas Morus que possibilita um caminho fértil para discussão clara e laica acerca da eutanásia. A obra “A Utopia”, desse mesmo pensador, descreve que o estado ideal deveria propiciar todos os cuidados aos enfermos, e quando essa assistência médica não fosse suficiente, dar aos moribundos uma morte que lhes proporcionasse o findar de seu suplício. [15]

Foi na idade moderna, após o declínio do feudalismo e a decadência do poder da Igreja Católica, que se originou o termo eutanásia, como já expresso anteriormente. Conta a História que o pedido mais famoso de eutanásia dessa época foi feito por Napoleão, em sua campanha pelo Egito. Quando percebeu que a batalha era inviável, o imperador francês pediu ao médico responsável pelos acometidos de peste, Degenettes, que os eliminasse, a fim de que não fossem capturados pelos turcos. O médico se negou a concretizar o pedido, replicando a Napoleão que sua função era a de curar e não matar.[16]Brocardo, este, filiado à doutrina hipocrática.

3 EUTANÁSIA NA CONTEMPORANEIDADE

Com a queda das monarquias absolutas da Europa e ascensão da democracia baseada na representação popular houve também maior liberdade de pensamento, nessa efervescência surgiram variadas ideias relacionadas à eutanásia, foram feitas inúmeras discussões acerca do tema pelas mais variadas ciências, imergiram nessa discussão médicos, juristas, filósofos, psicólogos e teólogos.

Foi por vezes associada erroneamente a eugenia no século XX para fins de “purificação da raça”.

Sobre essa associação e contra ela, José Roberto Goldim:

> Na Europa, especialmente, muito se falou de eutanásia associando-a com eugenia. Esta proposta buscava justificar a eliminação de deficientes, pacientes terminais e portadores de doenças consideradas indesejáveis. Nestes casos, a eutanásia era, na realidade, um instrumento de "higienização social", com a finalidade de buscar a perfeição ou o aprimoramento de uma

[15] CARVALHO, Gisele Mendes. op. cit., p.37.
[16] SILVA, Sonia Maria Teixeira da. site cit.

> "raça", nada tendo a ver com compaixão, piedade ou direito para terminar com a própria vida. [17]

Luiz Flávio Gomes também rechaça a pseudo-eutanásia eugênica, no trecho:

> [...] só se pode falar em eutanásia quando alguém padece de grave sofrimento físico e/ou mental. O que o regime nazista chamou de eutanásia [...] era na verdade, um holocausto, uma técnica autoritária e aberrante de eliminação de seres humanos [18]

O Reino da Prússia, que originou a Alemanha, propôs, em seu plano de saúde de 1895, a pratica da eutanásia a indivíduos incompetentes para solicitá-la. Todavia, foi na Alemanha do século passado que ganhou ênfase a chamada pseudo-eutanásia eugênica durante o regime totalitário nazista. Proveniente de idéias desumanas e de forte fundo discriminatório, essa prática penalizou judeus, negros, homossexuais, deficientes físicos e mentais, exterminando-os em abjetos campos de concentração. Os adeptos desse regime ditatorial levaram milhões à morte a fim de uma suposta purificação da "raça ariana", ideia sovina que é rechaçada por todos os setores da doutrina e pela própria humanidade.[19]

André Luís Adoni, explanando sobre a real eutanásia, nega que pode se sugerir a prática de eutanásia quando não há a promoção de uma morte impulsionada pela piedade, pela compaixão em relação ao doente, então, a prática da pseudo-eutanásia eugênica é renegada, pois visa à morte de humanos não enquadrados em um "tipo ideal", é preconceituosa e deve ser tratada como assunto para o sistema penal, pois se constitui como atentado contra a própria sociedade.[20]

Ao fim do regime nazista, passa a ser considerada a real eutanásia aquela impulsionada pela compaixão em relação a um doente terminal, assim, pode-se observar que desde meados do século passado vários países, tais como Uruguai, Colômbia, EUA, Países Baixos e Austrália, têm disciplinado essa prática ou têm discutido sobre a sua legalização.[21]

A Holanda, em 2002, foi o primeiro Estado a legalizar a promoção da eutanásia ativa, aquela em que alguém aplica os métodos que conduzem o paciente à morte. Para tanto, é necessário o parecer de três médicos; a pessoa que requerê-la tem que padecer de moléstia incurável e ter a vontade de morrer ou se tiver inconsciente receber aval da família.

---

[17]GOLDIM, José Roberto, site cit.
[18] GOMES, Luiz Flávio. Eutanásia: dono da vida o ser humano é também dono de sua própria morte?(I). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 20 mar. 2005. Direito e justiça, p.2.
[19] GOLDIM, José Roberto, site cit.
[20] ADONI, André Luís, op. cit., passim.
[21] GOLDIM, José Roberto, site cit.

Nessa quadra, o que se pode aferir em relação à boa morte é que ela só existe quando o sofrimento no qual está imerso o indivíduo afete profundamente sua dignidade. [22] Assertiva, essa, que está ancorada principalmente no neoconstitucionalismo, que influenciou em grande medida o ordenamento jurídico pátrio, constituindo-se em pedra angular para qualquer debate acerca do presente tema.

4 MODALIDADES

A linguagem leiga usa a expressão eutanásia sem o devido conhecimento de suas classificações, por essa razão, vários equívocos são cometidos, tais como, a associação da eutanásia propriamente dita à distanásia, à mistanásia e ao suicídio assistido, mesmo estes possuindo conteúdos diversos, inclusive conflitantes entre si. Evidencia-se, assim, a necessidade de se examinar as diversas modalidades de abreviação da vida – em hipóteses de intervenção de terceiros-, buscando-se dissipar as dúvidas que, comumente, pairam sobre esse tema.

4.1 Libertadora

O elemento central dessa modalidade é a busca pela eliminação do sofrimento do doente, que padece de enfermidade incurável e irreversível, o móvel é humanitário, ou seja, a prática dessa eutanásia se dá por motivos solidários ou de compaixão com o enfermo. O agente é movido pela forte compaixão e emoção suscitada por aquele que padece de sofrimento e agonia. Poderia, também, ser considerada a eutanásia propriamente dita, visto que o intuito do agente é voltado à ação solidária com o próximo, não visando fins egoísticos.[23]

Para que se perfaça a eutanásia libertadora, importante se considerar os pressupostos da boa morte propostos por Gregório Peces-Barba Martínez, sem os quais não seria possível se proceder à análise do tema, quais sejam:

> 1) La muerte de una persona enferma irreversible, que vive en condiciones muy precarias, sin posibilidad de curación e indignas de su humanidad. 2) La causa de la muerte, que no es debida a causas naturales, se produce con la ayuda, por acción o por omisión de terceras personas, sin las cuales no se

[22] GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p.2.
[23] CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., p.19.

> produciría la muerte. 3) La acción u omisión cuenta con el consentimiento expreso del sujeto o de sus familiares más próximos, en caso de que no pueda prestarlo personalmente. Este segundo aspecto exige mayores garantías y sin duda la autorización del juez e la intervención del fiscal. Se considera que con esta acción o omisión se hace un bien al enfermo e se le libera del dolor e de sus sufrimientos y dificultades extremas e insuperables. [24]

Os requisitos propostos por Peces-Barba Martínez vão ao encontro do que se espera da real eutanásia, com escopo libertador que visa retirar aquele que se apresenta privado de sua humanidade, que sofre a perda da dignidade, devido à doença incurável ou a condições muito precárias - entende-se por precariedade a situação de tetraplegia completa ou coma crônico (irreversível). Sempre se atendendo para a anuência do enfermo ou na falta desta, a de sua família, quando esta estiver com petição séria da vítima que a autorize assim proceder ou caso esta ofereça, em juízo, provas suficientes e convincentes do consentimento do indivíduo de que, caso assim se encontrasse, preferiria a morte. Não há que se falar em eutanásia se esta não for libertadora, com escopo solidário. É dessa modalidade que se desmembram todas as reais eutanásias.

4.2 Quanto à Finalidade e Efeitos

A eutanásia ativa é aquela efetivada por meio de atos realizados para a promoção da morte a alguém enfermo, eliminando, assim, seu sofrimento. Subdivide-se em ativa direta - aquela em que se objetiva a morte do paciente, e os atos do agente são dirigidos a esse fim – e indireta – visa proporcionar, em primeiro lugar, meios paliativos para evitar o sofrimento do doente, entretanto, tem um efeito indireto que é a abreviação da vida do mesmo.

A passiva, por sua vez, é a modalidade mais freqüente de eutanásia, consiste em não promover o tratamento médico ou omitir qualquer assistência que contribua para o prolongamento da vida do paciente para abreviar-lhe a existência, pois este se encontra

[24] 1) A morte de uma pessoa enferma irreversível, que vive em condições muito precárias, sem possibilidade de cura e indignas de sua humanidade. 2) A causa da morte, que não é devida a causas naturais, se produz com ajuda, por ação ou omissão de terceiros, sem as quais não se produziria a morte. 3) A ação ou omissão conta com o consentimento expresso do sujeito ou de seus familiares mais próximos, no caso de não poder prestar pessoalmente. Esse segundo aspectos exige maiores garantias e sem dúvida a autorização do juiz e a intervenção do fiscal. 4) Se considera que com essa ação ou omissão se faz um bem ao enfermo e o libera da dor dos sofrimentos e de dificuldades extremas e insuperáveis. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La eutanasia desde La filosofía Del derecho. In: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. **Problemas de la eutanásia.** Madrid: Dykinson, 1999. Cap.1.p.3.

acometido por irreversível moléstia. Não se confunde com a paraeutanásia, visto que é sempre voluntária e direta.[25]

Aquelas nominadas "duplo efeito" visam o alívio do sofrimento do paciente, para tal desiderato ministra-se um medicamento que acaba, transcorrido certo período de tempo, corroborando para o aceleramento da morte. A morfina é o melhor exemplo de droga com esse efeito.[26] A aplicação desse medicamento é, em regra, praticada pelo médico.

4.3 Quanto ao Consentimento do Paciente

Essas ações são vistas segundo o consentimento do paciente. Quando a ação é realizada por um terceiro, geralmente pelo médico que atende a uma exigência do enfermo, ela pode-se caracterizar como voluntária.[27] Já a involuntária é realizada contra a vontade do paciente,[28] não se caracterizando como eutanásia, mas sim como homicídio simples, mesmo que a vítima padeça de irremediável sofrimento e o motor do agente tenha valor social ou moral relevante (apesar da pena poder ser diminuída pelo juiz, segundo os termos do art.121, parágrafo 1º, Código Penal).

A não voluntária seria aquela onde o indivíduo não se encontra capaz de expressar sua vontade pelo estado avançado e irreversível de sua enfermidade. Portanto, um terceiro se manifesta por ele, geralmente a família, pedindo o auxilio à prática eutanásica.

4.4 Distanásia

Buscando-se o sentido etimológico da expressão distanásia, encontra-se a sua gênese nas expressões gregas "dis", significando afastamento ou prolongamento sem necessidade e exagerado e "thanatos", que significa morte.[29] Essa prática seria caracterizada como o prolongamento da vida de um paciente terminal ou que padece de sofrimento incurável, através de drogas que amenizem sua dor, bem como com o escopo de se realizarem fins terapêuticos por meio do paciente (como tratamentos experimentais).

---

[25] CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., p.24.
[26] FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. **Tipos de eutanásia**. Disponível em:<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm> Acesso em: 25 de ago, 2009.
[27] SOUZA, Everton Gomes de. **Eutanásia e responsabilidade médica**. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos2/eutanasia/eutanasia2.shtml> Acesso em: 26 out. 2009.
[28] FRANCISCONI, Carlos Fernando; *et al.*, site cit.
[29] ADONI, André Luís, op. cit., p.406.

Pode-se entender que esta iria a sentido contrário ao da eutanásia convencional, pois ao invés de proporcionar ao doente incurável uma morte reconfortante, prolonga sua vida indeterminadamente, mantendo assim, o seu sofrimento. A fim de realizar tratamentos experimentais, os médicos tratam como uma cobaia o moribundo terminal, usando a filosofia de Maquiavel, em que os fins justificam os meios, os médicos acreditam estar proporcionando avanços na medicina moderna, esse procedimento é chamado de futilidade médica.[30]

Todavia, onde não há dignidade humana, não pode haver avanços na medicina, em razão do principio constitucional da dignidade humana, o ser humano não pode ser tratado como animal, já que sua racionalidade o distingue dos demais seres.[31] Na hipótese dessa prática ser entendida como prolongamento do sofrimento, ela afrontará a própria Constituição.

4.5 Ortotanásia

Defendendo com convicção a ortotanásia a médica oncologista Nise Yamaguchi relata:

> E como seria a boa morte? Creio que é aquela denominada morte assistida, para não trazer o cunho negativo da terminologia eutanásia passiva, prefiro denominar de Ortotanásia. É o cuidar dos sintomas sem recorrer a medidas intervencionistas de suporte em quadros irreversíveis. É respeitar o descanso merecido do corpo, o momento da limpeza da caixa preta de mágoas e de rancores; é a hora de dizer coisas boas. Os agradecimentos que não fizemos antes. É a hora da despedida e da partida. [32]

Esta também pode ser chamada de eutanásia por omissão ou paraeutanásia. A expressão deriva do grego e significa morte correta. Ela se apresenta para que o paciente terminal, que não encontra medicamento eficaz para seu sofrimento ou já passou por todos os estágios do tratamento médico e não vislumbra perspectiva de melhora, não sofra distanásia, não sendo vilipendiado por procedimentos terapêuticos desnecessários que desconstruam sua dignidade como pessoa. Dessa forma, o paciente opta por cessar o tratamento ou nem começá-lo.

Alguns como André Luís Adoni defendem que só se pode aplicar a paraeutanásia, por meio do desligamento dos aparelhos que mantêm a vida artificial do indivíduo, quando é

[30] Idem, ibidem, loc. cit.
[31] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 58-59.
[32] YAMAGUCHI, Nise. É a vida um direito inviolável? Não. **Consulex,** Brasília, 31 de ago. 2004, p. 33.

constatada a morte encefálica, sendo, esta, conduta atípica no código penal brasileiro, visto que seria lícita.[33]

Em se tratando de suspensão do tratamento, quando este já não surte efeito, entende-se que o correto seria o indivíduo poder retornar ao seu domicílio, de acordo com sua vontade. Desse modo, estaria primando-se pela dignidade e rechaçando a distanásia, a coisificação do ser humano. Em segundo, quando constatada a morte cerebral, a morte da racionalidade do ser, não há que se elucubrar, pois seria a ortotanásia perfeitamente viável.

4.6 Suicídio Assistido

O suicídio assistido é distinto da eutanásia, porquanto aquele que padece de sofrimento incurável e tem a intenção de morrer põe fim à própria vida com ajuda de terceiros. Dessa forma, não é o terceiro que pratica o ato, mas sim opera passivamente, estimulando e incentivando o agente a cometer o ato de suicídio ou de forma ativa, disponibilizando os meios necessários (p. ex. veneno e drogas – altas dosagens de medicamentos ou entorpecentes) para que o doente promova a própria morte.[34]

Esse comportamento foi amplamente defendido por um médico estadunidense chamado Dr. Jack Kevorkian, que a realizou em cerca de 50 individuos norte-americanos. Por incentivar o suícidio e praticar a assistência a ele, esse médico ficou conhecido como Dr. Morte. Cabe salientar aqui, que o referido médico sofreu vários processos em diferentes estados dos USA, todavia foi inocentado destes.[35]

Entretanto, o “Dr. Morte”, que fabricava máquinas para auxiliar ao suícidio de outrem, conhecia superficialmente seus “paciente-vítimas”, não sabia, ao certo, o grau de enfermidade ou incurabilidade e o sofrimento que sentia o indivíduo, baseava-se em relato dos mesmos, em razão disso foi socialmente repudiado. Não se pode confundir a situação supra referida com a famosa conjectura do médico britânico Nigel Cox, que clinicou para Lilian Boyles por 13 anos e mantinha relação pessoal sólida com a paciente, diferende de Kevorkian. Mediante súplica da vítima, que ansiava pela cessação de seu sofrimento decorrente de uma artrite reumatóide, o Dr. Cox injetou-lhe dose letal de cloreto de potássio,

[33] ADONI, André Luís. op. cit., p. 407.
[34] GOLDIM, José Roberto. **Suicídio assistido**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/suicass.htm> acesso em: 25 de ago. 2009.
[35] ADONI, André Luís, op. cit., 408.

fazendo com que ela falecesse. Foi condenado pelo juri e o juiz ordenou a prisão de 1 ano, porém a cancelou, devido ao móvel piedoso do agente.[36]

A assistencia ao suicídio é legalizada na Suíça, tendo como base o seu código penal de 1918, que colabora para que o suicídio não seja enquadrado como crime. Pode ser realizada sem a participação de um médico, entretanto o motivo não deve ser egoístico por parte de quem presta auxílio àquele que deseja morrer.[37]

A clínica suíça Dignitas, destacou-se em âmbito internacional por prestar auxílio ao suícidio a muitos doentes terminais, é dirigida por Ludwig Minelli, advogado dedicado aos direitos humanos.[38] Essa clínica já existe a mais de 10 anos e é uma organização sem fins lucrativos, porque pelas leis suíças só é permidito realizar tal procedimento quando quem contribui para ele nãovise auferir proveito financeiro. Muitos ingleses procuram essa clínica afim da obtenção do suícidio, como ocorreu com o casal Peter Duff, de 80 anos, e Penelope, de 70, que sofriam de mal cancerígeno.[39]

Apesar de o auxílio ao suicídio, pelo fato de o terceiro não ser o pólo que proporciona a morte, ser conduta moralmente mais aceita pela coletividade que a eutanásia propriamente dita, ele é tipificado como delito (art.122, CP) no Código Penal pátrio, entretanto, contém pena mais branda que o homicídio (art. 121, CP).

4.7 Social ou Mistanásia

A eutanásia social ou mistanásia engloba os pacientes que não têm como ingressar no sistema médico público, seja por falta de vagas ou apoio financeiro, e acabam morrendo em decorrência dessa situação. Esse termo foi sugerido por Leonard Martin para denominar a morte miserável, aquela que ocorre antes da hora correta. Não conseguindo ingressar no sistema médico, por motivos sociais, econômicos ou políticos um grande número de doentes e deficientes acabam perecendo. [40]

---

[36] DWORKIN, Ronald**. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 2003, p. 260-262.
[37] GOLDIM, José Roberto, site cit.
[38] VELUDO, Fernando. **Clínica suíça Dignitas quer ajudar casal canadiano a cumprir pacto suicida**. Disponível em:<http://www.publico.clix.pt/Mundo/clinica-suica-dignitas-quer-ajudar-casal-canadiano-a-cumprir-pacto-suicida_1372518> Acesso em: 25 de nov. 2009.
[39] BBC BRASIL. **Casal com câncer morre em clinica suíça para suicídio assistido**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u530334.shtml>. Acesso em: 25 de nov. 2009.
[40] GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. Disponível em:< www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm> Acesso em: 25 de ago. 2009.

Alguns a consideram como sendo a "grande" eutanásia, visto que atinge ampla parcela da população carente. O sistema público de saúde brasileiro está abarrotado e não consegue atender a demanda por leitos de hospital. Em 2005 uma moradora de rua, por nome de Fátima Gonçalves faleceu em frente ao pronto-socorro (PS) de Santana, zona norte da cidade de São Paulo a espera de atendimento. [41]

Após a Secretária de Saúde do Estado de São Paulo, em exercício à época, Maria Cristina Cury, declarar que a moradora de rua "morreu onde vivia" [42], a população inflamou-se em protesto devido à falta de ética da nota emitida pela secretária. Tentando acalmar os ânimos da população local o Ex-governador José Serra fez uma visita ao hospital, onde foi recebido com mais protesto. Durante a passagem do governador haviam pacientes que eram tratados em colchonetes no chão.

Essa pseudo-eutanásia provocada pelo poder público, deriva principalmente da falta de auxílio estatal àqueles que menos têm, denotando o descaso com que o Estado trata a parcela menos favorecida da população. O fato mencionado envergonha os brasileiros, pois alguém, para gerir uma pasta como a secretaria da saúde, deveria ao menos ter conhecimento de que a dignidade humana é fundamento do Estado de Direito democrático e social do Brasil e que pelo princípio da isonomia, o direito à saúde deve ser prestado a todos, sem distinção se o indivíduo vive na rua ou em condomínio de luxo.

4.8 Econômica

Essa última modalidade de eutanásia se enquadra nas falsas ou pseudo-eutanásias. Muito empregada nas civilizações antigas, em que o indivíduo, considerado um peso para o Estado, em razão do aumento dos gastos públicos, era sacrificado, podendo ele ser idoso, deficiente mental ou físico, acometido de mal incurável ou contagioso.[43] Em tempos mais recentes essa falsa eutanásia foi associada também a eugenia pelo regime nazista alemão e pode ser integrada à mistanásia, porquanto indivíduos que não tem acesso a leitos médicos por motivos econômicos (falta de renda) acabam por vir a óbito.

Recentemente, muito se articulou sobre o episódio envolvendo a médica Virgínia Soares de Souza, que foi detida pela Polícia Civil de Curitiba sob suspeita de abreviar a vida

[41] FOLHA ONLINE. **Serra afasta auxiliar de enfermagem por suspeita de mau atendimento.** Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u109244.shtml> Acesso em: 23de set. 2009.
[42] RAMOS, Vitor. **Pacientes do PS de Santana recebem Serra com protesto.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u109257.shtml> Acesso em: 23 de set. 2009.
[43] CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., p.21.

de seus pacientes da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) do Hospital Evangélico de Curitiba, Paraná. A mídia se revolveu em torno do termo "eutanásia", acusando-a de ter promovido esta, principalmente, aos pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS), o que gerou o alvoroço da opinião pública. [44] Cabe salientar, que é obrigatória a condenação da referida médica para que se possa afiançar que ela é culpada por essas mortes, uma vez que, é garantia do processo penal acusatório a presunção de inocência do réu até o transito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII, Constituição Federal).

Entretanto, resta a crítica à mídia, já que na hipótese de algum profissional da saúde abreviar a vida do paciente sem o expresso consentimento deste, movido por finalidades econômicas - como "esvaziar" os leitos das UTI(s) de hospitais - o nome a se dar não é eutanásia, senão mistanásia, sendo que sua correta tipificação é homicídio doloso, qualificado por motivo torpe (art. 121, parágrafo 2º, inciso I, Código Penal), ou seja, aquele que evidencia a imoralidade do agente.

Depreende-se do estudo desses arquétipos que a eutanásia genuína é a libertadora, que tem por desígnio a solidariedade para com o próximo, o findar da longa agonia em que o paciente se encontra, seja ela eutanásia por omissão, eutanásia ativa, passiva, direta, indireta voluntária ou não voluntária (desde que a família tenha em mãos petição séria em que o paciente, quando consciente, manifestou o desejo de não se submeter a condições indignas).

Por ora, não cabe analisar a legalidade ou não de todas essas práticas, entretanto, é incumbência do presente trabalho, desconsiderar as práticas da distanásia, mistanásia, eutanásia involuntária e econômica. Estas possuem um fundo egoístico, pretensioso, eugenista e de futilidade médica, sendo que objetificam a pessoa humana, dispondo de sua vida como se esta fosse a de um ser irracional, de igual modo, desprovido de sensibilidade. Não são contrárias somente a ética e a moralidade, mas sim, nesse sentido, estas estão em oposição ao princípio da dignidade humana, da isonomia, da autodeterminação moral do indivíduo, indo ao sentido contrario à própria Constituição, contrapondo-se a todo o ordenamento jurídico brasileiro, que tem como objetivo o bem comum construído pela solidariedade humana.

5 BREVES EXPOSIÇÕES ÉTICAS

[44] CASTRO, Fernando. **Delegada que investiga mortes em UTI diz que sigilo garante 'ordem'**. Disponível em: http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/02/delegada-que-investiga-mortes-em-uti-diz-que-sigilo-garante-ordem.html. Acesso em: 01 Mar. 2013; DIONÍSIO, Bibiana. **Médica é detida após mortes em UTI de hospital de Curitiba**. Disponível em: http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/02/policia-prende-medica-suspeita-de-matar-pacientes-em-uti.html. Acesso em: 01 Mar. 2013.

O dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa conceitua ética: "(do gr. *ethike*, pelo lat. e*thica*). Parte da filosofia que aborda os fundamentos da moral; que concernem os princípios da moral" [45]

Aqueles que se apresentam contrários à eutanásia geralmente se atêm a um escopo ético, moral e religioso em sua argumentação. Dizem eles, com sabedoria, que é dever moral de todos o cuidado com os que sofrem, um ato de solidariedade. Entretanto, não defendem a aplicação de meios ditos censuráveis, como a eutanásia ou abreviação da vida, não defendem a eliminação do sofrimento, com base na premissa da cessão da dor, uma vez que a vida seria, na concepção destes, um bem dado por deus, não sendo mérito do homem tirá-la.[46]

Esse pensamento é associado à corrente ética denominada vitalista, que dá à vida um valor sagrado, absoluto. Para estes a vida não é só um direito, mas também um dever. Normalmente essa corrente é associada a comandos contra a eutanásia vindos do Vaticano, que a classificam como sendo a morte de um ser humano inocente.[47]

A segunda corrente se perfilha à ideia de autonomia da pessoa humana, ligada à dignidade e por essa concedida, afixa que, sendo o homem um ser racional, livre e autônomo, em relação a sua ética, pode renunciar inclusive a vida. O postulado dessa linha de pensamento apresenta mais afastamento da religiosidade, de modo que está em compasso com ordenamento jurídico brasileiro, que é laico.

A ideia kantiana, de que o indivíduo não poderia dispor de sua vida, pois constituiria afronta à sociedade e ao seu papel no corpo social, condenando assim, o suicídio, não seria valida em se tratando de eutanásia. [48]Essa invalidade se daria devido ao paciente em fase terminal, tetraplégico completo ou em coma crônico, não serem mais capazes de desempenhar o papel que cumpriam anteriormente.

4.1 Da Ética Médica

Analisando a corrente hipocrática se percebe que a mesma condena a eutanásia, por entender que esta representa a abreviação da vida do paciente. Há também o receio, por parte

[45] GRANDE Dicionário **Larousse Cultural da Língua Portuguesa**. São Paulo: Nova Cultura Ltda. 1999. p. 927.
[46] WANDERMUREN, Jonathan Lucas. Eutanásia, deve a vida ser preservada em qualquer circunstância? **Consulex**, Brasília, v. 9, n. 199, 30 de abr. 2005, p. 27- 31.
[47] VIEIRA, Tereza Rodrigues. Morte digna: distanásia e eutanásia em pacientes terminais. **Consulex**, Brasília, v.8, n. 183, 31 ago. 2009, p. 13.
[48] LUDWIG, Letícia Möller. **Direito á morte com dignidade e autonomia**. Curitiba: Juruá, 2007, pasim.

da comunidade médica, que haja a perda de credibilidade nos profissionais da saúde que promoverem a eutanásia.[49]

Porém, em sentido contrario à ética hipocrática, há aqueles que entendem não haver motivos para prolongar a agonia do paciente, no momento em que, apesar empenho médico para a cura do enfermo, as modernas terapias não surtam o efeito pretendido. Dessa forma, constatando-se clinicamente o estágio avançado da moléstia e sua irreversibilidade, aquele que padece poderia voluntariamente pedir a promoção da eutanásia.

O médico que executar o ato deve estar consciente, através de minuciosa análise clínica, que não existem meios para salvar o paciente, nesse particular enfoque é de suma importância que tenha havido acompanhamento psicológico durante a evolução do quadro clínico do combalido.[50]

Frisa-se, ainda, que o médico nunca pode ir contra o princípio da autonomia, ou seja, não pode violar a vontade do paciente, submetendo-o a tratamento ou prática que ele não deseja. Na hipótese do profissional da saúde subordinar o enfermo a alguma terapêutica indesejada, pode "suscitar a ocorrência de conduta típica, caracterizando o crime de cárcere privado, constrangimento ilegal ou até mesmo lesões corporais".[51] Sempre há que imperar a vontade daquele que padece.

Encontra-se no Código de Ética Médica (CEM), artigo 22 e 31, a positivação do princípio ético da autonomia do paciente, porquanto esses dispositivos disciplinam que é vedado ao médico efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento do paciente ou da família deste.[52]

Indo em sentido oposto ao da eutanásia, disciplina o CEM, em seu artigo 41, a proibição do médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.[53] No mesmo sentido o Código de Deontologia Médica, mais principiológico, preceitua que é vedado ao profissional da saúde apressar a morte do paciente ou utilizar meio artificial caso constatada a morte cerebral do paciente.[54]Esses dois dispositivos combinados constituem forte arma contra a eutanásia.

---

[49]GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. Disponível em:< www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm> Acesso em: 25 de ago. 2009.
[50] VIEIRA, Tereza Rodrigues, op.cit., p. 12.
[51] ADONI, André Luís. op. cit., p.420.
[52] Idem, ibidem, loc. cit.
[53] O parágrafo único do artigo 41, CEM, tem a finalidade de prevenir a distanásia, uma vez que disciplina: "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".
[54] ADONI, André Luís. op. cit., p. 415.

6 EUTANÁSIA NO DIREITO PENAL PÁTRIO

A eutanásia não possui um tipo penal autônomo no ordenamento jurídico pátrio. É, em regra, tipificada como homicídio simples, cominado pelo artigo 121 do Código Penal, cujo bem jurídico protegido é a vida humana.

A boa morte tem sido considerada o melhor exemplo de homicídio privilegiado, ou seja, aquele em que o autor do fato delituoso é movido por relevante valor social (o qual é aprovado pela moral prática, moral da coletividade) acarretando, assim, diminuição da pena de 1/6 a 1/3 (causa especial de diminuição de pena), ou seja, estando provado o móvel solidário do agente, o juiz tem de aplicar a diminuição presente no artigo 121, § 1º, Código Penal.[55] Resta à crítica ao legislador penal pátrio, que além de não tratar a eutanásia em um parágrafo específico do artigo 121, foi omisso acerca dos critérios de incurabilidade para que se perfaça o homicídio privilegiado (eutanásico), tais como enfermidade terminal incurável, tetraplegia completa e coma crônico.

O anteriormente mencionado suicídio assistido, caso se consume, é contemplado com uma pena leve, 2 a 6 anos de reclusão, mais branda que a do artigo antecessor, ou de 1 a 3 anos, se da tentativa resultar lesão corporal de natureza grave. Entretanto, ocasiona a duplicação dessa pena se é praticado por motivo torpe ou egoístico, ou ainda se a vítima for menor ou tiver a sua capacidade de resistência diminuída, de conformidade com a redação do art. 122, Código Penal, que o tipifica. Salienta-se que este não pode ser confundido com a eutanásia propriamente dita. Apesar de, por vezes, possuírem o mesmo móvel solidário, o sujeito ativo somente auxilia na morte, e não dá fim à vida do sujeito passivo (sendo este um dos requisitos da eutanásia).

Para o estudo da eutanásia no contexto penal, consideram-se importantes as cominações previstas no Anteprojeto de Reforma do Código Penal de 1984, que em seu art. 121,§3º, isentava de pena o médico, mas não contemplava a hipótese de eutanásia dada ao indivíduo que estivesse imerso em coma crônico, porquanto o dispositivo prescrevia que a morte havia de ser “iminente e inevitável”. Peca, então, em não exigir que a prática seja realizada por dois médicos além do que já acompanha o moribundo, também erra em não separar o delito de eutanásia ativa da ortotanásia.

[55] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 2: Parte Especial** - . 7. ed. rev., atual. E ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 68- 71.

Já o Anteprojeto de 1998, que veio também com a intenção de reformar a parte especial do Código Penal, excluía a pena daquele que praticasse a ortotanásia, ou seja, não consideraria crime deixar de manter a vida de alguém por meios artificiais, se atestada, preliminarmente, a morte inevitável por dois médicos [56] desde que o paciente ou responsável legal concordasse com a prática do ato. Com relação à eutanásia propriamente dita (art.121, § 3º) o projeto de reforma prevê pena de 3 a 6 anos, notoriamente menor que a do homicídio simples. Exalta-se a intenção do legislador de separar a eutanásia ativa da ortotanásia e a cominação de dois médicos para dar o diagnóstico de iminência da morte. Entretanto, cabe crítica acerca da expressão "doença grave", expressão ampla, não condizente com os fins mínimos do Direito Penal, deveria sim, disciplinar cada hipótese em poderia incidir esse tipo penal.[57]

Sobre esse projeto André Luís Adoni:

> Há um anteprojeto de reforma de parte especial do Código Penal brasileiro, de 1998, que pretende instituir previsão legal quanto à eutanásia, cominando pela reclusão de três a seis anos ao agente. O mesmo anteprojeto contempla a figura da ortotanásia, como causa de exclusão de ilicitude. Em ambas as hipóteses é indispensável a concordância da vitima, observando-se que em relação à ortotanásia, em não sendo possível a obtenção do consentimento do próprio paciente, tal haverá de ser suprimido pelos seus ascendentes, descendentes, cônjuge, companheiro ou irmão. [58]

Com fundamento no direito moderno, o anteprojeto de 1998 até parece ter um cunho inovador, no tocante a ortotanásia, modernizando o do direito penal brasileiro. Entretanto, incide em erro ao não contemplar o móvel humanitário do sujeito ativo do delito de assistência ao suicídio, como causa de diminuição de pena.

Não andou bem o último anteprojeto de 1999, pois trata a eutanásia como delito próprio, tendo como sujeitos ativos os familiares, excluindo assim a eutanásia praticada pelo médico, o mais acertado seria considerá-la delito comum. Ainda, mantém a expressão genérica "doenças graves" que não contempla as hipóteses de traumatismos irreversíveis, muito menos aquelas tocantes ao coma crônico.

No mesmo anteprojeto, quando o legislador tipifica a ortotanásia (como causa de exclusão de ilicitude, quando o mais correto seria considerar a atipicidade da conduta devido ao médico não ter capacidade concreta de ação) usa a expressão "deixar de manter" e erra nesse ponto também, pois desconsidera as situações em que não é viável o inicio do

[56] D'AQUINO, Dante Bruno, op. cit., p. 5.
[57] CARVALHO, Gisele Mendes, op. cit, passim.
[58] ADONI, André Luís, op. cit., p. 415.

tratamento médico, fazendo com que a eutanásia passiva permaneça como homicídio privilegiado.[59]

Há pouco tempo, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a resolução nº 1.805/2006, que permite ao médico a limitação do esforço terapêutico, ou seja, é a ele permitido "limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave ou incurável"[60], viabilizando, assim, a eutanásia passiva ou ortotanásia (morte correta, já elucidada anteriormente).

Essa resolução foi objeto de uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal (MPF-DF) que questionava sua constitucionalidade e alegava que a resolução mencionada contrariava o Código Penal e por isso devia ser afastada. A pretensão do MPF-DF foi considerada improcedente, pois o Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo, que julgou a demanda, considerou que o dispositivo do CFM apenas permite a morte em seu tempo natural, e não a antecipa. Há que se considerar essa decisão de grande valia e em compasso com a ordem constitucional e princípios da Carta Magna, como a proibição de submissão à tortura e tratamentos desumanos ou degradantes (art. 5º, III, CF) que advêm da distanásia (prolongamento terapêutico desnecessário). [61]

A mais recente proposta de reforma do Código Penal, o Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado Federal, tipifica, no parágrafo 3º do artigo 121, a eutanásia ativa, com margens penais consideravelmente menores - reclusão de três a seis anos - se comparadas ao homicídio doloso. O parágrafo 4º do mesmo artigo apresenta uma causa de exclusão de ilicitude para a ortotanásia, desde que sejam preenchidos alguns requisitos: a) previamente atestada por dois médicos, a morte iminente e inevitável, e b) desde que haja o consentimento pelo paciente, ou na sua impossibilidade, sua família – ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.[62]

Em uma perspectiva neoconstitucional, o direito à boa morte já é legitimado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, quando o agente for movido pela solidariedade, contando com a anuência do enfermo ou de seu representante legal (que esteja com petição idônea em que sujeito passivo manifesta sua vontade) e praticada para a proteção da

[59]CARVALHO, Gisele Mendes, op. cit., passim.
[60]CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Art. 1º da Resolução nº1.805 publicada em 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805 _2006.htm >. Acesso em: 20 de maio de 2011.
[61] CARVALHO, Gisele Mendes. Ortotanásia é Eutanásia, mas não é crime. **O Direito Pensa**, Maringá, Ano 01, nº 02, p. 6-7. Março de 2011.
[62] SALDANHA, Rodrigo Róger. **Pela legalização da eutanásia passiva no Código Penal**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-jun-18/rodrigo-saldanha-legalizacao-eutanasia-passiva-codigo-penal. Acesso em: 18 de ago. 2012.

dignidade na hora da morte. Ademais, a validade constitucional da eutanásia libertadora poderia servir de inspiração para o legislador penal, se não na descriminalização da conduta com todas as especificações necessárias, que seria o ideal, ao menos na sua correta tipificação, extirpando assim a insegurança jurídica que paira acerca dessa questão.

7 PERSPECTIVA NEONSTITUCIONAL DA EUTANÁSIA COMO RECUPERAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Antes de se adentrar no mérito da eutanásia entendida como recuperação da dignidade do paciente, faz-se imprescindível esclarecer que em o Direito, após o segundo pós-guerra, e em razão das atrocidades do regime nazista, passa a se atentar em maior medida para os direitos humanos e para os princípios com força normativa, como forma de trazer conteúdo ético ao mundo jurídico. Nesse âmbito surge o neoconstitucionalismo[63], que não se atenta apenas à letra fria da lei, mas busca, através dos direitos fundamentais e de suas garantias, realizar o ideal de justiça do Estado de Direito democrático e social.

7.1 A Primazia do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana

Após 1988, a constituinte consagra várias diretrizes na Constituição, dentre elas, a que mais contribuiu para aquisição e efetivação de direitos fundamentais foi a dignidade da pessoa humana, valor positivado compreendido como base dos estados modernos democráticos. Elenca-se a esse princípio, a primazia sobre os demais contidos na Constituição de 1988, transformando-o em valor supremo do Estado. Ele faz parte da formula política da Constituição da República Federativa do Brasil, esta presente no inciso III do artigo primeiro (presente também no art. 4º, II, CF), portanto, fundamento também do próprio Estado social e democrático de Direito.

Nesse sentido Flademir Jerônimo Belinati Martins:

> [...] percebemos a expressa inclusão da dignidade da pessoa humana na 'fórmula política' constitucional brasileira (prevista essencialmente no art.1º a 4º), como fundamento da república e do Estado Democrático de Direito em

[63] Zulmar Fachin fala em constitucionalismo social, que foi inaugurado com as Constituições do México de 1917 e de da república de Weimar de 1919, ganhando maior expressividade por meio das influências de documentos internacionais, como a Declaração Universal dos direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966. FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 43.

> que se constitui (ou ao menos tem a pretensão de sê-lo), mas de essencialmente assentá-lo em uma base antropológica, onde a pessoa humana em busca de sua efetiva e concreta dignidade constitua o limite, o fundamento e a finalidade da sua existência [64]

Pode-se ainda, procedendo a uma analise histórico-cultural e antropológica do pensamento humano, fazer um apanhado de concepções filosóficas, passando da Grécia antiga a Tomás de Aquino, ao renascentista Pico della Mirandola, bem como a Immanuel Kant e Jean- Paul Sartre, até chegar à filosofia contemporânea de Hannah Arendt. Destacando-se que na filosofia cristã, o maior expoente em relação ao conceito de dignidade é Tomás de Aquino, que eleva a dignidade à qualidade inerente de todo ser humano, ligada diretamente a racionalidade, sendo esta, o que difere a pessoa humana das demais criaturas.

Pico della Mirandolla, renascentista italiano, na alta idade média já associava o conceito dignidade à racionalidade humana, segundo ele, essa característica do homem possibilitaria a construção de forma livre de sua própria existência. Analisando conceito de dignidade, pode-se ainda revelar-se que a concepção de dignidade atual é mérito de Kant, e é com esse filosofo que, como esboça Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade "abandonou suas vestes sacrais". Kant não a dissocia do ser racional, que é um fim em si mesmo. A dignidade da pessoa humana, segundo ele, está acima de qualquer valor relativo, ele se opõe, pois, a instrumentalização e coisificação do ser humano. Afastando-se dos filósofos já mencionados, aparece Jean-Paul Sartre, que assume uma postura mais existencialista e põe o homem como meio e não fim em si mesmo, dando ao homem a liberdade de se construir, sendo nesse peculiar aspecto que residiria a dignidade.[65]

Ainda, conforme Hegel o homem torna-se digno a partir do momento em que adquire o status de cidadão. Tem-se, então, a dignidade como qualidade humana irrenunciável, inalienável e integrante da própria condição de ser humano. Isso não implica na sobreposição da espécie humana sobre as outras, mas sim reconhecer essa dignidade em obrigações com os outros seres e deveres mínimos de proteção.[66]

Contemporaneamente apresenta-se o pensamento da filósofa Hannah Arendt que através de seus estudos sobre o totalitarismo[67] contribuiu para constitucionalização da

[64] MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio geral fundamental**. 1ª Ed, 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006. p.77-78.
[65] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição de 1988.** 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p, 34.
[66] Idem, ibidem, p. 34.
[67] Celso Lafer, em um livre diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, lança mão de alguns de alguns elementos dos direitos humanos, com vistas a impedir a reemergência de um novo estado de natureza, quais sejam: "a cidadania concebida com o "direito a ter direitos", pois sem ela não se trabalha a igualdade que requer

dignidade da pessoa humana na Alemanha, que foi o primeiro país a constitucionalizar o princípio como direito fundamental. A partir daí muitos países assentaram suas Constituições sobre esse princípio, com características semelhantes ao feito na Alemanha, Portugal e Espanha, não foi diferente no Brasil.[68]

A manifestação jurídica da dignidade é tida como a garantia desta para o homem, e ela é exemplificada pelo principio constitucional da dignidade da pessoa humana. Esse princípio tem grande carga axiológica (dado o próprio significado valorativo que assumiu na história humana), dessa forma, hodiernamente, ocorre uma resistência em lhe conceder alto grau de normatividade como tem na própria Constituição e é devido a isso que a doutrina constitucional faz grande esforço para que ele também seja reconhecido como meio de solução de conflitos jurídicos.

Faz-se necessário, na atualidade, a efetivação da dignidade da pessoa humana, que acabará por efetivar direitos fundamentais. O direito moderno converge para o sentido utilitarista, alguns até chegam a mencionar que o ordenamento jurídico se insere, agora, na era do pragmatismo jurídico, onde se busca o meio com maior grau de utilidade para efetivação desses direitos garantidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista uma linha de interpretação constitucional pluralista o magistrado Flademir Jerônimo Belinati Martins, menciona que:

> [...] o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser objeto de uma interpretação pluralista que se lhe permita realizar de acordo com as necessidades reais e concretas da pessoa humana e não apenas a partir de um plano meramente abstrato [69]

Além de fundamentar toda a ordem jurídica e possuir uma função supletiva, os princípios teriam função interpretativa, orientando o interprete nas soluções jurídicas em face

---

o acesso ao espaço público, pois os direitos – todos os direitos – não são dados (physei) mas construídos (nomoi) no âmbito de uma comunidade política; a repressão ao genocídio concebido como um crime contra a humanidade e fundamentado na tutela da condição humana da pluralidade e da diversidade que o genocídio visa destruir; o estudo da obrigação política em conexão: com o direito de associação como a base do agir conjunto e condição de possibilidade da geração de poder; com a dimensão de autoridade e legitimidade da fundação do nós de uma comunidade política e a sua relação com o direito à autodeterminação dos povos; com o poder da promessa e conseqüentemente com o pacta sunt servanda enquanto base da obediência ao Direito; com a resistência à opressão, através da desobediência civil, que em situações-limite pode resgatar a obrigação política da destrutividade da violência; o direito à informação, como condição essencial para a manutenção de um espaço público democrático, e o direito à intimidade, indispensável para a preservação do calor da vida humana na esfera privada". LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: a Contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados,** São Paulo, v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997. p. 64-65.

[68] MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati, op. cit. passim.

[69]Idem, ibidem, p. 89.

de casos submetidos a sua apreciação. Como a dignidade da pessoa humana é um princípio, ela teria a mesma (ou até maior) função que os outros.

7.2 Do Direito à Eutanásia Fundado no Princípio Constitucional da Dignidade Humana

Por meio do pós-positivismo[70], as novas Constituições consagraram a primazia axiológica dos princípios. Estes passam a ser considerados, não só a essência, mas também os parâmetros fundamentais e direcionadores do ordenamento jurídico.[71] A Constituição passa a receber, então, valores supra positivos, constituindo-se um sistema aberto de princípios e regras, como formula Dworkin.[72]

Sendo a Constituição Federal, unidade e núcleo de todo sistema jurídico, e os princípios constituindo-se como centro da Carta Magna (como círculos concêntricos, estando aqueles dentro desta), eles "irradiariam seus efeitos sobre as regras jurídicas, servindo de paradigma para a interpretação e concretização de todo ordenamento".[73]

O conceito jurídico de dignidade humana ainda possuiria duas dimensões, a primeira a de auxílio e proteção a dignidade da pessoa por parte do Estado, que seria a negativa, e a autodeterminação do indivíduo em relação ao Estado e aos demais – esfera positiva do postulado. Essa última seria a própria autodeterminação vital, ou seja, o direito de decidir sobre o bem jurídico "vida".[74]

Como já foi descrito, o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta e sustenta todos os direitos e garantias fundamentais (presentes no título II da Constituição Federal, bem como os esparsos e aqueles decorrentes do bloco de constitucionalidade) incluindo o direito à vida. Dessa forma, como proceder quando o indivíduo passa a viver uma vida sem dignidade em face de terrível sofrimento provocado por mal incurável ou por anos

---

[70] O também nominado positivismo ético decorreu do descrédito, por parte da comunidade jurídica, principalmente dos juristas alemães, com o positivismo ideológico – aquele em que o direito positivo tem força obrigatória e suas normas devem ser obedecidas incondicionalmente, independentemente de seu conteúdo. O principal propósito do neopositivismo foi inserir valores éticos indispensáveis à promoção da dignidade humana. Para George Marmelstein, este se caracteriza: "[...] justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade". MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 12.

[71] SEGATTO, Antonio Carlos. Princípios constitucionais e a dignidade da pessoa humana como condicionante à concretização dos direitos fundamentais. **Revista de ciências Jurídicas – UEM**, Maringá, v.5, n.1, jan/jun.2006. p.50-51.

[72] SÁ, Maria de Fátima Freire de**. Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pasim.

[73] SEGATTO, Antonio Carlos. op.cit., p.48.

[74] Idem, ibidem, p.58-59.

em estado vegetativo em um leito hospitalar? Cabe salientar, que essa questão não há de ser analisada, nem ponderada para os que não tenham sanidade mental nem para os que não atingiram a maioridade.

A degradação física, moral e psicológica do paciente incurável, aos poucos desconstroem sua dignidade, característica essa que o torna propriamente cidadão. O paciente se vê submetido a tratamentos fúteis (distanásia), que apenas prorrogam o processo de morte, trazendo ao invés de benefícios, dor e sofrimento.[75]A dignidade se põe ai não como um direito a morte, mas sim direito à autonomia no momento da morte, pois a vida já não é digna. Como é dever do estado à prestação da dignidade, a própria preservação dela, ele não pode se negar a conceder o direito à boa morte, ou seja, a eutanásia.[76]

Ainda, se o cidadão possui autodeterminação,[77]se ele pode se construir independentemente dos outros indivíduos e seguir a sua vida conforme a sua ética, poderia também decidir sobre sua morte, sobre a disposição da vida em razão de sofrimento e agonia intensos. Ele estaria se despedindo da vida de forma digna e coerente com suas convicções.

Ademais, cabe ressaltar que se o direito a vida é baseado nesse princípio constitucional e que uma vez que inexiste dignidade, inexiste uma vida digna, o valor vida se torna relativo, relativiza-se o próprio direito a ela, sendo assim, o princípio passa a fundamentar o oposto da vida indigna ante ao sofrimento, a eutanásia ou boa morte.

A própria autodeterminação, já mencionada, concedida ao indivíduo por esse princípio o torna capaz de decidir sobre seu destino sobre sua dignidade. Quando se opta pela promoção da eutanásia se opta também pelo resgate da dignidade como pessoa humana e como sujeito de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procedendo-se uma análise histórica das diversas culturas presentes no mundo antigo, medieval, moderno e contemporâneo, tem-se que a eutanásia foi uma prática presente nas mais variadas crenças e civilizações, ela foi por vezes associada a práticas consideradas pseudo-eutanásias, como a econômica e a eugênica. Não cabe a esse presente trabalho criticar negativamente as diversas culturas que abarcaram essas falsas eutanásias, pois havia ai sua razão de ser, ainda que pífia. Cabe sim, a luz de conceitos modernos, e de um mundo onde o

[75] LUDWIG, Letícia Möller. op. cit., p.95.
[76] SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., passim.
[77] SEGATTO, Antonio Carlos, op.cit., passim.

valor supremo do homem é a dignidade, rechaçá-las, principalmente a dizimação em massa feita pela Alemanha nazista, com falso escopo eutanásico e fim eugênico.

Dentre as diversas modalidades é perceptível diferenças no tocante ao agente que prática o ato, quando se fala de suicídio assistido e as demais modalidades de eutanásia, visto que na assistência ao suicídio o ato de matar seria feito pelo próprio enfermo. Procedendo a uma análise do conceito de eutanásia tem-se que o seu contrário se chama distanásia. Enquanto a eutanásia (ativa, passiva, direta, indireta e voluntária) visa cessar a agonia do paciente, a distanásia seria o prolongamento do sofrimento do paciente por meios artificiais. Descobre-se também que a real eutanásia é a libertadora e é dela que derivam as demais modalidades.

Empreende-se um estudo tendo como base a ética médica descobre-se que essa possui duas correntes: uma vitalista, em que predomina uma moral religiosa e outra ligada à autodeterminação do homem, que apóia a eutanásia quando esta está de acordo com a vontade do indivíduo. No aspecto positivado da ética há forte resistência a eutanásia. Principalmente no Código de Deontologia Médica e no Código de Ética Médica.

Tendo em vista o Código Penal, em sua parte especial, título I - Dos Crimes Contra a Pessoa -, capítulo II – Dos Crimes Contra a Vida, este qualifica a eutanásia como sendo um homicídio simples, todavia se for movido por valor social relevante, ocorre à diminuição da pena, porquanto se adéqua a conduta em homicídio privilegiado. O atual código, promulgado em 1940, vem contra o auxílio ao suicídio, tipificando-o em artigo próprio.

Nesse enfoque elabora-se um breve relato sobre os anteprojetos de reforma do Código Penal de 1984, 1998, 1998 e 2012. Percebe-se que apesar de todas as falhas técnicas, que já foram elucidadas anteriormente, esses anteprojetos representam uma tentativa de readequação da lei penal ao moderno direito. Dá-se vistas também à resolução 1.805/2006 do CFM, que permite ao médico a suspensão do esforço terapêutico, constata-se que esta seria lícita, visto que não entraria em conflito com o Código Penal e nem com os princípios da ordem constitucional.

Por fim, analisando o conceito de dignidade humana em seu aspecto histórico, e filosófico, percebe-se que este é intrínseco a condição de pessoa. Partindo de uma premissa neoconstitucional, de retomada da importância do homem ante ao Estado e retomada da dignidade como epicentro irradiador do sistema constitucional, no decorrer do século passado muitas constituições elencaram-no como princípio norteador da ação do Estado. Por ser a base de todos os direitos fundamentais, tem-se que o direito a vida, sendo um direito fundamental, é subordinado a ele. Há, portanto, uma relativização do direito a vida em face do sofrimento

que desconstrói a dignidade humana. O princípio da dignidade da pessoa humana passa, então, a fundamentar o contrário da vida indigna, a morte digna ou eutanásia. Assim, configura-se o direito à eutanásia edificado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADONI, André Luís. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito á morte digna. **Revista dos tribunais,** São Paulo, v.818, p. 395-423, dez. 2003.

BBC BRASIL. **Casal com câncer morre em clinica suíça para suicídio assistido**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u530334.shtml>. Acesso em: 25 de nov. 2009.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídico-penais da Eutanásia.** 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

_____. Ortotanásia é Eutanásia, mas não é crime. **O Direito Pensa**, Maringá, Ano 01, nº 02, p. 6-7. Mar. 2011.

CASTRO, Fernando. **Delegada que investiga mortes em UTI diz que sigilo garante '<u>ordem</u>'**. Disponível em: http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/02/delegada-que-investiga-mortes-em-uti-diz-que-sigilo-garante-ordem.html. Acesso em: 01 Mar. 2013.

D'AQUINO, Dante Bruno. Homicídio privilegiado e eutanásia. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 9 jan. 2005. Direito e justiça, p.5.

DELLINGER, Phillip. Quando a morte é inevitável. **Época**, São Paulo, n.373, p.92-93, 11 jul. 2005. Entrevista concedida para Maurilo Clareto.

DIONÍSIO, Bibiana. **Médica é detida após mortes em UTI de hospital de Curitiba**. Disponível em: http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/02/policia-prende-medica-suspeita-de-matar-pacientes-em-uti.html. Acesso em: 01 Mar. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FOLHA ONLINE. **Serra afasta auxiliar de enfermagem por suspeita de mau atendimento.** Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u109244.shtml> Acesso em: 23de set. 2009.

FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. **Tipos de eutanásia**. Disponível em:<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm> Acesso em: 25 de ago, 2009.

GOLDIM, José Roberto. **Breve Histórico da eutanásia**. Disponível em: < http://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm> Acesso em: 24 de nov. 2009.

———— . **Eutanásia**. Disponível em: <www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm> Acesso em: 25 de ago. 2009.

———— .**Suicídio assistido**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/suicass.htm> acesso em: 25 de ago. 2009.

GOMES. Luiz Flávio. Eutanásia: dono da vida o ser humano é também dono de sua própria morte?(I). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 20 mar. 2005. Direito e justiça, p.1-2.

———— . Eutanásia: dono da vida o ser humano é também dono de sua própria morte?(II). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 27 mar. 2005. Direito e Justiça, p. 1.

————. Eutanásia: dono da vida o ser humano é também dono de sua própria morte?(III). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 17 abr. 2005. Direito e Justiça, p.1.

GONÇALVES, Umberto Magno Peixoto. **A Revisão da Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu e a Crise nos Estados Ocidentais.** Dissertação (Mestrado em Direito,

História e Razão), programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: a Contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados,** São Paulo, v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997.

LUDWIG, Letícia Möller. **Direito á morte com dignidade e autonomia**. Curitiba: Juruá, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio geral fundamental**. 1ª Ed., 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La eutanasia desde La filosofía Del derecho. In: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. **Problemas de la eutanásia**. Madrid: Dykinson, 1999. Cap.1.p.3.

PESSINI, Leo. Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. **Revista Bioética**, Brasília, v.13, n.2, set. 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/108/113. Acesso em: 13 Mar. 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 2: Parte Especial – Arts. 121 a 249**. 7. ed. rev., atual. E ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, Vitor. **Pacientes do PS de Santana recebem Serra com protesto.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u109257.shtml> Acesso em: 23 de set. 2009.

ROCHA, Elaine Moreira da; CARVALHAL JUNIOR, Luiz Carlos. **Dosimetria da Pena**. Boletim Jurídico. Disponível em:< http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1401>. Acesso em: 20 de jul, 2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de**. Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALDANHA, Rodrigo Róger. **Pela legalização da eutanásia passiva no Código Penal**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-jun-18/rodrigo-saldanha-legalizacao-eutanasia-passiva-codigo-penal. Acesso em: 18 de ago. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição de 1988.** 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. .

SEGATTO, Antonio Carlos. Princípios constitucionais e a dignidade da pessoa humana como condicionantes à concretização dos direitos fundamentais. **Revista de ciências Jurídicas – UEM**, Maringá, v. 5, n.1, p. 45-61, jan./jun. 2006.

SILVA, Sonia Maria Teixeira da. **Eutanásia.** Disponível em <E:\Eutanasia-direito\Eutanásia - Doutrina Jus Navigandi.mht.> Acesso em 25 de ago. 2009.

VELUDO, Fernando. **Clínica suíça Dignitas quer ajudar casal canadiano a cumprir pacto suicida**. Disponível em:<http://www.publico.clix.pt/Mundo/clinica-suica-dignitas-quer-ajudar-casal-canadiano-a-cumprir-pacto-suicida_1372518> Acesso em: 25 de nov. 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Morte digna: distanásia e eutanásia em pacientes terminais. **Consulex**, Brasília, v.8, n.183, p. 12, 31 ago. 2009.

YAMAGUCHI, Nise. É a vida um direito inviolável? Não. **Consulex,** Brasília, p. 33, 31 ago. 2004.

WANDERMUREN, Jonathan Lucas. Eutanásia, deve a vida ser preservada em qualquer circunstância? **Consulex**, Brasília, v. 9, n. 199, p. 27- 31, 30 de abr. 2005.

QUANDO A MORTE FAZ PARTE DA VIDA: CUIDADOS PALIATIVOS, TESTAMENTO VITAL E EUTANÁSIA NO BRASIL

CÚANDO LA MUERTE HACE PARTE DE LA VIDA: CUIDADOS PALIATIVOS, TESTAMENTO VITAL Y EUTANASIA EN BRASIL

Ana Carolina Elaine dos Santos[*]

Andréa Abrahão Costa[**]

RESUMO: O presente artigo intenta analisar à luz da Constituição Federal de 1988 a compatibilidade existente entre a diretiva emanda do Conselho Federal de Medicina, através de sua Resolução de nº 1.995/2012, que normatiza a relação médico-paciente no sentido daquele profissional proporcionar uma morte tranqüila e humana a este, e o denominado Testamento Vital. Constata-se que a evolução no campo da Medicina colocou o Direito em xeque quando da necessidade de oferecer respostas satisfatórias aos problemas advindos dessa transformação, principalmente no que toca à possibilidade de dar ao paciente a capacidade de decidir sobre sua própria vida. Assim, discorrer sobre diretivas paliativas, testamento vital e eutanásia requer uma análise interdisciplinar entre o direito constitucional, civil e penal, pois há uma nítida relação existente entre a manifestação da vontade do paciente em não se ver submetido a métodos invasivos de manutenção de uma vida sem qualidade, e a prática da eutanásia, implicitamente proibida no ordenamento jurídico penal brasileiro. Ao final, procura-se apontar essa relação multidisciplinar, bem como a linha divisória entre o testamento vital e a eutanásia.

PALAVRAS-CHAVE: Cuidados paliativos; Testamento vital; Eutanásia; Consentimento informado.

RESUMEN: El presente articulo tiene la pretención de analizar a lá luz de la Constitución Federal de 1988, la compatibilidad existente entre la directiva emanada del Consejo Federal del Medicina, a traves de su Resolución N º 1.995/2012, que regula la relación médico-paciente en el fin de que aquello profesional proporcionem una muerte humana y tranquila a este, y el denominado testamento vital. La evolución en el campo de la medicina ha puesto en jaque el derecho cuando la necesidad de dar respuestas satisfactorias a los problemas derivados de esta transformación, especialmente en lo que se refiere a la posibilidad de dar al

[*] Advogada. Professora de Direito Penal do Curso de Graduação Faculdade de Educação Superior do Paraná, FESP. Professora do curso de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Faculdade de Educação Superior do Paraná. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali (Bolsista Capes).

[**] Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. Especialista em Sociologia pela UNICAMP. Professora de Direito Civil do Curso de Graduação da Faculdade de Educação Superior do Paraná, Fesp. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

paciente la capacidad de decidir sobre su propia vida. Por esa razón, discutir políticas paliativas, la eutanasia y testamento vital requiere un análisis interdisciplinario de derecho constitucional, civil y penal, porque hay una clara relación entre la manifestación de la voluntad del paciente al no someterse a métodos invasivos de mantener una vida sin calidad, y la práctica de la eutanasia, implícitamente prohibida en el ordenamiento jurídico penal brasileño. Al final, se busca señalar esta relación multidisciplinar, además de la línea divisoria entre el testamento vital y la eutanasia.

PALAVRAS-CLAVE: Cuidados paliativos; Testamento vital; Eutanasia; Consentimiento informado.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muito já se disse sobre a evolução do Direito, sobremodo a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e precisamente acerca de como os ordenamentos jurídicos vão sofrendo alterações a partir do quanto querido, sentido e questionado no âmbito da sociedade. Trata-se do necessário dinamismo do Direito.

Com a temática da vida e da morte não é diferente. As adaptações são levadas a efeito sem se perder a essência na solução dos dilemas. Estes, no que concerne ao objeto do presente trabalho, sem dúvida, interessa muito aos profissionais que trabalham com a Bioética, tida como "espaço de diálogo transdisciplinar, transprofissional e transcultural frente aos progressos tecno-científicos na área da saúde e da vida, enfatizando a tolerância e a solidariedade como valores a serem cultivados." (BARCHIFONTAINE, 2004, apud, CLEMENTE E PIMENTA, 2006, p. 2).

Como explica MYSZCZUK e MEIRELLES (2008, p. 333-334)

> O Direito chega ao século XXI e coloca o jurista frente ao desafio de enfrentar e harmonizar conflitos ou perplexidades decorrentes do avanço biotecnológico, de modo a impor limites entre o que é cientificamente possível fazer e o que é moralmente desejável realizar. É imprescindível que, também, passe [o jurista] a interpretar as regras jurídicas, buscando novas ou re-oxigenadas bases para sua interpretação das questões jurídicas. Não seria de nenhum auxílio na resolução dos conflitos análises que passem ao largo dessa nova ordem ou que insistam em conceitos tradicionais, que não abarquem os problemas advindos com os avanços biomédicos presentes no dia-a-dia.

Mas, o direito à vida, garantia fundamental inscrita na Carta de 1988 e fonte primária de todos os outros direitos do ser humano, interessa também, a um só tempo, ao Direito Civil e ao Direito Penal, na exata medida em que de um lado, a partir da recentíssima Resolução 1995, de 30.08.2012, do Conselho Federal de Medicina, defende-se a adoção no Brasil da possibilidade do que se convencionou chamar na literatura especializada de testamento vital e, de outro lado, proíbe-se a prática da ortotanásia, vale dizer, prática que permite a morte acontecer no tempo certo sem a utilização de métodos desnecessários.

O problema está em que, se é verdade que o direito à vida consiste, dentre outros aspectos, na prerrogativa de não se ver interrompido o ciclo vital senão pela morte espontânea e inevitável, não há negar, de outro turno, que se cogita do direito de ter-se uma boa qualidade de morte, uma boa qualidade de morrer. Ingressa-se, assim, no tema relativo aos cuidados paliativos, cuidados estes que todo cidadão tem e refletem-se na atenção dispensada ao paciente sem possibilidade terapêutica ou ao idoso que não possui poder curativo, sendo dita atenção capaz de aliviar a dor e o sofrimento.

Um dos maiores desafios atuais, então, é o de se reconhecer que a vida é finita e que, naquela perspectiva, de uma boa qualidade de morte, a idéia é de se dar vida aos anos, valorizando o tempo que ainda resta.

Sendo assim, a pergunta central que norteia esta reflexão é a de se saber se, uma vez admitida a prática do testamento vital no Brasil conduziria ela a algum dos tipos de eutanásia? E em que medida? Ou, dito de outra forma, qual seria a linha divisória entre as duas práticas?

Os questionamentos tanto mais se intensificam se constatamos que a mesma ordem constitucional que protege a vida e elegeu a dignidade da pessoa humana como vetor de aplicação, interpretação e integração de todas as outras normas de direitos fundamentais, também veda o tratamento desumano ou degradante, a ponto de defender-se que:

> Tratar o homem de forma desumana é desconsiderá-lo enquanto pessoa; é tratá-lo como coisa ou simples meio para a obtenção de conhecimento científico ou de ganhos econômicos. Importa em desconsiderá-lo enquanto sujeito e usá-lo como objeto de direitos. Tratar o ser humano de forma degradante significa impor-lhe riscos de danos ou danos desnecessários, condições indignas para a realização da intervenção e/ou usar de métodos ou técnicas que contrariem a moral e ética médica. (MYSZCZUK e MEIRELLES, 2008, p. 340)

As respostas para as referidas indagações somente podem ser encontradas se, num primeiro momento, nos debruçarmos sobre o conceito do testamento vital e as discussões acerca de sua legitimidade no Brasil, para só então delimitarmos o tema no contexto do Direito Penal. É o que faremos a seguir, não sem antes mencionarmos, a breve espaço, a discussão do tema no contexto da Bioética e do Biodireito.

2. A BIOÉTICA NO CONTEXTO DO BIODIREITO

Como dito alhures, a sociedade e a ciência são dinâmicas. O Direito deve estar atento às mudanças para não se tornar obsoleto, e neste sentido, a área médica, ao longo desses anos, representa um dos maiores arcabouços de transformações da humanidade. A evolução biotecnológica trouxe, inevitavelmente, a necessidade de se repensar a ética médica e o ser humano como centro e agente dessa metamorfose. Temas relacionados à reprodução assistida, transplantes de órgãos, clonagem humana, eutanásia e aborto surgiram em um momento histórico carente de respostas e soluções.

Nasce então, a bioética, a ética da vida, que num primeiro momento busca discutir as novas formas de se relacionar ciência e proteção do ser humano. As regras antes usadas, eminentemente de cunho deontológicos, ficam longe de fornecer uma resposta satisfatória às necessidades emergentes oriundas do rápido progresso biotecnológico. (SCHAFFER, 2011, p. 35)

A ética representa “um conhecimento racional que, a partir da análise de comportamentos concretos, se caracteriza pela preocupação em definir o bem, ou seja, a responsabilidade do homem para com seu semelhante”. (SOARES e PIÑEROS, 2002. p. 24) E, tem por finalidade criar regras gerais de conduta, principalmente no que toca às “experiências envolvendo a criação de novas formas vida, a fim de que se evitem desastres no equilíbrio biológico das espécies”. (SILVA, 2008, p. 64)

Já a Bioética representa o "conjunto de pesquisas e práticas multidisciplinares, que tem por finalidade a resolução de conflitos éticos provocados pelos avanços biomédicos”. (MYSZCZUK e MEIRELLES, 2008). A bioética é, assim, a "ponte entre a ciência e a humanidade", (NAMBA, 2009, p. 8) e ambas tem em comum o respeito à dignidade da pessoa humana, e como objetivo “a busca de benefícios e a garantia da integridade do ser humano, tendo como fio condutor o princípio básico da defesa da dignidade da pessoa humana”. (SILVEIRA; FERREIRA e SOUZA JUNIOR, 2009, p. 40)

Buscando aproximar a velocidade científica e o respeito ao ser humano, a bioética se

vale de princípios gerais que definem, a um primeiro momento, condutas morais que devem ser obrigatoriamente respeitadas, tais como o princípio da autonomia ou da autodeterminação da pessoa; da justiça; da beneficência. (MYSZCZUK e MEIRELLES, 2008)

A função do Direito nessa transformação é, em primeiro lugar, reconhecer essa evolução e, depois, admitir que as normas e os conceitos tradicionais não são capazes de dar a solução adequada ao dinamismo biomédico. Portanto, como ponto de partida o direito deve buscar reorganizar suas idéias jurídicas através do desenvolvimento do biodireito, tendo a bioética como fonte primária dessa positivação.

3. O CONCEITO DE TESTAMENTO VITAL

Dando azo às funções do biodireito, sustenta-se que um dos maiores desafios da Bioética relaciona-se com o "morrer com dignidade", respeitando-se a vontade daquele que, sem qualidade de vida, está sendo assistido por seus familiares e cuidadores. Esse "morrer com dignidade" ecoa, atualmente, no chamado testamento vital ou também denominado testamento biológico ou "living will", expressão oriunda da ordem jurídica norte-americana. Com tal instrumento restam enaltecidos os desejos do paciente terminal, o qual pode exercitar o seu direito de morrer, dispondo sobre a assistência médica a ser-lhe prestada.

E isso se dá não por acaso, pois a discussão insere-se na evolução sentida nas relações médico-paciente, as quais deixaram de lado um modelo paternalista, no qual o médico poderia e deveria ministrar os tratamentos que, a seu critério, pudessem conduzir à cura, para um modelo de consentimento informado, no qual é reconhecida a autonomia do paciente para concordar ou não com procedimentos médicos tomando como referência o quanto lhe é esclarecido pelo profissional, o que inclui riscos, contra-indicações, vantagens.

Tal evolução foi gradual e no prisma internacional solidificou-se a partir da Declaração dos Direitos do Paciente da Associação Médica Mundial datada de 1981(ADORNO, 2009, p. 76-77). No Brasil vale citar as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (n.ºs 1.081/82, 1.890/09 e 1.957/2010), do Conselho Nacional de Saúde n.º 196/96 e o próprio Código de Ética Médica em vigor (arts. 22 e 31)

Para CLEMENTE e PEREIRA (2006, p. 2) o testamento vital ou biológico

> Visa influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua

> vontade em razão da doença. {...} Portanto, um testamento vital é um documento com diretrizes antecipadas, que uma pessoa realiza em uma situação de lucidez mental para que seja levado em conta quando, por causa de uma doença, já não seja possível expressar sua vontade.

E prosseguem, citando BORGES (2001, p. 3):

> É assegurado o direito à vida (não o dever), mas não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento. O paciente tem o direito de interromper o tratamento com base no direito constitucional de liberdade (inclusive liberdade de consciência), de inviolabilidade de sua intimidade e honra, e, além disso, de respeito à sua dignidade humana. {...} O direito à vida constitucionalmente, não é um direito sobre a vida. Constitui-se 'direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige. O direito à vida, no âmbito privatístico, confere ao direito de personalidade as características de indisponibilidade e não interferência de terceiros.

BORGES (2001, p. 32), por sua vez, entende que o testamento vital é um documento em que a pessoa determina de forma escrita a que tipo de tratamento quer se submeter para o instante em que se encontrar doente, vale dizer, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar a sua vontade. É que se visa, nos dias atuais, a

> Reapropriação da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte. Reivindica-se uma morte digna, o que significa a recusa de se submeter a manobras tecnológicas que só fazem prolongar a agonia.

GODINHO (2010, p. 1), no entanto, observa que,

> Não há norma jurídica no país que regulamente a figura, embora não exista razão que impeça a discussão de sua validade. Por não vigorar, quanto aos atos jurídicos, o princípio da tipicidade, os particulares têm ampla liberdade para instituir categorias não contempladas em lei, contanto que tal não venha a afrontar o ordenamento.

E para além das questões formais acerca de quais seriam os requisitos necessários à celebração do instrumento – nos termos do art. 104, do Código Civil, o mesmo autor ressalta que remanesce a discussão quanto ao conteúdo do documento, que, ao contrário dos atos de disposição de última vontade em geral, é dirigido à eficácia jurídica antes da morte do interessado.

> Afinal, não estão assentadas as discussões a respeito da possibilidade de recusa a tratamento médico necessário para preservar a vida do paciente, ou quanto à legitimidade da supressão da vida humana pela eutanásia, nem mesmo nos casos de ortotanásia (ou eutanásia passiva), em que ocorrer a interrupção de tratamento vital, deixando-se de ministrar a medicação adequada ao paciente em estado terminal e irreversível. Por isso, ainda que se reconheça a possibilidade da elaboração de um testamento vital, embora sem previsão legal, poderia surgir outro empecilho à validade do ato: como os arts. 104, II e 166, II do Código Civil exigem que todo ato jurídico depende da licitude do objeto, poderá ser questionada a subsistência do testamento vital, sobretudo por aqueles que entendem que a vida, bem maior de todos, deve sempre ser preservada a qualquer custo, ainda que contra a vontade do próprio paciente. (GODINHO, 2012, p. 964)

Os direitos dos pacientes terminais também foi objeto de estudo de PENALVA (2008, p. 518), a qual chama a atenção para a existência de legislação específica sobre diretivas antecipadas em países europeus[1] e nos Estados Unidos.

Explica Borges (2007, p. 240):

> As diretivas antecipadas são gênero, do qual é espécie o testamento vital e o mandado duradouro. O testamento vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade.

[1] Explica a autora que "nenhum país da Europa havia positivado os direitos do paciente terminal até 1997. Foi com o convênio de Oviedo que os Estados europeus começaram a elaborar legislações sobre o tema." (2008, p. 523)

Já o mandado duradouro, segundo NAVES e REZENDE (2007) é um documento no qual o paciente escolhe uma pessoa que deverá tomar decisões em seu nome, quando o próprio paciente não puder exprimir mais sua vontade.

Resta-nos saber se o instrumento testamento vital poderia ter validade jurídica no Brasil. É o passaremos a expor.

4. VALIDADE JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL E A RESOLUÇÃO 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

A discussão que não é somente jurídica, mas também ética, religiosa e moral, sobre o direito de morrer dignamente, contudo, deixou de ser feita pelo legislador de 2002, ao tempo da edição do novo Código, o que a nosso ver, desde logo impede seja o testamento vital reconhecido como válido no Brasil.

A crítica não passou despercebida pela doutrina que desenvolve estudos na linha do Direito Civil-Constitucional:

> É que, a partir de uma leitura civil-constitucional, especialmente da cláusula geral da dignidade humana, é fácil notar que o direito à morte digna é o reverso da moeda do direito à vida digna. Em palavras mais claras, ao direito de viver com dignidade, haverá de corresponder como espelho invertido o direito de morrer dignamente. Até mesmo porque uma morte digna há de ser a conseqüência natural de toda e qualquer vida digna. Trata-se, pois, tão somente, de permitir que a natureza siga o seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações. {...} seja qual for o posicionamento a prevalecer, é imperioso que reconheça que o único ponto indelével (e insubstituível) nessa discussão é o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana também se projeta na morte. De nossa parte, parece que a melhor solução é aplicar a técnica de proporcionalidade, deixando para, no caso concreto, dar contornos efetivos ao direito à morte digna, dependendo das circunstâncias concretas. (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 291)

O esforço doutrinário é grande no sentido da defesa de ser possível a adoção do testamento vital no Brasil.

Como exemplo podemos citar GODINHO (2012, p. 961-965), para quem

> O fato de inexistir previsão legal sobre o testamento vital no país não significa que se possa proclamar uma suposta incompatibilidade: em consonância com os princípios e normas que imperam no ordenamento brasileiro, nada impede que se reconheça a validade daquele instrumento, que nada mais representa que uma relevante expressão da autonomia dos pacientes, com a particularidade, neste caso, de se tratar de um instrumento previamente elaborado, com o intuito de estabelecer diretrizes sobre intervenções médicas supervenientes. Sendo descabida a alegação de que o testamento vital não pode subsistir, pelo simples fato de não haver regulamentação específica em lei – embora a elaboração de uma norma especialmente cunhada para reger o instituto seja conveniente, para pôr termo às dúvidas que persistem sobre o tema -, torna-se imprescindível estabelecer determinadas condições para o reconhecimento da sua validade. {...} não se pode deixar de consignar que, nos casos em que se puder verificar que a continuidade do tratamento vital apenas causará mais sofrimento que esperança, ou seja, quando se constatar que o tratamento não prolonga a vida minimamente digna, mas apenas retarda indefinidamente a morte, será adequado concluir que deixar um paciente morrer, se de fato a morte é consequência natural e inevitável, é o único meio de se preservar a dignidade da pessoa em causa. Com efeito, há manifesta diferença entre matar e deixar morrer – neste caso, insista-se quando a morte for de fato inevitável.

No mesmo sentido sustenta PENALVA (2008, p. 530):

> O sujeito tornou-se centro do ordenamento jurídico a partir da Constituição da República de 1988, o que confere à pessoa humana uma esfera de atuação jurídica no âmbito do Direito Privado. Tal fato, atrelado à recepção da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito pode ser entendido como legitimador do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, entendido este instituto como instrumento protetor da dignidade da pessoa humana dos pacientes terminais e da autonomia privada.

Já sob a ótica dos diferentes modos de morrer afirmam CLEMENTE e PIMENTA (2006, p. 3):

> O direito de morrer dignamente não deve ser confundido com direito à morte. O direito de morrer dignamente é o desejo, a reivindicação por vários direitos e situações jurídicas, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, os direitos de personalidade. Refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, 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. 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. {...} Assim, é assegurado o direto, não o dever à vida, e não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento. O direito do paciente de não se submeter ao tratamento ou de interrompê-lo é consequência da garantia constitucional de sua liberdade, de sua liberdade de consciência.

BUENO e HAAS (2012, p. 8) defendem que “mesmo que não haja regulamentação legislativa acerca do testamento vital, deve este ser considerado válido em razão da autonomia daquele que se encontra enfermo, visando seu direito de liberdade e sua vontade de ter uma morte digna”.

As vozes ganharam coro a partir da edição, pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, da Resolução 1.995/2012, sendo ela pioneira ao garantir autonomia ao paciente e consolidar os preceitos dos cuidados paliativos. O órgão, na linha de abordagem de uma medicina calcada em princípios operantes que assegurem aos cidadãos tanto um bem-estar físico quanto moral, vem normatizando, por meio da edição de resoluções, desde o ano de 2009, a maneira pela qual os profissionais podem proporcionar uma boa morte, mais humana e capaz de ser compreendida.

De fato, a normativa dispõe sobre critérios para que qualquer cidadão, capaz civilmente e com plenitude de consciência, possa definir junto ao médico que o acompanha quais os limites terapêuticos devem ser seguidos em uma eventual fase terminal, bastando, para tanto, o registro expresso da vontade em documento chamado de diretiva antecipada da vontade. Desta forma, surge a opção pela não submissão a tratamentos incomuns de

manutenção da vida na fase terminal de certas doenças, como, por exemplo, a demência, o câncer ou a insuficiência cardíaca.

Dispõe a citada Resolução que o Conselho Federal de Medicina resolve:

> Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.
> Art. 2º 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.
> § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.
> § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.
> § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.
> § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.
> § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Antes dela, acerca dos “tratamentos paliativos”, ressalte-se, havia sido editada a Resolução n.º 1931/2009, por meio da qual foi aprovado o vigente Código de Ética Médica. Ao tempo em que a normativa dispõe no seu art. 32 que é vedado ao médico “deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”, preceitua no § único, do art. 41 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 legal".

Mas, em que medida a vontade do paciente poderia ser respeitada e é soberana frente ao vigente ordenamento jurídico brasileiro? Como ficaria o risco de perder-se a possibilidade de salvamento por força de declaração que não se teve tempo de revogar? E se fosse negada a concretização da vontade do paciente? Nasceria para o médico algum tipo de responsabilidade? Pois, até que ponto a conduta médica em certo caso seria passível de ser enquadrada no conceito de distanásia[2], esta entendida como o prolongamento artificial do processo (natural) da morte, ainda que à custa do sofrimento do paciente?

O problema está em que, mesmo tendo o legislador infra-constitucional dado "um primeiro passo em território controverso, positivando assunto habitualmente confiado à ética médica" (DONEDA, 2007, p. 51), Schreiber ((2008, p.264) destaca que:

> {...} viu-se como a roupagem do Código Civil de 2002 deixou a descoberto inúmeros aspectos e problemas atinentes aos direitos da personalidade. Em sua rigidez e excesso de apego à técnica da subsunção, a vestimenta normativa não se mostra nem longa, nem flexível o suficiente para cobrir as estonteantes nuances que se combinam nos conflitos atinentes à personalidade. Com alguma simpatia, entretanto, o intérprete há de encontrar neste esvoaçante tecido da codificação a franja de seda, que, puxada, revelará, sob as rendas ludibriosas da literalidade, a nudez sublime da finalidade legislativa – a proteção da dignidade humana, em toda a sua rica multiplicidade e até no seu intrínseco antagonismo.

Entretanto, RAPOSO (2011, p.174-175) é enfática em afirmar que:

> Nestas condições, a recusa de tratamento de suporte vital não pode ser vista como uma tentativa de suicídio ou como eutanásia, pois uma tal decisão

[2] "É a continuação, por intervenção da Medicina, da agonia, mesmo sabendo que, naquele momento, não há chance conhecida de cura. Enfim, é uma verdadeira obstinação pela pesquisa científica, pela tecnologia e tratamento médico, olvidando o direito do paciente à sua dignidade intangível, mesmo no momento da morte." (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 294/295)

> apenas permitirá que a doença siga o seu curso normal. Se a morte eventualmente ocorrer será o resultado de uma doença e não de lesões auto ou hetero-infligidas. A intenção não é fomentar a eutanásia activa, mas somente deixar ao paciente a decisão do momento no qual os esforços terapêuticos devem ser interrompidos.

A nosso ver, contudo, todas aquelas derradeiras questões são respondidas pelo quanto observa FARIAS e ROSENVALD (2009, p. 294), e, se por um lado apontam para a necessidade de diferenciação entre o testamento vital e a eutanásia, por outro reforçam a proximidade existente entre eles, a ponto de, a nosso ver, um impedir a existência do outro.

Compartilham deste entendimento BUENO e HAAS (2012, p. 3-6), quando afirmam:

> O testamento vital ou a declaração vital é um método correlato da ortotanásia, entretanto, a prática desta ainda é considerada crime em nosso ordenamento, embora haja projeto de lei prevendo a mudança deste entendimento. {...} Está em tramitação no Congresso Nacional, o projeto de Lei de autoria do Senador Gerson Camata (PMDB-ES), com o objetivo de retirar a ortotanásia do rol de ilicitude penal. {...} Visa o projeto de Lei o direito a morte digna, respeitando a vontade da pessoa, não a obrigando a passar por tratamentos desproporcionais.

Em suma, como explicam FARIAS e ROSENVALD (2009, p. 295):

> O direito brasileiro, através do Código Penal, mantém a eutanásia no âmbito da ilicitude, olvidando todos os demais aspectos da controvérsia. Exatamente por isso, não se admite, entre nós, o chamado *testamento vital* (ou *living will*) – que seria o documento pelo qual alguém esclarece querer, ou não, determinado tratamento de saúde, caso necessário, em situação hipotética de encontrar-se em estado incurável ou terminal, com conseqüente incapacidade de manifestar vontade. Assim sendo, o médico não se vincula ao testamento vital, eventualmente deixado por pessoa capaz, em razão de sua inadmissibilidade legal.

E o que vem a ser a eutanásia? Quais são as suas formas de expressão e evolução na história mundial? Por quais motivos ganha relevo na esfera penal e é prática vedada no

Brasil? É sobre o que discorreremos a seguir.

5. A EVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO MORRER

Verifica-se no decorrer da história da humanidade que o processo de morte passou por diversas fases e ideologias. Antigamente a morte era algo sagrado e fruto da manifestação da vontade divina (PESSINI, 2004, p. 40-41). O sofrimento aplacava os pecados e representava a passagem para vida eterna, a morte pertencia ao próprio moribundo (ARIÉS, 2003, p.35).

No século XIX, com a evolução científica da Medicina, houve uma profunda modificação no pensamento e nas idéias antes concebidas. O doente passa a desconhecer seu real estado de saúde e, em virtude da proliferação dos hospitais e do avanço tecnológico o local da despedida muda e busca-se cada vez mais evitar ou adiar o processo da morte (PESSINI, 2004, p. 40-41). O médico anuncia a morte e passa a ser o dono "de seu momento e de suas circunstâncias {...} São os tanatocratas" (ARIÉS, 2003, p.53-61).

O reflexo desta mudança é sentido, especialmente, no Século XX, pois a ordem social industrial impõe um novo modelo de vida, em que a concepção desta e a da morte passam a ter conceitos antagônicos. Constata-se uma verdadeira ruptura na dimensão estóica e espiritual em que o corpo e alma se encontravam (PESSINI, 2004, p.41).

A ordem capitalista dirigida para a produtividade e o progresso não admite se pensar e falar na morte. Em uma sociedade capitalista fazem com que a utilização de mão-de-obra e a morte representem um verdadeiro obstáculo a tal finalidade, por isso, passa-se a afastá-la do convívio social.

> A nova ordem institucionalizada e a separação entre os conceitos de corpo e a alma, iniciada no século XVI, passaram a ser os fundamentos ensejadores da mudança de pensamento. É que com o avanço nas ciências médicas o corpo e seus processos fisiológicos passam a ser submetidos à investigação científica, a medicalização crescente oportuniza uma longevidade da vida, e, a partir daí, ao **homem é dada a possibilidade de alterar o destino das coisas de acordo com a sua vontade, inclusive do momento da morte.** O homem passa a ser o senhor do seu destino. A função antes exercida pela vontade de Deus deixa de ter sentido. Portanto, se fazia necessário 'exorcizar a morte, a fim de transformá-la urgentemente em algo "natural', que pudesse

> ser submetida ao controle do homem. (PESSINI, 2004, p.41, grifo nosso).

Nesta perspectiva tem-se a coisificação do corpo que, aliada à

> Intencionalidade mercantil que habita em todos os setores da sociedade industrial capitalista se revela com vigor na instituição hospitalar, em relação ao moribundo. O doente terminal é marginalizado socialmente, porque deixou de ser funcional. É destituído do seu antigo *status* e, conseqüentemente, de sua dignidade. Só tem o *status* que lhe é atribuído pelo universo hospitalar, ou seja, um *status* negativo, o de um homem que, por não poder retornar a normalidade funcional encontra-se literalmente depositado. Na sociedade industrial não há lugar para os agonizantes: são indivíduos que não produzem, não consomem, não acumulam, não respondem aos seus apelos, não competem não se incomodam com o progresso, com o tempo nem como o dinheiro[3]. (MARANHÃO, 1998, p. 15)

Este processo de dessacralização da morte é, por fim, sentida no corpo, que "deixando de ser algo sagrado e, portanto, intocável torna-se objeto de pesquisa e estudo; o ideal da morte natural vai ao encontro dos interesses da sociedade mercantil capitalista {...}". (PESSINI, 2004, p.46).

Neste contexto a discussão sobre a eutanásia (re)nasce como uma proposta de reflexão acerca da possibilidade que o homem tem de se (re)apropriar da morte e questionar os limites da atuação médica e do próprio Estado, que, de alguma forma, interfere na vontade e na autonomia do paciente. Portanto, se questiona: seria o testamento vital um instrumento em favor dessa busca? De que modo?

6. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE EUTANÁSIA

A prática da Eutanásia se fez presente durante todo o decorrer da História, ainda que em algumas situações possamos nos deparar com formas e finalidades diversas. Ao longo da

[3]Em estudos sobre pacientes em estados terminais ou gravemente doentes Kubler-ross constatou que normalmente quando o paciente chega gravemente enfermo é tratado como alguém sem direito a opinar, ignorando por completo os seus sentimentos, desejos e acima de tudo o direito de ser ouvido, ele praticamente deixa de ser uma pessoa, transformando-se num objeto de grande preocupação e grande investimento financeiro. (KUBLER-ROSS, Elisabeth. Sobre a morte e o morrer: o que os doentes terminais tem para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. Tradução: Paulo Menezes. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 12/13).

evolução dos tempos constatam-se inúmeros exemplos de mortes libertadoras e eliminadoras. (ASÚA, 1929, p. 180)

Desde os povos indianos[4] que entre os séculos II a.C e II d.C praticavam a morte de crianças de má índole, passando pelos Gregos[5] (ALMEIDA, 2000, p. 149) que eliminavam crianças nascidas doentes como forma de evitar seu sofrimento e a sobrecarga dos custos sociais; pelos Celtas[6] (ASÚA, 1929, p. 444) que praticavam a morte de crianças monstruosas; pela Idade Média[7] (HRYNIEWICZ e SAUWEN, 2000, p. 126) que a eutanásia era a forma de evitar o sofrimento dos soldados de guerra, até a eugenia praticada na Alemanha pré-nazista; a eutanásia sempre se fez presente. (ASÚA, 1929, p. 193)

Entre os filósofos gregos, Platão e Aristóteles admitiam-se a prática da eutanásia ou o abandono à própria sorte dos recém-nascidos portadores de anomalias ou deformidades. Em Esparta, tais crianças eram atiradas às rochas. Na República, de Platão, considerava-se que "quem não fosse capaz de viver desempenhando as funções que lhe são próprias não deveriam receber cuidados, por ser uma pessoa inútil para si mesma como para a sociedade". (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2000, p. 288)

Sêneca manifestou-se, em uma de suas cartas, como partidário das idéias eutanásicas:

> Assim como escolho o navio no qual viajarei ou a casa na qual habitarei; assim escolherei a morte pela qual deixarei a vida... por que sofrerei as dores da doença e as crueldades da tirania, quando posso emancipar-me de todos os tormentos da vida e lançar fora as cadeias? (HRYNIEWICZ e SAUWEN, 2000, p. 128)

Dentre os filósofos que não eram favoráveis à prática da Eutanásia destacam-se Hipócrates e São Tomás de Aquino. Adverte-se que São Tomás de Aquino já chamava

[4] Narra Asua que os doentes incuráveis eram conduzidos por seus familiares à margem do rio Gandhi, quando então lhes asfixiavam as narinas e a boca com barro sendo posteriormente arremessados ao rio sagrado.
[5] Também se admitia a morte de crianças para que seus espíritos pudessem voltar em corpos sãos.
[6] Entre os povos celtas a morte dava-se às crianças consideradas monstruosas e aos anciãos "valetudinários". Durante a Idade Média a eutanásia foi praticada com a finalidade de aliviar o sofrimento dos soldados que se encontravam gravemente feridos. Nestas épocas "era comum guerreiros medievais carregarem consigo um instrumento pontiagudo – a misericórdia – para liquidar os companheiros muito feridos".
[7] Durante a Idade Média a eutanásia foi praticada com a finalidade de aliviar o sofrimento dos soldados que se encontravam gravemente feridos. Nestas épocas "era comum guerreiros medievais carregarem consigo um instrumento pontiagudo – a misericórdia – para liquidar os companheiros muito feridos". (HRYNIEWICZ, Severo e SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito "in vitro".** Da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000. p. 126).

atenção para o princípio de que todos são dignos, pois

> Em fins da Idade Média, também se rechaçou a prática da eutanásia considerando-a como um atentado ao amor próprio e ao do próximo, bem como à sociedade e à Deus, quanto à Sua decisão em relação à vida do homem. (MAISONNAVE, 2005, p. 204)

Thomas More na Utopia, em 1516, descreve o uso da eutanásia como uma conduta virtuosa, sábia, que põe fim à vida do doente que sofre. (MORE, 2004, p. 86/87)

Entretanto, é uníssono o fato de ser atribuído à Francis Bacon o uso da terminologia quando estabeleceu,

> Que o médico deve acalmar os sofrimentos e as dores não apenas quando este alívio possa trazer a cura, mas, também, quando puder servir para procurar uma morte doce e tranqüila. Aduzia o filósofo inglês que se o médico não quisesse faltar à sua missão e ao dever de humanidade deveria aprender a arte de facilitar diligentemente uma suave partida desta vida. (MAISONNAVE, 2005, p. 203/204)

Foi, portanto, com Bacon que a terminologia Eutanásia ganhou força e passa a estar relacionada com à forma pela qual o moribundo pode deixar a vida de forma mais fácil e silenciosa, sem sofrimentos. (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2000, p. 289)

A partir do século XVI a etanásia passou a designar a "ação deliberada – recomendada aos médicos - que visasse a ajudar os doentes desenganados a ter uma morte tranqüila e fácil, graças à **diminuição de seus sofrimentos**". (MARANHÃO, 1998, p. 53, grifo nosso). Nesse sentido, eutanásia é, portanto, morte piedosa e/ou libertadora.

Porém, no século XX, verifica-se uma completa inversão do conceito de Eutanásia. Este fato é notado, principalmente na Alemanha, na década de 20.

Expõe Asúa (1929, p. 193):

> Em 1920, Carlos Binding e Alfredo Hoche publicaram um folheto intitulado 'A autorização para exterminar as vidas sem valor vital' e procuraram explicação e razões jurídicas e morais que possibilitassem de forma legal matar os seres humanos desprovidos de valor vital. Binding, não encontrava, nem do ponto vista religioso, moral, jurídico e, ou, social argumentos que

> negassem a autorização para destruir esses seres humanos, arremedos de verdadeiros homens, que provocam a repulsa em todos que os vêem. Tais idéias, além de eutanásicas, eram propriamente selecionadoras, já que também se previa a prática da eutanásia para os doentes incuráveis bem como o aniquilamento dos imbecis e dementes sem cura possível. Tal postura, digna de críticas, chegou ao ápice quando Hoche declarou que 'chegaria um dia em que consideraremos a eliminação dos indivíduos de espírito morto, não como um crime, mas como um ato útil'.

Não é difícil imaginar que tais idéias, dentre outras, serviram de inspiração para a adoção da prática da eugenia pelos nazistas. (MAISONNAVE, 2005, p. 205)

A eliminação de vidas indignas de serem vividas referia-se a morte em benefício da sociedade de pessoas capazes e com vontade viver, mas que sofrem de doenças mentais incuráveis que serviu de fundamento para os nacional-socialistas durante o nazismo. (ROXIN, 2008, p.232/234)

A evolução da prática da eutanásia se resume a dois estágios bem delimitados: o primeiro, relacionado ao seu conceito teológico, de morte doce, tranqüila e natural; e o segundo, relacionado ao seu "mau" uso, em um sentido que foge por completo do significado atribuído à primeira: o de extermínio de pessoas ou grupos pelos mais variados motivos. E é desta diversidade de fins que surgem as inúmeras 'espécies' de eutanásia.

7. CONCEITO DE EUTANÁSIA

A derivação teológico-grega de Francis Bacon na qual a eutanásia designa uma boa morte já não guarda mais nenhuma relação com o conceito adotado hodiernamente. Tanto é assim que Asua (1929, p. 333), fazendo referência à conceituação do termo, adverte que o significado de boa morte mudou completamente quando se fez necessário uma construção doutrinária sobre o tema.

Originalmente, como já se salientou, a prática da Eutanásia nunca teve a pretensão de antecipar ou provocar a morte de alguém e, sim, aliviar o sofrimento de quem está desenganado, deixando que a morte siga seu curso natural. Assim sendo, num primeiro momento, a terminologia foi utilizada no sentido de facilitação do processo de morte sem que se pudesse interferir em seu curso. A prática da eutanásia visava à aplicação de meios paliativos que pudessem garantir a diminuição do sofrimento de quem padece, tais como o

acompanhamento psicológico do doente e outros meios de controle da dor. Infere-se neste mesmo conceito a possibilidade de se evitar tratamentos inúteis que apenas prolonguem a agonia do paciente. A eutanásia garantia, de fato, uma boa morte, no sentido de esta não ocorrer de forma tão dolorosa. Nunca possuiu o objetivo de causar a morte ou abreviar a vida.

Entretanto, nos dias atuais se fala de eutanásia como uma conduta que causa a morte do paciente que sofre, como uma ação que busca, de alguma forma, antecipar o processo natural da morte e, conseqüentemente, a cessação do sofrimento***: "em vez de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a***". (BORGES, 2001, p. 285, grifo nosso)

É, portanto, a morte dada a uma pessoa que sofre de uma enfermidade incurável ou muito penosa, para suprimir a agonia demasiado longa e dolorosa, e que, inspirada no sentimento de piedade ou compaixão, não visa, num primeiro momento, causar a morte do doente. (SANTOS, 1998, p. 104). Antes, a finalidade da Eutanásia era a de "tirar da morte o sofrimento e a dor"; hoje, procura-se "eliminar a dor do paciente através da eliminação do próprio portador da dor". (PESSINI, 2004, p.202).

E, a partir do século XVII, o conceito de eutanásia passa a ser o de colocar fim a vida de uma pessoa gravemente enferma e sofredora, por razões, exclusivamente, humanitárias. (PESSINI, 2004, p.202).

Para a doutrina alemã, eutanásia compreende,

> A ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração a sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana. (ROXIN, 2008, p.189).

Para Maranhão (1998, p. 53), eutanásia,

> Designa a prática que acelera ou provoca a morte do enfermo, sem perspectiva já de recuperar a saúde, a pedido do mesmo ou por iniciativa de uma terceira pessoa, objetivando por fim aos sofrimentos intoleráveis ou inúteis.

Só se poderá falar em eutanásia caso a morte seja provocada em doente portador de doença incurável, em estado terminal, que passa por fortes sofrimentos, movida, exclusivamente, por compaixão ou piedade. (BORGES, 2001, p. 286).

Fora destas hipóteses estaríamos diante de uma conduta criminosa.

> Para um comportamento se caracterizar como eutanásia, porém, é importante que a motivação e a intenção visem beneficiar o doente. Apressar o óbito desse mesmo doente terminal motivado por compaixão e com a intenção de mitigar seu sofrimento seria eutanásia. (PESSINI, 2004, p.204).

Destaca-se, ainda, que a natureza do ato deve ser reservada exclusivamente ao médico:

> Que, por compaixão, provoque precocemente e diretamente a morte a fim de eliminar a dor. Nestes casos estariam excluídas das hipóteses de parentes que, atendendo ao pedido da vítima ou não de por fim ao seu sofrimento, acaba por ceifar a vida daquela. Neste caso estaríamos diante de um homicídio misericordioso ainda que a vontade direcionada à produção do resultado seja a mesma no caso do ato praticado pelo médico. (PESSINI, 2004, p.206).

À título explicativo,

> Deve-se afastar do significado de eutanásia situações humanas próximas a ela, como por exemplo, o suicído, a eliminação de pessoas com doenças consideradas incuráveis, a supressão da vida de pessoas com avançada demência senil, interrupção direta da gravidez ou o infanticídio por razões eugênicas. (MARANHÃO, 1998, p. 54).

A confusão terminológica e conceitual faz-se com que surjam diversas espécies de eutanásia, diferindo-se, na maioria das vezes, pela finalidade da realização do ato e, em outras, pelo sujeito que a pratica. Por vezes, se constata que determinadas espécies se aproximam da distanásia, e outras, da ortotanásia ou da mistanásia. (MARANHÃO, 1998, p. 58; MAISONNAVE, 2005, p. 209; PESSINI, 2004, p. 210) [8].

[8] Distanásia "significa um prolongamento, a todo custo, da vida de um enfermo sem esperanças humanas de recuperação". Ortotanásia é o extremo oposto da distanásia, e consiste na não intervenção do processo natural da morte. É deixar que a morte ocorra de forma "correta": o*rto*, quer dizer correto, t*hanatos*, morte. Ortotanásia é a morte digna sendo difícil distingui-la da eutanásia passiva. Trata-se de uma medida de assistência ao doente que aguarda o seu fim. Mistanásia ou eutanásia social é a morte antes e fora do tempo devido.

Conclui-se que hoje a prática da Eutanásia restringe-se à ação médica de colocar fim ao sofrimento do paciente através da antecipação de sua morte. Mata-se para aplacar o sofrimento. Ocorre que, não existe uma perfeita delimitação acerca de quando este sofrimento torna-se desmedido a ponto de justificar referida prática eutanásica. A partir de que ponto poder-se-ia afirmar que é legítima a eutanásia como forma de, efetivamente, pôr fim ao sofrimento? Esta decisão cabe única e exclusivamente ao paciente e/ou a seus familiares? Até que ponto o paciente detém a autonomia de conduzir a sua vontade nesse sentido? As indagações persistem.

8. ESPÉCIES DE EUTANÁSIA

São inúmeras as espécies de eutanásia previstas na doutrina. Todas elas são classificadas em razão da finalidade a ser alcançada. Santos (1992, p. 211) elenca:

> **Eutanásia eugênica** é eliminação indolor dos doentes incuráveis, dos inválidos e velhos, no escopo de aliviar a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis; **eutanásia criminal** significa a ocisão indolor de pessoas socialmente perigosas; **eutanásia experimental**, a ocisão indolor de determinados indivíduos com o fim experimental para o progresso da ciência {...}

Num sentido mais usual, Maranhão (1998, p. 53) destaca:

> Costuma-se proceder à distinção entre eutanásia positiva e eutanásia negativa**.** Por **eutanásia positiva ou ativa** compreendem-se a ação direta que provoca a morte do paciente mediante algum recurso letal. Por eutanásia **negativa ou passiva** entende-se a decisão de omitir ou interromper os cuidados médicos (medicamentos, aparelhos) que provavelmente prolongariam a vida do enfermo.

Javier Gafo (apud PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2000, p. 293) prefere os termos deixar **"morrer em paz"** e **"eutanásia":**

> Deixar morrer em paz seriam aquelas situações em que se toma a decisão de

> não continuar mantendo a vida, suprimindo determinadas terapias ou não as aplicando a um enfermo em que não existem possibilidades de sobrevivência porque ele próprio expressou sua vontade explicitamente ou porque se pode pressupor.

Num estudo a partir da legislação alemã, Roxin (2008, p. 192) define eutanásia pura como a prática lícita do médico que procura amenizar o processo de dor do paciente sem que com esta conduta acelere ou cause, propriamente, a morte deste. Entretanto, salienta o autor alemão que qualquer ação por parte do médico nesse sentido deve vir acompanhada de autorização do paciente, sob pena de se caracterizar crime, seja em virtude de uma possível lesão corporal, quando o paciente deseja que lhe sejam aplicados tais meios e se verifica uma omissão do médico. Por eutanásia indireta entende-se a conduta do médico em aplicar meios lenitivos que podem antecipar a morte do paciente. Nestes casos, já decidiu a Câmara Federal de Médicos da Alemanha, que tal prática é "lícita, eis a justificativa: no caso de pessoas que estão a morrer, o alívio da dor pode ser tão importante, a ponto de tornar permitido aceitar uma diminuição da vida possivelmente inevitável"[9].

Já a eutanásia passiva consiste na renúncia aos meios capazes de prolongar a vida do paciente:

> Neste caso, três possibilidades surgem: a) quando a renúncia se der por vontade do paciente; b) quando for manifestamente contra a sua vontade ou c) no caso de o paciente encontrar-se em situação de não poder manifestar-se conscientemente. Se a renúncia se der por vontade do paciente esta deve ser respeitada sob qualquer pretexto. No caso de o médico suspender o tratamento através de uma conduta positiva, ativa, como por exemplo, desligar um aparelho, ainda assim estar-se-á falando de eutanásia passiva que, na essência, consiste na interrupção de meios que prolonguem a vida do paciente. Haverá, portanto, uma conduta omissiva, impunível se condizente com a vontade do paciente. No caso de haver uma interrupção de tratamentos que prolonguem a vida do paciente contra a sua vontade é nítida a ocorrência de homicídio por omissão quando o agente ao realizar a conduta

[9]O Tribunal Federal alemão a reconheceu expressamente em 1996 (BGHSt 42, 301): in:ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferencia realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin. Rio de Janeiro. Disponível na Internet: HTTP://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 29 de julho de 2011.

> ocupava a posição de garantidor. Entretanto, o médico pode recusar os desejos do paciente quando o atendimento em nada contribuiria para o aumento da vida e tampouco melhoraria a sorte do paciente. Neste caso há o limite do dever médico de tratamento. Em terceiro lugar quando da abordagem da eutanásia passiva está a situação mais controvertida em que o paciente encontra-se incapaz de manifestar sua vontade[10]. (ROXIN, 2002)

Entende-se, ainda, que no caso de a morte já ser iminente não há propriamente uma eutanásia ativa quando o médico renuncia às medidas prolongadoras da vida, como a respiração, a transfusão de sangue ou a alimentação artificial. O maior problema reside na situação em que o paciente não está morrendo, mas incapaz de declarar a sua vontade podendo viver anos mediante tratamento. Uma possível interrupção do tratamento só será permitida se corresponder a uma vontade presumida do paciente incapaz de decidir. Mas, neste caso é o juízo de tutela (alemão) através de fundamentos fáticos concretos que decidirá a respeito da presunção de vontade. (ROXIN, 2008, p. 202)

Citando Jakobs, Roxin (2008, p. 225) expõe que quando se tratar de eutanásia ativa direta, se o desejo de morrer do paciente for responsável e racional, o direito à sua autodeterminação deve ser respeitado exatamente como na eutanásia indireta ou passiva.

Sintetizando os pensamentos conclui-se: por eutanásia ativa entende-se a conduta de causar a morte de um paciente que se encontra em estado terminal com a finalidade de aplacar as suas dores ou sofrimento. É pôr fim piedosamente à vida do paciente a seu pedido. A eutanásia ativa pode ser direta ou indireta: dá-se a primeira quando a finalidade é causar a morte pelo alívio da dor, e indireta, quando a finalidade é aplacar a dor ainda que se possa causar a morte do paciente, assumindo o risco de causá-la. Imprescindível neste caso de eutanásia ativa o consentimento do paciente ou de seus parentes que acabam por autorizar a ação médica.

A morte, ainda que a pedido da vítima, como via de regra é punida, eis que há a antecipação da morte do paciente. Na eutanásia ativa indireta procura-se evitar o sofrimento com medicamentos, mas consciente de que existe o risco de antecipar a morte do paciente. E este é um dos problemas na eutanásia ativa indireta, pois se sabe que a real intenção inicial do agente é a de fazer cessar ou diminuir o sofrimento da vítima através de meios paliativos, mas

[10]ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferencia realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin. Rio de Janeiro. Disponível na Internet: HTTP://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 29 de julho de 2011.

anuindo que tais meios possam levar à antecipação da morte.

Já a eutanásia passiva consiste na omissão de tratamentos que prolongariam a vida do paciente que sofre ou é portador de uma doença incurável. Consiste, ainda, na suspensão de medicamentos que possuam o mesmo efeito, o de prolongar a vida. A eutanásia passiva, por sua vez, não causa a morte diretamente, mas permite que a mesma ocorra de forma natural, associando-se à ortotanásia. A prática da eutanásia passiva evita a distanásia e permite ao paciente "morrer em "paz". Entende-se por esta eutanásia a ajuda prestada no sentido da realização de uma ação positiva, consistente, por exemplo, no desligamento de aparelhos que prolongariam a vida do paciente, sem, efetivamente, causar a sua morte. Neste aspecto se aproxima da eutanásia ativa indireta, o que gera grande controvérsia.

CONCLUSÃO

Direito à vida ou direito sobre a vida? É a indagação que emerge das reflexões até aqui empreendidas, ainda mais quando se sabe que o direito à vida tem um caráter negativo, significando o seu respeito pelos membros da coletividade. Ao mesmo tempo, em se tratando do âmbito privado, o direito à vida é dotado da natureza da indisponibilidade.

Nessa ordem de idéias, de fato, não há negar que o direito à vida, assegurado constitucionalmente – art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, se revela no direito de não ser morto e, portanto, no direito de continuar vivo, assim como no direito de possuir uma vida digna. E, ao que parece, para os que defendem a possibilidade jurídica de existência do testamento vital no Brasil, por força da própria norma constitucional, não haveria como obrigar determinada pessoa em estado terminal de vida a se submeter a tratamentos desnecessários e custosos, tão somente para fins de seu prolongamento, violando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda e qualquer interpretação feita a partir na nova ordem constitucional.

Nesse sentido, a nosso ver, o paradoxo reside precisamente neste ponto: como compatibilizar a normativa afeta à ética médica, vale dizer, as resoluções do Conselho Federal de Medicina, com as limitações do ordenamento jurídico brasileiro que veda, por exemplo, a prática da eutanásia? De que modo seria possível não classificar a interrupção de tratamento, que mantém vivo certo paciente em estágio irreversível, como ato ilícito do profissional médico tão somente tomando como referência as disposições do Código de Ética Médica que

rege sua atuação? E nesse sentido, como levar em conta a antecipação de vontade do paciente manifestada em testamento biológico?

A partir de tais questionamentos o que se percebe é que, neste caso de interrupção da vida que não se deseja ser prolongada artificialmente, a Medicina largou na frente, sistematizando, por meio de seu Código de Ética, e de forma pormenorizada, como deve caminhar a relação médico-paciente daqui em diante. E, por este vértice, a discussão sobre a existência e validade do testamento vital deve, necessariamente, passar pelo estudo das decisões médicas na atualidade. Esse modelo, de tomada de decisões participativa, no qual são consideradas as preferências do paciente, o Direito não se poderá furtar de considerar.

Desta forma, ainda que se considere que o sujeito tornou-se centro do ordenamento jurídico, adotando-se o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental ao Estado Democrático de Direito, a precariedade ainda sentida pelo instrumento "testamento vital", relativamente à sua legitimidade jurídica, somente será extinta se, de um lado, houver algum avanço na legislação penal que ainda incrimina a prática de eutanásia e, de outro lado, se houver a edição de lei específica sobre as diretivas antecipadas de vontade, como já ocorreu em países como Uruguai e Estados Unidos. Até lá, nossas dúvidas quanto à existência de um suposto dever de viver não serão eliminadas, o que exigirá do intérprete da lei maior e mais intenso esforço.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2000.

ARIÉS, Philippe. **História da morte no ocidente**. Tradução: Priscila Viana de Siqueira. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

ASÚA, Luis Jimenez de. **Liberdade de Amar e Direito de Morrer**. Lisboa: Clássica Editora, 1929.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, analise constitucional e penal e direito comparado. In: **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios**. Org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: RT, 2001.

BUENO, Talita Mayer; HASS, Adriane. **Limitação à liberdade individual: o testamento vital**. Faculdade Assis Gurgacz. 2011. Disponível em:. <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,limitacao-a-liberdade-individual-o-testamento-vital,37383.html>. Acesso em: fevereiro 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: março de 2013.

_____. Código Civil. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Disponível em: março de 2013.

CALVO, Adriana Carrera, apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.) In: **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco; PIMENTA, Waldemar J. D. U**ma reflexão bioética do testamento vital: o que você faria se tivesse 7 dias?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1231>. Acesso em: fevereiro de 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.** Resolução n. 1.995, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: http://legisweb.com.br/legislacao/?legislacao=244750. Acesso em: março de 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Aprova o Código de Ética Médica**. Resolução n. 1.931, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: março de 2013.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: **A parte Geral do Novo Código Civil Estudos na perspectiva civil-constitucional.** TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (org.). Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral.** Rio de Janeiro: Ed. *Lumen Juris*, 9ª edição, 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro**. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0945_0978.pdf>. Acesso em: janeiro de 2013.

_____. **Testamento vital e o ordenamento brasileiro**. Disponível em http:</jus.com.br/revista/texto/15066>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

HRYNIEWICZ, Severo e SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito "in vitro".** Da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000.

KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer: o que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes**. Tradução: Paulo Menezes. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAISONNAVE, Germán Aller. Eutanasia, eugenesia y vida. In: **Criminología y derecho penal.** Org. Miguel Longon Cuñarro. Montevidéu: Del Foro, 2005.

MARANHÃO, José Luiz de Souza. **O que é morte**. 4ª ed. Coleção primeiro passos. São Paulo: Brasiliense, 1998.

MORE, Thomas. **A Utopia**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: MartinClaret, 2004 .

MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Bioética, Biodireito e Interpretação (Bio) Constitucional.** Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional de CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

NAMBA, Edison. T. **Manual de Bioética e Biodireito.** São Paulo, Atlas, 2009.

PENALVA, Luciana Dadalto. **As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/12_265.pdf>. Acesso em: março de 2013.

PEREIRA, Tania da Silva. **O direito à morte digna a validade do testamento vital**. Disponível em: <http://bioeeticaebiodireito.blogspot.com/2010/01/o-direito-morte-digna-validade-do.html>. Acesso em: fevereiro de 2013.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: São Camilo, 2004.

_____. e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 5ª ed. São Paulo: São Camilo, 2000.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida**. Lisboa: Revista do Ministério Público, Janeiro/Março 2011, p. 171-219, Disponível em: <http://rmp.smmp.pt/wp-content/uploads/2011/05/Revista_MP_N125_EstadusoReflex_5.pdf.>. Acesso em: março de 2013.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. Trad. Luis Greco. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferencia realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin. Rio de Janeiro. Disponível em: <HTTP://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 29 de julho de 2011.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **O equilíbrio do pendulo**. A bioética e a lei. São Paulo: Ícone, 1998.

_____. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Ed. RT, 2001.

SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In*:* **Diálogos sobre Direito Civil**. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (org.). Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, Bioética e Patrimônio Genético Brasileiro**. São Paulo: Pillares, 2008.

SILVEIRA, Diva Lopes da; FERREIRA, Elvino; SOUZA JUNIOR, José Carlos de. **Cenário Situacional da ética e da bioética.** In*:* Ética e bioética na formação acadêmica: problema ou solução? Org. SILVEIRA, Diva Lopes da **e** FERREIRA, Elvino. Rio de Janeiro: E-paper, 2009.

SOARES, André Marcelo e PIÑERO, Walter Esteves. **Bioética e biodireito: uma introdução.** Rio de Janeiro: Loyola, 2002.

O DIREITO DE NÃO-SABER DO PACIENTE JUSTIFICADO NO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: Informação na medida da vontade do paciente.

Le Droit de non-savoir du patient justifié au principe de la razoabilité : l'information limitée par la volonté du patient.

Lissandra Christine Botteon[1]

RESUMO

A lei 8.078/90 e as normas do código de conduta médica estipulam a obrigação do médico de informar o paciente sobre diagnóstico, prognóstico, terapias, riscos e benefícios envolvidos no tratamento. Este dever se sustenta em princípios como o da boa-fé, dignidade da pessoa humana, a valorização dos direitos fundamentais da saúde e da vida e, sobretudo no princípio da autonomia já que viabiliza ao paciente amplidão de consciência e poder de autodeterminação. Ocorre que a informação, por vezes, em razão da gravidade do conteúdo, acaba por ser extremamente penosa, gerando angústia, medo, revolta, tristeza e outros sentimentos que tendem a prejudicar o progresso terapêutico e a recuperação do paciente. Tendo em vista a razoabilidade em seus múltiplos sentidos, verifica-se ser medida razoável a do paciente que manifeste desinteresse em ser informado se assim desejar. A razoabilidade da medida de informar deve ser verificada, assim, no interesse expresso do paciente.

Palavras-chave: Paciente; Informação; Razoabilidade.

RÉSUMÉ

La loi brésilienne n° 8.078/90 qui a institué le Code des Consomateurs et aussi les normes du code de conduite éthique médicale brésilien stipule l'obligation du médecin d'informer le patient sur le diagnostic, le pronostic, le traitement, les risques et les avantages liés au traitement. Cette obligation est fondée sur plusieurs principes tels que la dignité humaine, l'appréciation humaine des droits fondamentaux de la santé et de la vie, et en particulier le principe de l'autonomie, car elle permet au patient prendre des décisions avec amplitude de conscience et pouvoir d'autodetermination. Le problém c'est que cette tipe d'information est parfois grave et ainsi la savoir peut être extrêmement douloureux,

1

Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC/MG (linha de pesquisa: Direito e Saúde). Pós-graduada em Direito Médico e da Saúde pela PUCMINAS. Advogada. Membro da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/MG.

provoquant l'anxiété, la peur, la colère, la tristesse et autres sentiments qui peuvent entraver le progrès thérapeutique et la guérison du patient. En tant que la razoabilité a des multiples significations, il semble être une bonne mesure ou mieux, une action raisonnable, celle-lá du patient qui exprime au son médicin son désintérêt d'être informé sur ses conditions de santé. L'act d'informer, ainsi, doit être vérifiée en accordance avec la volonté du patient.

Mots-clés: Patient; information; razoabilité.

I - INTRODUÇÃO

A nova hermenêutica constitucional é caracterizada pelo movimento de valorização e reconhecimento dos princípios que regem e permeiam a Constituição, consagrando o poder normativo que lhes é inerente e disseminando a aplicação dos mesmos em sobreposição a enunciados legais conflitantes.

Entre os princípios constitucionais existentes destaca-se sobremaneira, na atualidade, o Princípio da Razoabilidade. Destaca-se pela tamanha freqüência da utilização pelos operadores do direito como elemento sustentador das teorias que defendem e, entre os magistrados, pela rotineira e crescente aplicação como fundamento nas mais variadas temáticas decisórias.

O prestígio conferido ao Princípio da Razoabilidade no sistema jurídico moderno é tamanho que se tornou, de certa forma, até mesmo exacerbado. A alta incidência deste princípio como fundamentador das decisões judiciais trouxe o questionamento sobre a razoabilidade de tanta razoabilidade, tendo sido formulada, inclusive, teoria crítica a respeito desse excesso, a denominada "Teoria da Katchanga" de Luiz Alberto Warat, comentada por Lenius Streck em sua página virtual. (STRECK, 2012)

É verdade que o Princípio da Razoabilidade tem sido utilizado indiscriminadamente, de forma não cautelosa e não criteriosa. Entretanto, pensá-lo como justificador de uma conduta médica de não informação ao paciente sobre as circunstâncias de saúde que o cercam é algo que não se insere nesse quadro diga-se, "katchangático" e subversivo.

A negação ao direito de informação aqui preconizado não é aquela pautada pelo necessário sigilo médico que rege a atividade ético-profissional da classe e que, portanto, encontra respaldo coerente no exercício da conduta.

Também não se trata de uma burla ao direito constitucional a informação e nem uma violação ao direito a um serviço transparente e de boa-fé instituído pelo Código de Defesa do Consumidor. Não é esse o escopo almejado com o trabalho.

Trata-se da não informação ao paciente porque este assim o desejou, assim se manifestou. Trata-se da ausência de informação no interesse manifesto do paciente. Ou do fornecimento parcial e limitado da informação em razão da vontade do paciente que se posiciona não desejoso de saber suas condições de saúde e prognóstico.

O cerne reside, pois, no respeito absoluto ao Princípio da Autonomia através da qual o paciente exerce verdadeiramente sua capacidade de autodeterminação e de autodestinação, decidindo de fato o que lhe é melhor segundo a sua individualidade e como ser sensível único.

Não se trata de negar ao paciente o direito a informação, mesmo porque este é um direito constitucional insculpido no artigo 5º, inciso XIV e que não pode ser transgredido ao bel prazer dos profissionais de saúde.

Ao médico continua havendo a obrigação de informar por expressa disposição constitucional e também como oriunda de normativas infraconstitucionais. Ocorre que tal obrigação deve se limitar à informação da existência do direito de ser informado. As condutas médicas posteriores devem ser decididas após o paciente responder a tal questão, entre elas a de esclarecer enfermidades, detalhar procedimentos, propor terapias e enumerar vantagens e riscos.

Em respeito ao princípio da autonomia e mesmo sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, cabe ao paciente o direito de decidir se deseja ser informado já que informações dessa natureza podem favorecer ou prejudicar imensamente o seu estado mental-emocional.

Inúmeros pesquisadores e cientistas já atestam como a mente é impressionável e sugestionável. E assim, ainda que exista o dever de informação para o médico, é razoável que pacientes que tenham dificuldades em receber diagnósticos e outras delicadas informações, sejam questionados acerca do interesse em recebê-las. Neste raciocínio, facilmente se constata

que o médico que deixa de informar um paciente sobre seu estado de saúde a pedido do mesmo não pode ser responsabilizado penal ou civilmente. E isto porquanto se aplica o princípio da razoabilidade da medida, o que será desenvolvido neste trabalho.

II – DESENVOLVIMENTO

2. PRINCIPIOLOGIA, RAZOABILIDADE E RELAÇÃO LÓGICA COM O DEVER DE INFORMAÇÃO AO PACIENTE.

2.1 A CONQUISTA DA PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO

A força normativa dos princípios no ordenamento jurídico vigente é conquista inconteste. E conquista representa ganho, avanço. Os princípios ganharam força constitucional e conseqüentemente status jurídico que se sobrepõem às regras positivadas se estas não traduzem a realidade principiológica.

O conceito fechado do positivismo baseado em uma aplicação inflexível da letra fria da lei a um caso concreto sem quaisquer discussões em conjunto com os princípios é uma dinâmica já ultrapassada. A percepção da multiplicidade de fatores que envolvem uma situação a ser resolvida pelo Direito não permite um simples enquadramento de uma moldura-lei a uma tela fato-real.

Após um longo percurso histórico de entendimento puramente jusnaturalista dos princípios no qual estes apenas tinham cunho valorativo político e social, sobretudo ético, perpassando pelo período positivista puro da aplicação inflexível da lei à situação conflituosa apresentada e onde os princípios tinham apenas função supletiva daquela norma, vive o Direito contemporâneo o pós-positivismo onde passam os princípios a terem força normativa plena. (BONAVIDES, 2003, p.259-266)

A interpretação normativa na atualidade não encontra modos de se desvincular dos princípios constitucionais e consiste no ponto de partida de qualquer intérprete porquanto representa a ideologia do ordenamento jurídico vigente, conforme assinala Barroso (2003, p. 151):

> O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

O reconhecimento da normatividade principiológica se faz mais consoante com o papel do Direito como instrumentalizador de justiça e viabilizador e garantidor da felicidade. E isto pois a maleabilidade do comportamento e sentimentos humanos como seres em constante aprendizado e novas experimentações na vida e, portanto, sujeitos a uma contínua modificação do agir e pensar, fazem de suas condutas únicas, com motivações ímpares e esta individualidade se reflete na forma como conduzem suas relações sociais. Assim, as relações humanas e dentre elas, as relações jurídicas, não podem comportar rigidez de análise e decisão, sob pena de o julgamento sobre elas ser profundamente injusto.

A relação médico paciente, como relação humana, não foge ao raciocínio. E se por um lado existe toda uma boa intenção do médico em cumprir o dever legal de informar ao paciente, por outro existe o próprio paciente que reagirá de forma específica àquela notícia, não podendo, pois, haver um cumprimento cego da lei em detrimento da principiologia.

2.2 PILARES DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

A razoabilidade da conduta de informação ao paciente sobre sua saúde é assertiva que, em um primeiro momento, parece de uma nitidez translúcida e de uma lógica matemática que se justifica até mesmo ante o fundamento basilar do Estado Democrático de Direito consistente na dignidade humana. Mas o mesmo princípio que traz respaldo ao direito de ser informado é o que também traz em si o fundamento para o direito do paciente em não ser informado.

O aparente paradoxo se desmistificará a medida do avanço do texto e por ora é necessário se ater a revelação dos pilares e razões de ser do Princípio da Razoabilidade para que se possa demonstrar como este princípio sustenta o direito a não informação mais a frente.

Barroso (2003, p.226) biparte a razoabilidade, se referindo, primeiramente, a uma 'razoabilidade interna' para dizer da necessidade de coerência e aproximação de essências entre o ato real praticado e aquele preconizado pelo legislador: "É a chamada razoabilidade *interna*, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida."

Quanto à 'razoabilidade externa', incita também a observá-la, explicando-a logo em seguida : "De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional."

Enquanto a razoabilidade interna se refere a uma análise de adequação da medida real praticada frente ao que dispõe o texto legislativo vigente, a razoabilidade externa implica a adequação do texto da lei às disposições e aos princípios constitucionais. De qualquer forma, a construção de ambas é erigida sob os pilares de conformação dos meios aos fins perseguidos pela norma.

Dentro dessa classificação, a não informação ao paciente que manifesta sua desaprovação em saber sobre sua saúde seria objeto de estudo de uma razoabilidade interna já que o intuito é confrontar a conduta médica propositalmente omissiva com a obrigação imposta pela lei ao profissional da saúde.

Adolfo Nishiyama (2011, p.230) já destaca a razoabilidade como tudo aquilo que se harmoniza com o Direito e que garante os direitos fundamentais:

> Apesar da divergência doutrinária em relação ao surgimento do devido processo legal no sentido substantivo, o fato é que esse princípio se tornou importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais do indivíduo contra o arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. Qualquer lei que não seja *razoável* será contrária ao Direito e, portanto, deverá ser controlada pelo Poder Judiciário.

O direito à saúde (e neste incluso a incolumidade psíquica do ser) é direito fundamental assegurado pela Constituição brasileira em seu artigo 6º[2]. E se tal valor

[2] BRASIL. Constituição da República de 1988. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

constitucionalmente garantido vem a ser ameaçado em algumas situações pelo dever de informação exigido infraconstitucionalmente ao médico, vem o princípio da razoabilidade socorrer os envolvidos e harmonizar os interesses.

José Adércio Leite Sampaio (2003, p.48) por sua vez situa a razoabilidade ao lado da racionalidade, entendendo que tudo o que se tem por razoável contém necessariamente o elemento racional, lógico, estruturado formal e cientificamente. E ainda que admita a polissemia da racionalidade, assevera que a razoabilidade não pode caminhar em descompasso com a razão.

Levando em consideração essa perspectiva racional da razoabilidade, se diria de pronto (como o fez o legislador) que o ato médico de informar o paciente sobre seu estado de saúde é algo que está de acordo com a razão (e porque não dizer com uma humana consideração) para que a relação seja transparente e o serviço pautado na boa fé, merecendo positivação. Mas em que pese esse instintivo julgamento apresentar coerência, deve ser a impulsividade do raciocínio relativizada em casos específicos. E nestes casos que se detalhará mais a frente, a racionalidade da medida da não informação ao paciente está também presente.

Forte designação à razoabilidade é também a que se refere à prática de um ato isento de arbitrariedades. Todo ato desarrazoado seria um ato arbitrário, que extrapola os limites do bom senso e que distorce a finalidade almejada pela norma, raciocínio sintetizado por Daniel André Fernandes (2003, p.43) da seguinte forma: "Pode-se dizer, desta forma, que a razoabilidade é o limite da legitimidade da discriminação, ou seja, passado esse limite, há arbitrariedade."

A arbitrariedade do irrazoável também é encontrada em Bonavides (2003, p.393) que denomina o princípio, por sua vez, de princípio da proporcionalidade e assim cita Pierre Müller:

> (...) entende Muller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta. (grifo nosso)

E por fim Sampaio (2003, p.60) neste sentido: "Ora, o conceito de razoabilidade, como vemos, remete mesmo a uma idéia central de não-arbitrariedade (...)"

Entre tantos esforços doutrinários em se delimitar o que é ilimitado (haja vista que a razoabilidade não é e nunca será um conceito pronto, objetivo, fechado e diversificado em tempo e espaço) há ao menos consenso no que se refere ao desdobramento do princípio.

O desdobramento tem origem doutrinária alemã (FERNANDES, 2003, p.43) e divide o princípio da razoabilidade em subprincípios. Como estes são elementos de identificação do princípio geral, basta a constatação de um deles para que a razoabilidade se faça caracterizada.

Os elementos ou subprincípios harmoniosamente aceitos pela doutrina (BONAVIDES, 2003, p.396-398; BARROSO, 2003 p.244; FERNANDES, 2003, p.43-45; SAMPAIO, 2003, p.62) se repartem em: Princípio da adequação ou idoneidade (ou instrumentalidade); Princípio da necessidade ou exigibilidade; e Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito.

A razoabilidade estaria configurada assim, em um primeiro momento, desde que se revele adequação entre meios e fins, desde que a conduta praticada se mostre legítima e moderada uma vez comparada com o objetivo almejado e a finalidade de criação da norma. (BONAVIDES, 2003, p.397).

Ao lado da representatividade do razoável como aquilo que é adequado se tem o segundo subprincípio que capta o razoável como o que é real e efetivamente necessário. Ou seja, só se admite uma medida se ela é de fato essencialmente exigível para atingir a finalidade. É o que esclarece Fernandes (2003, p.43-44):

> Por meio desse princípio, observa-se que *a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja*. Em outras palavras, é verificar se a medida restritiva de direito é realmente necessária à preservação de outro direito fundamental. É a aplicação jurídica do ditado *dos males o menor.*

Como último subprincípio da razoabilidade se verifica a Proporcionalidade em sentido estrito que procura sopesar, balancear, equilibrar as medidas frente aos seus riscos e benefícios, assim explanado por Valeschka e Silva Braga (2009, p.74):

> "Proporcionalidade em sentido estrito – juízo crítico pelo qual o intérprete, diante das circunstâncias jurídicas envolvidas no caso, avalia o equilíbrio global entre os custos e os benefícios das medidas e restrições impostas.

Seja qual for o sentido de razoabilidade adotado é inexorável que todos eles buscam se afinizar com o ideal de justiça. A razoabilidade busca concretizar, independente do critério de definição adotado, realizar com a maior perfeição possível o valor da justiça. Se a medida é justa, ela é razoável. Um ato reconhecidamente justo dificilmente terá sua prática questionada e será considerado desvestido de razoabilidade.

Sobre a noção de justiça atrelada à razoabilidade, Braga (2009, p.170) cita Luis Silva: "*a razoabilidade traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça. Daí porque a doutrina alemã, em especial, atribui significado autônomo ao dever de razoabilidade."*

E Sampaio (2003, p.48), por fim, encerra destacando a finalidade da justiça:

> Mas qual o sentido de razoabilidade? Veremos que há vários, mas todos parecem gravitar em torno de um sentido geral de justiça, como tivéssemos retornado às tradições ou como se a Grã-Bretanha fosse uma tentação que sempre esteve no imaginário francês e americano, desde Montesquieu e os Federalistas. (grifo nosso)

2.3 INFORMAÇÃO AO PACIENTE COMO MEDIDA DE RAZOABILIDADE

Não é necessário muitos esforços para se compreender que em um ordenamento jurídico pautado na boa-fé deve existir a maior transparência e honestidade possíveis aplicadas às relações jurídicas.

A informação clara e adequada sobre quaisquer serviços e produtos àquele que deles irá usufruir ou consumir traduz honestidade, estreita laços entre os envolvidos e edifica a coluna mestra das relações: a confiança.

A relação médico-paciente é relação jurídica onde a presença da confiança assume imensa relevância porquanto lida com a esfera íntima, física e psicológica, do paciente.

Não somente a intimidade do paciente resta exposta. Está ali apresentada ao médico dados de sua personalidade, sua vida pessoal e social como um todo. São informações personalíssimas e que muitas vezes o paciente não pretende compartilhar nem mesmo com seus familiares. O médico tem consigo dados estritamente particulares daquele que cuida. E inúmeras vezes, mais que isso, tem em suas mãos a vida do paciente.

Pela natureza dos principais bens jurídicos com os quais trabalha, quais sejam, a saúde e a vida, a necessidade de transparência e transmissão de confiança se tornam imperativos de conduta.

O princípio da razoabilidade é instrumento garantidor dos direitos fundamentais. É razoável, portanto, que todo ato que tenha impacto na saúde, na vida e na dignidade da pessoa seja levado ao conhecimento dela própria. A vida pertence a cada ser e que, em sendo racional, tem o direito de exercer o arbítrio sobre si mesmo e decidir como quer realizar esse viver.

Desse modo, a medida de informação ao paciente é conduta que o permite compreender a si mesmo, a refletir sobre si e seu modo de viver; permite-lhe ponderar valores, fazer escolhas conscientes; a informação lhe amplia a consciência e alarga o entendimento sobre a dimensão da vida e seus propósitos no mundo.

A informação consagra os princípios da dignidade, da boa-fé e, principalmente o da autonomia. E diversos são os órgãos e instituições que a exaltam e apontam a conduta de não-informação como um golpe aos direitos fundamentais como revela Genival Veloso de França (2010, p.129):

> Muitos até acreditam que a não revelação do que necessariamente devem saber constitui-se num golpe aos seus direitos fundamentais (ver Declaração de Lisboa, aprovada pela 34ª. Assembléia Geral da AMM, Portugal, em setembro de 1981, sobre "Os direitos do paciente").
>
> Assim, alguns documentos nesse sentido, como a Carta dos Direitos do Paciente, o Projeto de Libertação dos Doentes Mentais e a Declaração dos Direitos das Pessoas Mentalmente Deficientes, defendidos pelo Comitê Médico dos Direitos Humanos, Serviço Legal de Assistência aos Pacientes e Assembléia Geral das Nações Unidas, respectivamente, defendem a informação minuciosa sobre os problemas do paciente, detalhes completos para facilitar certas tomadas de posição e informações circunstanciadas à família dos casos mais dramáticos, quando os pacientes não souberem ou não puderem falar por si.

O direito à informação decorre do necessário respeito ao princípio constitucional da dignidade, fundamento do Estado Democrático de Direito e que por isso é identificado como verdadeiro direito fundamental assegurado ao paciente. É exatamente o que traz a doutrina francesa (LAUDE, MATHIEU, TABUTEAU, 2007, p.331-332) cujo ordenamento jurídico também se sustenta na proteção à dignidade humana:

> *Le principe d'une information em matière médicale est prévu par de nombreux textes, qu'il s'agisse initialement du code de déontologie médicale ou aujourd'hui du code de la santé publique. L'importance de ce principe a d'ailleurs été consacrée, comme en témoigne um arrêt de La Cour de cassation du 9 octobre 2001 qui rattache le devoir d'information du médecin à <<l'exigence du respect du príncipe constitucionnel de sauvegarde de La dignité de La personne humaine>>. Ainsi, La portée de l'obligation d'informtaion est renforcée, puisqu'elle s'impose comme um droit fondamental du patient et um devoir essentiel du médecin, dont le non-respect est de nature à engager as responsabilité. (grifo nosso)*

Possibilitar ao paciente que este possa participar da tomada de decisões sobre sua saúde é de fato garantir a ele dignidade, assegurar que possa ter a liberdade de se autodeterminar e, portanto, é uma medida de razoabilidade.

3 O DIREITO DE INFORMAÇÃO AO PACIENTE COMO DEVER NORMATIZADO.

Ao lado dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro da boa-fé, autonomia e dignidade humana sustentando o direito de informação ao paciente, está este também calcado em base legal e infra-legal.

A relação médico-paciente é regida pelas normas de Direito do Consumidor haja vista os conceitos das partes envolvidas se enquadrarem nos conceitos de consumidor e fornecedor (DANTAS; COLTRI, 2010, p.32) respectivamente, conquanto o próprio Código de Ética Médica tenha cláusula expressa no sentido contrário[3]. Como este diploma consiste em uma resolução, e considerando os métodos de interpretação jurídica das normas (hermenêutica) que impõem a superioridade formal da lei em detrimento de normas infra-

3

O Código de Ética Médica foi instituído pela Resolução 1.931 de 17 de setembro de 2009 e seu artigo XX, incluso dentro dos princípios fundamentais reza que: "*A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo".*

legais, acaba a estipulação contida no Código de Ética Médica por ser eliminada frente à lei 8.078/90 que institui o Código de Defesa do Consumidor.

A lei 8.078/90 estabelece a informação como direito básico do consumidor no inciso III do artigo 6º, assim dispondo:

> Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
>
> III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

O direito do paciente em ser esclarecido sobre as circunstâncias de saúde que o envolvem deriva, pois, do dispositivo transcrito. E o Código de Ética Médica (CEM) vem complementar o dever médico de informação, dispondo no artigo 34 que é vedado ao médico:

> Art. 34 – Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

A regra, como se percebe, é a da informação. E o CEM ainda faz menção a relevância do cuidado de fornecimento de informação pelo profissional em outros dispositivos:

> É vedado ao médico:
>
> Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.
>
> Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

E indiretamente ressalta a necessidade da prática da informação quando estabelece vedação de impossibilitar ou dificultar a autonomia do paciente em decidir sobre a atenção sobre sua saúde:

> 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. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Afora todo o arcabouço normativo que obriga o médico a exercer o dever de informar (exceto casos específicos elencados nas normas), mister dizer ainda da própria Constituição brasileira a resguardar o direito de informação, fazendo-o no inciso XIV do artigo 5º:

> XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Como se vê o ordenamento jurídico vigente preza pelo direito do paciente de ser informado, fazendo desta máxima uma regra geral a ser seguida pelos médicos e profissionais de saúde, ressalvando apenas hipóteses específicas que enumera e consistindo, assim, em um imperativo normativo e não apenas ético.

4 IMPACTOS NEGATIVOS DO ATO DE INFORMAR O PACIENTE.

Ao lado das ressalvas já feitas pela lei e dispositivos de ética médica que outorgam ao médico a não informação, mister se faz lembrar os impactos dessa veiculação sobre a saúde daquele que a receberá.

A norma já se ocupou em excepcionar situações em que o tempo necessário para informar seja tão exíguo que exponha o paciente a risco de morte e danos graves como mencionado no tópico anterior. Nestes casos não há que se falar em dever do médico em proceder a uma prévia informação para que só assim pratique o ato terapêutico. Ainda assim, já de se ressaltar que subsiste para o profissional o dever de informação dos detalhes e circunstância da prática efetuada de urgência tão logo ocorra a estabilização da saúde do paciente.

O impacto a ser analisado aqui consiste naquele de natureza psicológica, emocional, estritamente particular, pessoal. Consiste no modo individual como cada pessoa (paciente) recebe e, principalmente, reage às informações sobre sua saúde. E a cada reação psíquica corresponde uma conseqüência somática que pode favorecer ou prejudicar um tratamento.

É notório que se de um lado pessoas desejam informações minuciosas sobre sua saúde e com isto lidam muito bem, de outro existem inúmeras outras que não se sentem fortes o bastante para receber certos diagnósticos e explicações sobre evoluções e propostas terapêuticas. É o ser humano: único em seus sentimentos e vivência, devendo, assim, ser respeitado.

Os sentidos humanos despertam reações e assim como um apresentável e apetitoso doce exposto em uma vitrine desperta o desejo de saboreá-lo, ou uma música clássica tende a despertar a calma e o relaxamento, também uma informação dura revelada por um médico pode causar pânico e desespero a um paciente.

Ao mesmo tempo hoje já se sabe da influência da qualidade das emoções e sentimentos no próprio corpo, se falando cada vez menos em uma medicina das partes e sim em uma medicina do todo, ou seja, holística do ser humano. Está aí como exemplo a medicina psicossomática e a psiquiatria a confirmar.

Com isto se verifica que a informação dada a um paciente que não tenha estrutura emocional para recebê-la (e isto é perfeitamente humano e compreensível) pode despertar nesse paciente reações de revolta, fuga, auto-extermínio, perda de motivação de viver, medo, inquietação e tantas outras.

Essas reações por sua vez tendem a trazer malefícios à recuperação do paciente que a partir da entrega desequilibrada a uma visualização de um destino e prognósticos negativos de si mesmo, acaba por ter sua vitalidade, coragem e esperança esvaídas, o que acarretam repercussões somáticas inclinadas à deterioração da saúde. É o efeito das emoções despertadas pelo cérebro ante o contato dos sentidos físicos com um tipo de informação que, nesse caso, corresponde a informação médica que agradará ou não o noticiado.

Em 1878 o neurologista françês Paul Broca já observava as relações entre cérebro e emoções e sentimentos, sendo citado no artigo científico "O sistema límbico: o centro das emoções" publicado em endereço eletrônico (AMARAL; OLIVEIRA, 2012):

> Em 1878, o neurologista francês Paul Broca observou que, na superfície medial do cérebro dos mamíferos, logo abaixo do cortex, existe uma região constituída por núcleos de células cinzentas (neurônios), a qual ele deu o nome de lobo límbico (...) É ele que comanda certos comportamentos necessários à sobrevivência de todos os mamíferos. Que também cria e modula funções mais específicas, as quais permitem ao animal distinguir entre o que lhe agrada ou desagrada. Aquí se desenvolvem funções afetivas, como a que induz as fêmeas a cuidarem atentamente de suas crias, ou a que promove a tendência desses animais a desenvolverem comportamentos lúdicos (gostar de brincar). Emoções e sentimentos, como ira, pavor, paixão, amor, ódio, alegria e tristeza, são criações mamíferas, originadas no sistema

> límbico. Este sistema é também responsável por alguns aspectos da identidade pessoal e por importantes funções ligadas à memória.

O médico psiquiatra Geraldo Ballone, de Campinas, afirma o vínculo entre emoções e consequências físicas (BUCHALLA, 2012, página do site da Revista Veja online): "Na verdade, não existe um só sentimento que não tenha uma repercussão física. O que varia é a intensidade da emoção e a vulnerabilidade do corpo."

A reportagem traz ainda como a medicina molecular tem contribuído para a constatação da integração corpo e mente ou sentimento e reação físico-orgânica:

> Com o auxílio da medicina molecular e exames de imagem de altíssima precisão, está-se conseguindo mapear em detalhes os canais de comunicação entre o cérebro e os sistemas imunológico e endócrino. A interação entre corpo e mente se dá por meio de uma intrincada rede de hormônios, proteínas e neurotransmissores que não cessam de interagir.

Em comentário a uma matéria noticiada pela reconhecida Revista Isto É que também atesta as mudanças na química cerebral provocada pelos sentimentos consistindo em uma resposta emocional a algo que ameaça o bem-estar, comenta o neurologista Fernando Gomes Pinto, do Hospital das Clínicas de São Paulo acerca dessas alterações: "Isso faz com que o corpo fique em estado de alerta máximo, com péssimo resultado para a saúde". (PEREIRA; TARANTINO; OLIVEIRA, 2012, página da Revista Isto É online)

A verdade, como se percebe, é que a ciência e a medicina já vem corroborando como o emocional interfere e influi sobremaneira na vida das pessoas, trazendo-lhes conseqüências benéficas ou prejudiciais conforme o sentimento despertado com o teor da notícia ou imagem.

E em sendo inconteste que existem inúmeros pacientes que não se sentem firmes emocionalmente para receber certas informações de saúde, bem como considerando que essas informações acarretarão sentimentos de angústia, medo e frustração e que sentimentos de tal nível vibracional são prejudiciais para a saúde, passa-se ao questionamento dos efeitos da obrigatoriedade de informação e se este realmente deve ser inexorável.

5 RAZOABILIDADE DO ATO DE NÃO INFORMAR AO PACIENTE

Muito se fala no direito do paciente em ser informado e como a informação propicia o exercício digno e livre de decisão sobre ele mesmo, ou seja, como a informação é

instrumento valioso do princípio da autonomia, assim corroborando Dantas e Coltri (2010, p.150):

> Há um consenso, atualmente, sobre o direito do paciente de receber informações sobre sua condição de saúde, seus possíveis tratamentos, as conseqüências e as alternativas possíveis, de modo a lhe permitir participar da tomada de decisões.

Esquece-se, entretanto, que a autonomia não é somente propiciada com a conduta de informar. A autonomia e a dignidade também são exercidas quando o paciente (conhecedor de si mesmo e do modo como receberá impactos negativos da notícia sobre sua saúde) resolve negar conhecimento da informação que lhe diz respeito.

E a atitude do paciente que manifesta seu interesse em não ser informado é conduta que está em plena consonância com o princípio da razoabilidade quando comparamos a medida com os fundamentos e sentidos do princípio.

Longe de esgotar a comparação com os inúmeros sentidos trazidos pela doutrina para explicar o princípio da razoabilidade, verifica-se que trazendo alguns deles já será suficiente para demonstrar como a conduta de não informação é dotada de ampla razoabilidade. Utilizando-se dos subprincípios da razoabilidade antes já enumerados, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, já há material para a argumentação.

Considerando que é entendido como razoável todo ato que se mostre adequado, e que a doutrina explica que adequação é a relação de coerência entre meio utilizado e finalidade buscada (BONAVIDES, 2003, p.397), aplica-se perfeitamente o raciocínio à medida de não informação ao paciente.

Ora, se a finalidade imediata da informação preconizada em lei e resoluções é dar ao paciente a possibilidade deste decidir sobre as terapias, medicações, exames e tipo de vida que deseja realizar e, por finalidade mediata a efetivação da autonomia e da dignidade humana, verifica-se que o não informar a um paciente que assim manifeste sua vontade é exatamente realizar o princípio da autonomia e da dignidade humana. Assim, a não informação atinge o escopo último da medida realizando a autodeterminação, o respeito e a dignidade do paciente que não deseja ser esclarecido.

Sob outra perspectiva de adequação, pode-se dizer também que se o objetivo do ato de cuidado médico é curar, aliviar, trazer a melhora e que a conduta de informação ao paciente pode trazer reações negativas com impactos para a saúde daquele, isto acaba por

demonstrar a inadequação e impertinência da conduta de informar nesses casos. A finalidade da busca pela melhora não será alcançada com a notícia.

No que se refere à razoabilidade como tudo o que é necessário, Bonavides assim a delimita: (2003, p.397) "Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária".

Se o objetivo de não informar um paciente (dentro do interesse manifesto deste, é claro) é mantê-lo calmo e mais equilibrado, o que reflete com profundidade na recuperação do mesmo como já explicado, é nítido que a medida observará os limites do fim legítimo, sendo conduta necessária aplicada ao caso específico, ou seja, à particularidade das reações individuais daquele paciente.

A razoabilidade como proporcionalidade em sentido estrito também está presente uma vez que sopesando os riscos e benefícios para a saúde de um paciente que não deseja ser informado e que, portanto, declara implicitamente a sua tendência a reações prejudiciais à recuperação, deixa claro que os riscos da informação acabam por ter mais peso nessa balança.

Há ainda consonância com a razoabilidade quando esta é tida no sentido de justiça e de racionalidade pois é justo que se respeite o desejo do paciente que é o melhor conhecedor de si mesmo, bem como é racional não informar uma pessoa que expressamente declara sua fraqueza diante de uma informação que não seja positiva.

Como se percebe, a expressa vontade do paciente em não receber a informação se harmoniza com os pilares de construção do princípio da razoabilidade, seja qual o sentido adotado.

6 A RAZOABILIDADE DA CONDUTA DE QUESTIONAMENTO AO PACIENTE SOBRE O DESEJO DE SER INFORMADO.

A lei 8.078/90 em seu artigo 6º, inciso III, bem como os artigos 13,22,31 e 34 do Código de Ética Médica (já transcritos alhures) são explícitos em impor ao médico a obrigação de informar. A obrigação é formalmente relativizada quando a comunicação direta possa provocar dano ao paciente (artigo 34 do CEM) ou quando o paciente estiver na iminência de risco de morte (artigo 22 do CEM) e são situações de notória compreensão ainda que estejam sujeita à subjetividade do entendimento médico caso a caso.

Mas a principal relativização e que não está descrita na lei consiste, conforme análise dos impactos negativos da informação ao paciente em sua saúde, naquela da ausência da conduta de informar pautada justamente no exclusivo interesse do paciente.

O interesse do paciente é, entretanto, observado na legislação francesa cujo artigo 35[4] do Código de Deontologia Médica françês estabelece que no interesse do paciente e por razões legítimas que este aprecie em sua consciência, um paciente pode ser mantido em ignorância sobre um diagnóstico ou um prognóstico grave.

O sistema françês abre, assim, uma porta a autonomia do paciente, o que espelha a completa razoabilidade da medida. Há, pois, uma derrogação ao direito de informação, não precisando o paciente, inclusive, declinar os motivos que o levaram a não querer recebê-las (LAUDE, MATHIEU, TABUTEAU, 2007, p. 328):

> Une autre dérogation au droit à l'information resulte de la vonlonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, quelle qu'en soit la gravité. Seul le patient dispose de ce droit de ne pas être informé, sans que soient toutefois precisées les modalités de ce refus d'information.

Como a legislação brasileira ainda não comporta a relativização do direito a informação como já faz a doutrina estrangeira, é o princípio da razoabilidade o instrumento eficaz que vem respaldar a conduta médica de não informação ante expressa vontade do paciente, eximindo o profissional de qualquer responsabilidade.

Afinal, a normatividade dos princípios se faz presente e deve ser utilizada em socorro da valoração dos direitos fundamentais como o é o da saúde e em prestígio do fundamento do Estado Democrático de Direito consistente na dignidade da pessoa humana.

A força normativa dos princípios consagrou-se no Pós-positivismo e como movimento valioso vem flexibilizar a rigidez das regras positivadas. (VIANA, 2001, p. 127)

Deste modo, o comando descrito na lei 8.078/90 de informação ao paciente/consumidor, que na prática tem se traduzido em um dever médico de informação

---

4

FRANÇA. Code de Deontologie Médicale. Art. 35 - Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension. **Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination.**

minuciosa ao paciente sobre seu estado de saúde, seria mais adequado ao Princípio da Razoabilidade o prévio questionamento do paciente se este deseja ser informado.

Não se trata de negação ao direito de ser informado mas de uma interpretação mais coerente com a razoabilidade, a autonomia, a saúde e a dignidade humana.

Ante a possibilidade de revelação de um diagnóstico ou prognósticos, independentemente de sua gravidade, é razoável que se entregue àquele que receberá e lidará com a informação que ele mesmo decida se deseja recebê-la.

Isto é a razoabilidade da conduta baseada no interesse daquele que será atingido pela informação.

III – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um ordenamento jurídico no qual se prezam os valores da liberdade, da autodeterminação, da qualidade de vida espelhada no fundamento da dignidade humana e que valoriza a saúde e que, sobretudo, pauta pela democracia, indispensável que se relativize as regras positivadas como aquelas da Lei 878/90 e as normas de conduta médica existentes.

A regra contida no Código de Defesa do Consumidor que estabelece a obrigação de informação à parte hipossuficiente da relação, neste caso, o paciente, não deve ser tomada ao pé da letra para que à própria saúde e vida do paciente não sejam prejudicadas.

Os prejuízos de uma informação negativa sobre a saúde é penosa ao paciente que, como ser individual, pode ter reações diversificadas e até mesmo perigosas porquanto ocorre grande desestabilização emocional.

A ciência tem corroborado cada vez mais como é impactante a notícia negativa na mente do paciente e atestado as conseqüências destes sentimentos em seu mundo orgânico, sendo notório o desenvolvimento cada vez mais da medicina psicossomática em todo o mundo.

Com esses dados em mãos, mister perceber a razoabilidade da conduta de respeitar o direito de não-saber do paciente quando este assim o desejar e expressar para que não se

configure abusos. Questionar o paciente de este tem o interesse em ser informado para depois esclarecê-lo conforme desejar é medida de razoabilidade a ser acolhida pelo mundo jurídico e medida de consideração e respeito a todo ser humano.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Júlio Rocha do; OLIVEIRA, Jorge Martins de. **O sistema límbico: o centro das emoções.** http://www.cerebromente.org.br/n05/mente/imbic.htm. Acesso em 22 de agosto de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5.ed. São Paulo : Saraiva, 2003, p.379.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo:Editora Malheiros, 2003, p.859.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.** 2.ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 289.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. In: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum Saraiva.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167-324.

BRASIL. Constituição da República (1988). In: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum Saraiva.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.7-71.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. In: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum Saraiva.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.807-817.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.931 de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica. **Impresso do Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2011, 104p.

BUCHALLA, Anna Paula. **Revista Veja Online**. As doenças da emoção. Reportagem extraída do site: http://veja.abril.com.br/051207/p_160.shtml. Acesso em 28 de agosto de 2012.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. 529p.

FERNANDES, Daniel André. **Os princípios da Razoabilidade e da Ampla Defesa.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.133.

FRANÇA. **Code de Deontologie Médicale**. Fonte :http://www.legifrance.gouv.fr. Acesso em 02 de setembro de 2012.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica.** 6.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010. 366p.

LAUDE, Anne; MATHIEU, Bertrand; TABUTEAU, Didier. **Droit de la Santé.** 1.ed. Paris : Presses Universitaires de France, 2007. 686p.

NISHIYAMA, Adofo Mamoru. Os princípios da interpretação constitucional: a razoabilidade, a proporcionalidade e outros princípios interpretativos. **Revista Meritum.** Belo Horizonte: Universidade FUMEC – Faculdade de Ciências Humanas e da Saúde, 2011, Vol. 06, n.1, jan/jun 2011, p.209-250.

PEREIRA, Cilene; TARANTINO, Mônica e OLIVEIRA, Monique**. "**Livre-se do mau humor - O sentimento aumenta o risco para doenças cardiovasculares, reduz a imunidade e dificulta a concentração, entre outros prejuízos. Mas a ciência aponta os caminhos para combatêlo**"**. **REVISTA ISTO É Independente.** Ed. nº: 2234 de 31 de agosto de 2012. Http://www.istoe.com.br/reportagens/234273_LIVRE+SE+DO+MAU+HUMOR?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage. Acesso em 04 de setembro de 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, v.1, p. 46-101.

STRECK, Lenio Luis. « **A estória da « Katchanga Real** ». Fonte: http://www.leniostreck.com.br/site/2012/02/10/a-estoria-da-katchanga-real-por-lenio-streck. Acesso em 20/08/12.

VIANA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional.** Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2001. p.191.

O HOMEM NA IDADE DA TÉCNICA: E COMO OS AVANÇOS NO CONHECIMENTO PODEM AFETAR A NATUREZA HUMANA

Adriany Barros de Brito Ferreira

Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos

Resumo: O presente trabalho trata da questão da técnica e de como ela trouxe mecanismos que proporcionaram avanços no conhecimento. O objetivo do artigo é analisar o conceito de técnica, a partir do mito do Prometeu Acorrentado, a fim de demonstrar como os avanços no conhecimento são capazes de afetar a natureza humana. Para tanto, realizou-se uma abordagem geral acerca dos principais conceitos que envolvem o tema, como o de técnica, natureza, vida humana e questões afins. Num segundo momento, foram apresentadas as principais situações que exemplificam como a técnica, aliada ao conhecimento, pode trazer implicações na natureza humana. Por fim, demonstrou-se a necessidade de se buscar uma nova ética, pautada na responsabilidade, a fim de orientar e regular essa nova fase do conhecimento técnico-científico. A conclusão foi no sentido de demonstrar que esses avanços são inevitáveis, assim como também são inevitáveis os problemas daí advindos, o que reforça a aplicação dessa nova ética.

PALAVRAS-CHAVE: Técnica; Natureza; Conhecimento; Vida Humana; Princípio Responsabilidade; Dignidade da Pessoa Humana; Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

L'UOMO NELLA ETA DELLA TECNICA: COME GLI SVILUPPI DELLA CONOSCENZA POSSONO INFLUENZARE LA NATURA UMANA

Sintesi: Questo saggio affronta la questione della tecnica e di come lei ha portato progressi nei meccanismi che hanno fornito la conoscenza. L'obiettivo di questo articolo è quello di analizzare il concetto di tecnica, dal mito dell Promesso Incatenato, al fine de dimostrare come i progressi delle conoscenze sono suscettibili di incidere la natura umana. A questo scopo, è stato effettuato um approccio generale delle riguardo concetti chiave che circondano l'argomento, come la tecnica, natura, vita umana e questioni connesse. In secondo luogo, sono state presentate le principale situazioni che illustrano come la tecnica, unita alla conoscenza, può avere implicazioni nella natura umana. Infine, abbiamo dimostrato la necessità di guidare e regolare questa nuova fase di conoscenze tecniche e scientifiche. La conclusione è stata raggiunta per dimonstrare il fatto che questi progressi sono inevitabili, come lo sono anche gli inevitabili problemi che possono derivare da, che rafforza l'attuazione di questa nuova etica.

PAROLE-CHIAVE: Tecnica; Natura; Conoscenza; Vita Umana; Principio della Responsabilità; Dignità dela Persona Umana; Ambiente Ecologicamente Equilibrato.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A natureza diante do advento da técnica. 3. A vida humana diante da técnica. 4. Avanços tecnológicos e o princípio responsabilidade de Hans Jonas. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde que Prometeu roubou dos deuses o fogo e o deu aos mortais, que as questões advindas da técnica permeiam o nosso cotidiano.

Reza o mito (ÉSQUILO, s/ data, p. 25-73), na versão atribuída a Ésquilo, que o titã Prometeu (o previdente, aquele que prevê) era muito amigo de Júpiter e esse, ao assumir o governo supremo do universo, tinha a intenção de destruir a espécie humana, substituindo-a por outra de sua criação; ou conservá-la, mas numa condição que se aproximava a dos animais irracionais. Ao tomar consciência dessas intenções, Prometeu, que tinha uma atenção maior para com a humanidade, resolveu roubar uma faísca do fogo celeste e entregá-la aos mortais. Por meio deste fogo, ele conferiu razão à humanidade, dotando-a da faculdade de cultivar a inteligência, as artes e a ciência.

Júpiter, ao saber desse "crime", ordenou que Prometeu fosse acorrentado a um rochedo numa região distante, devendo ali permanecer durante séculos, salvo se lhe fossem revelados os terríveis segredos que poderiam evitar a sua ruína. Mas Prometeu, já sabendo o que ocorreria, e sendo dotado da imortalidade, não revelou esses segredos e aguentou todos os castigos que lhe foram impostos (ficando acorrentado ao rochedo, sofrendo todas as consequências da exposição constante ao sol, ao frio, chuva e etc.; e, como forma de aumentar seu sofrimento, Zeus ordenou que uma águia lhe devorasse o fígado diariamente, que sempre se regenerava e era novamente devorado).

Ao entregar o fogo ao homem, Prometeu acaba por lhe atribuir também a técnica. Essa atribuição se dá por meio da sua capacidade de antever, de prever, de antecipar os acontecimentos; desse modo, a técnica, unida à razão, alimenta a esperança do homem no domínio do seu destino e da vida.

Ultrapassando a visão do mito, pode-se dizer que a técnica, aliada ao conhecimento, foi capaz de proporcionar ao homem os mecanismos necessários para realizar os avanços que tornaram possíveis a afirmação da humanidade. No início, esses avanços eram vistos no plano da própria sobrevivência diária, de como o homem faria para se alimentar, se aquecer e construir uma vida em sociedade; com o passar do tempo e com o modificar das preocupações, questões antes inimagináveis começaram a fazer parte do querer humano, o que acabou por inaugurar uma nova fase, que retira do homem a crença nos deuses, modificando a maneira como ele se coloca diante do mundo.

Com a idade da técnica o homem deixa de depender dos deuses para conseguir algo, e passa a conseguir tudo por si mesmo. Conhecimento, técnica e ciência trabalham para fins específicos, determinados pelo próprio homem. Questões envolvendo a própria natureza humana, como a manipulação genética, o diagnóstico genético pré-implantação, a clonagem e os *designer babies*, que antes habitavam o plano das ideias, adquirem novos contornos e passam a ser discutidas e praticadas. A vida ganha novos significados, os limites entre o natural e o criado passam a ser traçados por uma linha tênue, aumentando as preocupações com o futuro.

O grande problema que se coloca, no entanto, não está pautado em um possível fracasso da técnica, pelo contrário, o que deve ser temido é justamente o seu sucesso: é quando a técnica adquire grandes proporções que o homem coloca em jogo o seu próprio futuro, o futuro da humanidade. A ambição humana, o seu excesso de conhecimento e um querer canalizado para um determinado objetivo, que muitas vezes contraria a natureza, pode levar ao caos, causando a sua autodestruição. É nesse ponto que deve ser defendida uma nova postura em relação ao mundo, uma postura pautada na responsabilidade (que no presente artigo, será tratada a partir das reflexões de Hans Jonas).

Partindo dessas reflexões é que o artigo se desenvolverá, buscando sempre traçar um paralelo entre os conceitos de natureza, técnica e vida humana para, ao final, realizar uma abordagem a partir do princípio responsabilidade, do autor alemão Hans Jonas.

2 A NATUREZA DIANTE DO ADVENTO DA TÉCNICA

Ao entregar aos homens o segredo do fogo e da técnica, antes exclusivos dos deuses, Prometeu rompeu o tempo da natureza e avançou no tempo da técnica, ao qual ele denominou de "o tempo que envelhece" (ÉSQUILO, s/data, p. 25-73).

A imutabilidade da natureza era garantida pelo agir instintivo do homem que mesmo com todo o "natural" ao seu alcance não conseguia percebê-lo além do que lhe era indicado pela própria natureza e, assim, esse agir "cego" permitia o "eterno retorno ao igual" (GALIMBERTI, 2006, p. 36), com a realização do futuro como retomada do passado e uma só angústia, a morte.

Nesse sentido, vale transcrever trecho de uma das falas de Promoteu, na obra de Ésquilo:

> Antes de mim, eles viam, mas viam mal; e ouviam, mas não compreendiam. Tais como os fantasmas que vemos em sonhos, viviam eles, séculos a fio, confundindo tudo. Não sabendo utilizar tijolos, nem madeira, habitavam como as próvidas formigas, cavernas escuras cavadas na terra. Não distinguiam a estação invernosa da época das flores, das frutas, e da ceifa. Sem raciocinar, agiam ao acaso, até o momento em que eu lhes chamei a atenção para o nascimento e ocaso dos astros (ÉSQUILO, s/data, p. 45).

O homem não tinha total percepção do seu entorno. A natureza limitava o agir humano e fazia com que ele obedecesse aos seus limites e, caso agisse em excesso, ela não temia em demonstrar a sua imortalidade e invencibilidade, a fim de que o homem percebesse a sua finitude e fragilidade.

Conta a mitologia grega, que diante de tal cenário de sujeição da humanidade à ordem da natureza e sem a piedade de Júpiter que possuía a intenção de aniquilá-la, o titã Prometeu apresentou-lhe a técnica, e com ela passou-se "do tempo que retorna para o tempo que envelhece" (GALIMBERTI, 2006, p. 40).

Com o advento da técnica, o homem se desvincula dos deuses e passa a ter o comando da própria mente (*héxis noû*). Ele adquire liberdade diante da natureza, que se frise, não é dominada pela técnica, mas não mais representa efetiva resistência à sua utilização. Mesmo que utilizada além dos limites da necessidade, a natureza assiste a tal movimento de forma mais passiva que em tempos anteriores.

Se antes o homem agia sem projetos ou objetivos e de maneira cíclica tinha o seu futuro relacionado ao passado, no tempo da técnica ele tem os olhos voltados para o presente e o futuro e, em linha reta, traça metas que no intervalo entre os meios e o resultado desejado se transformam em um degrau para alcance de outras, rumo ao progresso.

A natureza nesse "tempo que envelhece" não é mais considerada invencível e inatingível, e a técnica a observa não como "um organismo que traz em si o princípio do desenvolvimento" (GALIMBERTI, 2004) ou como algo que se movimenta conforme suas leis internas, e sim como um caminho para solucionar as inquietações do homem quanto a sua mortalidade.

Com o presente dado por Prometeu, os mortais aumentaram a percepção quanto ao mundo a sua volta e passaram a entender a finalidade ou utilidade do que a natureza os oferecia.

A libertação do homem dos mandos dos deuses não significou a completa desvinculação da necessidade reguladora do ritmo da natureza, porém fez a força de Zeus "se defrontar com a inteligência do homem, naquele reconhecimento recíproco da diferença que põe fim à violência do indiferenciado" (GALIMBERTI, 2006, p. 49).

Junto com a técnica, Prometeu doou ao homem a esperança que o alimentou na crença de que a morte, motivo de sua inquietação, fugiria a regra do natural e poderia ser evitada, o que o fez acreditar poder interferir no ciclo da natureza, como Zeus, e prolongar o seu próprio destino, em nome do progresso.

A técnica representou, assim, o saber agir no mundo do ser e a ordenação racional da natureza, o que fez com que o homem reconhecesse a sua capacidade de revelar as coisas colocadas à sua disposição e a possibilidade de revertê-las a seu favor.

Inicialmente considerada como estratégia de sobrevivência na relação do homem com a natureza, a técnica foi sendo adaptada e na modernidade adquiriu um forte poder de transformação que prezou pela funcionalidade e objetividade, com a possibilidade de novas intervenções, inclusive na vida da própria espécie humana e, ainda, destituída de reflexão ética.

3 A VIDA HUMANA DIANTE DA TÉCNICA

O conceito de *vida* desperta a curiosidade do homem desde os seus primeiros sinais de consciência de si. De onde venho, para onde vou, quem sou eu, são questões que aparecem logo nos primeiros anos da infância e acompanham o indivíduo por toda a sua existência.

Mas o avanço tecnológico e as mudanças na técnica atingiram diretamente o campo da medicina que, segundo o médico Jean Bernard, evolui mais nos últimos 50 anos do que nos séculos precedentes. Essas mudanças seriam fruto de duas grandes revoluções: a revolução terapêutica e a revolução biológica:

> A *revolução terapêutica* é produzida pelo aperfeiçoamento de medicamentos, começando com o surgimento das sulfamidas em 1937. Dá ao ser humano, após milênios de impotência, o poder de triunfar sobre doenças durante muito tempo fatais, tais como tuberculose, sífilis, grandes septicemias, afecções das glândulas endócrinas e pertubações da química dos humores.
> [...]
> A outra revolução mais recente é a *revolução biológica*, consequência do aperfeiçoamento das técnicas de diagnóstico e de engenharia genética, bem como de concepção assistida. Inspira o conceito de patologia molecular que governa hoje em dia toda a medicina. Foi ilustrada pela descoberta do código genético, das leis simples que presidem a formação da vida" (PESSINI, 2012, p. 220).

Ainda em relação a esta última revolução, a biológica, diz-se que com ela o homem passou a ter domínio sobre três áreas: reprodução, hereditariedade e sistema nervoso.

Esse domínio, contudo, proporcionou ao homem mecanismos suficientes para realizar intervenções genéticas que, de tão profundas, alteraram a percepção acerca da própria vida.

Com a técnica moderna e os novos conhecimentos científicos já é possível se falar em manipulação da vida desde a sua fase embrionária, deixando a *techne* de ser aplicada apenas ao domínio não-humano: "o *homo faber* aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto" (JONAS, 2011, p. 57). Mas como essa manipulação da vida é possível?

Vários são os exemplos de como a técnica é capaz de interferir na vida humana. O primeiro exemplo de intervenção é aquele que ocorre ainda na fase embrionária, por meio de um mecanismo chamado *diagnóstico genético pré-implantação (DGPI),* cujo objetivo é o de analisar embriões obtidos por meio de fertilização *in vitro* que se encontram num estágio de

oito células, a fim de diagnosticar alguma doença hereditária que, se confirmada, impede a reimplantação do embrião no útero materno, evitando uma futura interrupção da gravidez (HABERMAS, 2010, p. 24). A *techne* nesse caso confere ao homem a capacidade de escolher entre a vida e a não vida, retirando o elemento natural do risco, da surpresa causada pelo novo, pelo ainda não conhecido, pelo que está por vir (no caso, a futura criança).

Outro ponto que pode ser concretizado a partir da técnica é aquele ligado à clonagem.

A evolução do conhecimento possibilitou aos cientistas a realização da clonagem, que teve seu ápice com o clone de um mamífero, a ovelha Dolly.

Trata-se de um exemplo de clonagem reprodutiva que, apesar de todos os avanços, ainda encontra alguns problemas como a morte da maioria dos clones já no início da gestação; defeitos e anomalias dos animais clonados, provavelmente causados por falhas na reprogramação do genoma e; a dependência da eficiência da clonagem estar diretamente ligada ao estágio de diferenciação da célula doadora (ZATZ, 2004).

No que tange à clonagem terapêutica (transferência do núcleo para fins terapêuticos), temos que essa pode ser extremamente útil para obtenção de células-tronco, o que possibilitaria a cura de várias doenças, entretanto, a origem dessas células-tronco deve ser questionada: se estas se originarem de embriões armazenados ou produzidos para esta finalidade, o que ocorrerá será um processo de desenvolvimento humano, indo contra o seu objetivo inicial de fazer o bem por meio de finalidades terapêuticas (MOSER, 2004, p. 182-184).

A possibilidade de intervenção genética esbarra num outro problema que merece ser destacado: os *desginer babies*. A grande preocupação com relação à evolução das intervenções genéticas está ligada ao fato de se abrir espaço para uma eugenia positiva, que se consolidaria na possibilidade dos pais poderem escolher as características físicas (e, em uma perspectiva mais avançada, até mesmo psicológica) dos seus futuros filhos.

A questão que se coloca nesse ponto é o receio de se "coisificar" o ser humano, retirando-lhe as características atribuídas pela própria natureza e tornando-o um ser fabricado, com a tecnização da própria natureza humana.

Além disso, ainda há a questão levantada pela expectativa criada pelos pais em relação aos filhos, nesse sentido, interessante se mostra a reflexão de Habermas:

> Na medida em que o indivíduo em crescimento, manipulado de forma eugênica, descobre seu corpo vivo também como algo fabricado, a perspectiva do participante da 'vida vivida' colide com a perspectiva reificante dos produtores ou artesãos. Pois, ao decidir sobre seu programa genético, os pais formularam intenções que mais tarde se converterão em expectativas em relação ao filho, sem, contudo, conceder ao seu destinatário, o filho, a possibilidade de uma *reconsideração* .[...]. Os pais tomaram a decisão, sem supor um consenso e somente em função de suas próprias preferências, como se dispusessem de uma coisa. Como, porém, essa coisa se transforma em pessoa, a intervenção egocêntrica assume o sentido de uma ação comunicativa, que *poderia* ter consequências existenciais para o ser em crescimento. No entanto, no sentido próprio, esse ser não pode dar nenhuma resposta às 'requisições' geneticamente estabelecidas. Pois, em seu papel de programadores, os pais ainda não tinham de forma alguma como entrar na dimensão da história de vida em que mais tarde eles então irão se encontrar com o filho, na qualidade de autores das requisições (HABERMAS, 2010, p.71).

Assim, todas essas inovações trazidas pela técnica nos colocam diante de novos questionamentos: É ético gerar um ser humano somente após a realização de um exame genético e só assim o considerar um ser digno de uma existência? Até que ponto a tecnização da natureza é capaz de alterar a própria natureza humana? Estamos caminhando para um futuro que coisificará o ser humano, a vida humana?

É difícil atribuir uma resposta certa para tais perguntas, mas algumas reflexões mostram-se interessantes para se traçar esse caminho.

A primeira reflexão está ligada ao fato do indivíduo que sofreu algum tipo de manipulação genética se perceber como um ser indigno, na medida em que ele se descobre como fruto de uma investigação científica, como um indivíduo que somente pode adquirir essa característica após passar por um processo de "seleção".

Um segundo ponto estaria ligado à personalidade, estando esta relacionada aos sentimentos, emoções, atitudes, comportamento etc., que caracterizam o homem. Acredita-se que aquele que sofreu algum tipo de intervenção genética possa passar por conflitos relacionados ao modo de se perceber perante o mundo; o aspecto da personalidade que faz com que cada um se veja como um ser individual, único, pode ser afetado na medida em que essas intervenções adquirem proporções que coisificam o homem, tornando-o objeto.

Esse ponto pode ser mais bem percebido quando falamos na possibilidade de se criar os *designer babies*, aqui se vislumbra com maior facilidade a tecnização da natureza humana, o homem efetivamente deixa de ser uma criação natural e passa a ser o produto da projeção de um terceiro. Cite-se, novamente, Habermas:

> Quando o indivíduo em crescimento passa a saber do *design* que outra pessoa projetou para ele, a fim de alterar características em sua constituição genética – na sua autopercepção objetivante –, a perspectiva de ter sido produzido pode sobrepor-se àquela de ser um corpo vivo que cresce naturalmente. Com isso, a neutralização da distinção entre o que cresce naturalmente e o que é fabricado alcança o modo de existência próprio. Essa neutralização poderia desencadear em nós a consciência vertiginosa de que, após uma intervenção da técnica genética anterior a nosso nascimento, a natureza subjetiva, vivida por nós de modo indisponível, seria fruto da instrumentalização de uma parte da natureza externa (HABERMAS, 2010, p. 75).

O uso excessivo da técnica é capaz de atingir a natureza humana de uma maneira tão profunda que a opção por contornar os problemas do homem por meio de mecanismos impessoais acaba por nos retirar algo da nossa própria dignidade, nos fazendo caminhar para um futuro sistema programado de condutas, assim:

> A funcionalidade social, seja qual for a sua importância, é apenas um lado da coisa. Decisiva é a questão sobre que tipo de indivíduos tornam valiosa a existência de uma sociedade como um todo. Ao longo do caminho da crescente capacidade de manipulação social em detrimento da autonomia individual, em algum lugar se deverá colocar a questão do valor, do valer-a-pena de todo empreendimento humano. Sua resposta deve buscar a imagem do homem, da qual nos sentimos devedores. Devemos repensá-la à luz do que hoje podemos fazer com ela ou fazemos a ela e que nunca pudemos fazer anteriormente (JONAS, 2011, p. 60).

As reflexões e problematizações apresentadas nesse tópico são apenas algumas dentre as várias existentes sobre o tema.

O sonho ambicioso do *homo faber* de controlar geneticamente o homem futuro adquire proporções que a ética tradicional não consegue abranger. A vontade humana de "tomar em suas mãos a sua própria evolução, a fim não meramente de conservar a espécie em sua integridade, mas de melhorá-la e modificá-la segundo seu próprio projeto" (JONAS, 2011, p. 61), nos faz refletir sobre pontos antes não pensados: temos o direito de manter um controle tão alto sobre a humanidade? Somos aptos a fazê-lo? Esse grau de intervenção é moralmente aceitável? Como salvaguardar a dignidade da pessoa humana nesses casos?

A partir desses questionamentos é que se pode pensar uma nova ética, capaz de atender aos anseios que se formam com o progresso tecnológico.

Essa nova ética, embasada na técnica moderna, irá apontar as características do agir humano na modernidade e traçar os passos para uma responsabilidade entre gerações, assunto tratado no próximo tópico.

4 AVANÇOS TECNOLÓGICOS E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DE HANS JONAS

Os avanços da técnica aliados à segurança do homem de que a dominação do seu destino e da vida é possível, revelou uma situação que Prometeu, mesmo com o poder de previsão, não imaginava que chegaria ao nível de manipulação que atualmente se presencia.

Diante das intervenções da técnica guiadas por um agir humano ambicioso por transformações para o seu bem estar, surgem preocupações quanto ao futuro da humanidade, à integridade da natureza e do ser humano e, mais, quanto à autodestruição da vida no planeta.

Nesse diapasão, Hans Jonas menciona:

> Hoje, porém, certos progressos na biologia celular nos acenam com a perspectiva de atuar sobre os processos bioquímicos de envelhecimento, ampliando a duração da vida humana, talvez indefinidamente. A morte não parece mais ser uma necessidade pertinente à natureza do vivente, mas uma falha orgânica evitável; suscetível, pelo menos, de ser em princípio tratável e adiável por longo tempo. Um desejo eterno da humanidade para aproximar-se de sua realização. Pela primeira vez temos de nos pôr seriamente a questão: "Quão desejável é isto? Quão desejável para o indivíduo e para a espécie?" (JONAS, 2011, p. 58).

Citado autor admite que a humanidade vivencia, irremediavelmente e sem possibilidade de escolha, uma técnica que não enxerga o passado, mas apenas o futuro, e reconhece que o novo comportamento (agir) surgido nesse cenário exige, para o equilíbrio das intervenções, uma nova ética cuja base está numa *responsabilidade* "proporcional à amplitude do nosso poder" (JONAS, 2011, p. 63) e em uma *nova humildade* voltada para a "excessiva

grandeza do nosso poder" (JONAS, 2011, p. 63) que crê fortemente ser capaz de suprir as deficiências da natureza e da humanidade.

Essa nova ética é necessária visto que a ética tradicional é pautada dentro dos limites de ação do próprio ser humano, não atingindo as coisas extra-humanas, pois a natureza cuidava de si mesma.

Ademais, a ética tradicional limita-se ao aqui e o agora, é uma ética imediatista, que não ultrapassa o limite da vida dos homens contemporâneos.

A referida ética obedece a três premissas básicas, que se intercombinam mutuamente: 1. A condição humana, resultante da natureza do homem e das coisas, é imutável; 2. A partir dessa condição humana é possível a clara determinação do bem humano; 3. É também possível delimitar, com perfeição, o alcance da ação humana e sua consequente responsabilidade (PESSINI, 2012, p. 228).

O objetivo do princípio da responsabilidade, dessa forma, nasce da reformulação do imperativo categórico de Kant, e assim dita ao homem: "Age de tal maneira que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica" (JONAS, 2011, p. 18).

O novo imperativo da responsabilidade não se baseia na reciprocidade entre os deveres e os direitos, e sim na responsabilidade altruísta que predomina na relação de cuidado dos pais para com os filhos. Tal imperativo tem como objeto de responsabilidade outros homens, ou seja, uma responsabilidade da reciprocidade: ao mesmo tempo em que sou responsável por alguém, sou também responsabilidade de outro alguém. Nesse sentido:

> Há um dever contido de forma muito concreta no Ser do homem existente; sua faculdade de sujeito capaz de causalidade traz consigo a obrigação objetiva sob a forma da responsabilidade externa. Com isso, ele ainda não se torna moral, mas apenas um Ser capaz de ser moral ou imoral. Da mesma maneira que não são idênticas determinadas possibilidades particulares, com seus respectivos deveres e com o dever abstrato que decorre da reivindicação ontológica da ideia de homem e que se dirige secretamente a todos, buscando entre eles o seu executante ou guardião (JONAS, 2011, p. 176).

E é esse o modelo que deve ser adotado pelo homem perante a natureza e humanidade futuras, ligado essencialmente ao valor intrínseco que elas possuem, e não em

seus fins utilitários, ou desejos infindáveis de “decifrar os céus” e que o fazem não respeitar a ordem natural da própria vida.

E do modelo de cuidado acima citado, decorre para a humanidade a responsabilidade de arcar com as consequências de seus atos, não porque eles possam vir a causar um mal à natureza e ao futuro humano, mas visando se tais objetos de proteção possuem valor em sua essência, ou possuem valor em si mesmos.

Destaca Hans Jonas que o primeiro comportamento coletivo do homem no cuidado com o futuro da humanidade é a desvinculação da ideia de antropocentrismo, vez que tal teoria leva o homem a perder a sua essência que está intimamente ligada à natureza.

Essa desvinculação é importante na medida em que o homem precisa enxergar o não humano (ou o extra-humano) como algo que necessita também de cuidados. É preciso sair de uma visão antropocêntrica para se alcançar uma perspectiva biocêntrica, que amplia a visão do todo, a fim de harmonizar a convivência do homem com a natureza e garantir a sobrevivência humana na terra. Fala-se, aqui, em uma solidariedade que liga o homem a todos os homens e à natureza que o cerca.

Utiliza-se o autor da “fórmula baconiana que afirma que saber é poder” (JONAS, 2011, p. 236) e salienta que de pouco adiantará à humanidade o progresso tecnológico se ela não pautar essa utilização na moderação e no saber agir, vez que o desequilíbrio do progresso é capaz de gerar a destruição do homem e da natureza e, ao invés de libertá-la, conforme desejou Prometeu, a escravizará.

Esse fato é possível na medida em que “a técnica se converte na essência do poder e passa a ser manifestação natural das verdades contidas na ciência” (PESSINI, 2012, p. 231), isto é, a técnica passa a ser intervencionista e modificadora, tornando-se um objeto perigoso nas mãos humanas.

Ademais, para a humanidade agir a seu próprio favor é preciso consciência. Nesta época, vive-se em um mundo de especializações.

Mencionada constatação possui os seus aspectos positivos na medida em que o aprofundamento nas diversas áreas, separadamente, permite um conhecimento profundo.

Por outro lado, a especialização impede a visão do todo, já que o conhecimento se torna fragmentado e, assim, dificulta ao homem perceber as conexões existentes entre os

diversos ângulos do todo complexo. Hoje o homem faz pesar sobre si uma ameaça que antes era “exclusiva” dos outros seres vivos e:

> À vulnerabilidade da vida, o homem da era tecnológica acrescenta um fator desagregador suplementar que é a sua própria obra. A vida no planeta deteve sua própria regulamentação durante muito tempo, pois a própria natureza constituía-se em cerca intransponível para o agir humano. Agora, porém, o agir do homem, deixando de ser regulado por fins naturais, se transforma no centro de um desequilíbrio específico. Hoje percebemos a força desse agente transformador. Por sua dimensão cósmica, por seus efeitos cumulativos e irreversíveis, as técnicas introduzem distorções tão definitivas que criam uma periculosidade sem precedentes na história da vida. A preservação da vida sempre teve um custo; todavia, com o homem moderno, esse custo, esse preço a ser pago pode ser a destruição total (PESSINI, 2012, p. 234).

Com isso, além da conexão que deve existir entre as diversas áreas do conhecimento para que se possa manter existência da humanidade e da natureza deve-se, da mesma forma, respeitar a ligação entre o passado, o presente e o futuro, entendo-os não como partes isoladas do tempo, perdidos no espaço, e sim como partes integrantes de um tempo maior que, se respeitado, leva o homem ao progresso e o mantêm em sua digna existência.

Nesse sentido, o Direito deve agir como uma dessas áreas do conhecimento aptas a garantir a existência da humanidade e da natureza, o que será analisado no próximo tópico.

5 O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA EXISTÊNCIA DA VIDA HUMANA E DA NATUREZA

A partir de tudo o que foi explicitado, cabe realizar uma breve consideração acerca do papel das ciências jurídicas no tocante a esse cenário de evolução científica.

Viu-se que com a idade da técnica o homem adquiriu capacidades que antes se encontravam no plano das ideias.

Os avanços tecnológicos levaram à necessidade de se pensar uma nova ética, pautada na responsabilidade, de forma a garantir a sobrevivência tanto do homem, quanto da natureza.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Direito possui papel fundamental quando da efetivação dessa ética da responsabilidade. O homem necessita de instrumentos práticos, de normas que orientem o seu agir.

Dois dispositivos Constitucionais merecem destaque nesse ponto: o primeiro é o disposto no inciso I do art. 1º da CR/88, que dispõe que a *dignidade da pessoa humana* é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

> [...] a Dignidade da Pessoa Humana é o elemento fundante da vida. Racionalidade e autonomia estão na base da estrutura humana. Por ser assim, sabendo-se que o Ser Humano é digno e autônomo, a este deve ser conferida a prerrogativa de *Ser* e *Estar* no mundo sem sofrer qualquer discriminação. A realidade jus filosófica deve se estruturar para que o Ser Humano se realize em sua plenitude (SIQUEIRA, s/ data).

Assim, a dignidade retoma a noção de respeito, permitindo que cada indivíduo seja capaz de ver a perspectiva do outro. A dignidade seria um substrato ético consolidador dos valores básicos reconhecidos pela sociedade. Seria a essência do homem. O princípio capaz de eleger o veículo que se quer priorizar, "tornando-se possível uma discussão ética do direito, no direito e para o direito" (SIQUEIRA, s/data).

A dignidade da pessoa humana na idade da técnica torna-se, dessa forma, fator indispensável e apto a garantir a ética da responsabilidade: ao perceber o outro como ser merecedor de dignidade, o homem passa a agir de maneira mais íntegra, mais responsável.

Já o segundo instrumento está diretamente ligado à ideia de biocentrismo, e pode ser exemplificado pelo art. 225 da CR/88, que garante a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, Constituição da República, 1988).

O segundo instrumento nos aponta uma questão que a técnica moderna já vinha discutindo: a da preservação do ambiente para as gerações futuras.

Por meio do art. 225, a CR/88 nos induz a pensar que a responsabilidade hoje é do homem para com o homem, mas também deste para com a natureza. Além disso, aponta para um ator não antes mencionado pela ética – o Poder Público.

A responsabilidade é também um dever do Poder Público que deve propiciar mecanismos asseguradores da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tanto é assim, que tais deveres estão expressos nos incisos do §1º do citado art. 225, CR/88.

A Constituição, ao conferir uma série de obrigações ao Poder Público, demonstrou que a ética da responsabilidade é um dever de todos para com todos, sem nenhuma distinção.

O agir humano pautado na ética da responsabilidade encontra aqui um guia, que deve estar embasado em três premissas básicas: calma, prudência e equilíbrio.

Destaca-se nesse contexto o papel fundamental da bioética e do biodireito que estão, conforme Maria Garcia (2004, p.155), estreitamente vinculados aos direitos humanos.

Os descobrimentos científicos afetam a pessoa humana de forma individual e coletiva, inclusive com questionamentos sobre o início da vida e da própria vida como fenômeno o que, obviamente, envolve discussões morais e éticas, relacionadas também às ciências biológicas e da saúde.

Com isso, surge como necessidade a ação política do Estado a fim de limitar os avanços da ciência sobre a natureza do homem, com fundamento no direito à vida.

Garcia (2004, p.158) salienta:

> A ética dirigida a questão da *vida em si*, como fenômeno biológico que extrapola, por definição, a área propriamente biológica – pois envolve o ser e o seu entorno – atinge a ciência jurídica em aspectos novos e abrangentes, podendo-se falar em biodireito e na elaboração de uma teoria constitucional da *vida em si*. (destaque do original).

Portanto, ante o avanço tecnológico da ciência, o questionamento dela perante a vida, a interferência da tecnologia na natureza humana, desde o nascimento até a morte, os

limites da ciência pautados na dignidade da pessoa humana e na ética da responsabilidade, tornam necessária a elaboração de um regramento específico como missão social do Direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do apresentado, é possível traçar uma síntese conclusiva de forma a deixar claro os principais argumentos utilizados, assim como as principais reflexões realizadas ao longo do texto:

1. O titã Prometeu, ao roubar o fogo dos deuses e o entregar aos mortais, lhes conferiu razão, dotando a humanidade da faculdade de cultivar a inteligência, as artes e a ciência.

2. Antes da técnica o homem não tinha total percepção do seu entorno, seu agir era limitado pela natureza (e pelos deuses). Com a técnica, o homem se desvinculou dos deuses, passando a ter comando de sua própria mente, adquirindo liberdade diante da natureza.

3. O saber adquirido com a técnica moderna é um saber que se encontra "armazenado" para ser utilizado apenas quando e como o homem entender conveniente.

4. A natureza no tempo da técnica não é mais vista como invencível e inatingível, mas como um caminho que busca solucionar as inquietações do homem quanto a sua mortalidade.

5. A natureza também passa a ser percebida como vulnerável, fato que faz com que o homem se sinta por ela responsável.

6. A técnica moderna forneceu instrumentos capazes de produzir duas grandes revoluções nas ciências médicas: a revolução terapêutica e a revolução biológica.

7. Os avanços na técnica proporcionaram ao homem mecanismos suficientes para realizar intervenções genéticas capazes de alterar sua própria percepção acerca do conceito de vida, podendo-se falar na manipulação desta desde sua fase embrionária.

8. A tecnização da natureza nos colocou diante de novos questionamentos com relação a vida. A grande preocupação hoje gira em torno de uma possível "coisificação" do homem.

9. Os avanços da técnica demonstram a necessidade de se pensar em uma nova ética, pautada na responsabilidade, a fim de garantir a integridade da natureza e do ser humano, evitando a autodestruição da vida no planeta.

10. Essa nova ética deve levar em consideração a indissociabilidade da responsabilidade do homem para consigo mesmo e dele para com os demais (incluindo os extra-humanos).

11. O princípio da responsabilidade apresentado por Hans Jonas, baseia-se na responsabilidade altruísta predominante na relação de cuidado dos pais para com os filhos, que deve ser transferida para a relação homem e natureza.

12. O mesmo princípio nos mostra a necessidade de preservação da condição da existência humana na terra, frente à vulnerabilidade da natureza e aos avanços proporcionados pela técnica moderna.

13. O progresso tecnológico deve ter sua utilização pautada na moderação e no saber agir, de modo a evitar um desequilíbrio capaz de gerar a destruição do homem e da natureza.

14. O Direito possui papel fundamental na efetivação da ética da responsabilidade.

15. Dois instrumentos jurídicos merecem destaque: a dignidade da pessoa humana e a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

16. As premissas básicas do agir humano pautado na nova ética da responsabilidade e embasado nas garantias jurídicas poderiam, dessa forma, ser definidas por três palavras: calma, prudência e equilíbrio.

17. O Direito assume a tarefa social de limitar os avanços da ciência na natureza da vida humana, como forma de preservá-la e garantir a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ÉSQUILO. **Prometeu Acorrentado**. Tradução de J.B. Mello e Souza. Coleção Os Clássicos de Ouro – Gregos e Romanos. Editora Tecno Print S.A (sem ano).

GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e Tchne: o homem na idade da técnica**. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006.

GALIMBERTI, Umberto. **Técnica e natureza: a inversão de uma relação**. Disponível em<www.socitec.pro.br/e-prints_vol.1_n.1_*tecnica_e_natureza.pdf*>. Acesso em 25 jun 2012.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da Natureza Humana**. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2011.

MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética: para onde vamos?**. Petropólis: Vozes, 2004.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 10 ed. rev. ampl. – São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2012.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Dignidade da Pessoa Humana.** Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8510http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8510 > Acesso em: 09 mar 2013.

ZATZ, Mayana. **Clonagem e células tronco**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200016&script=sci_arttext> Acesso em: 29 jun 2012.

Implicações socioeconômicas e os riscos derivados da comercialização de organismos geneticamente modificados: Uma abordagem a partir da bioética

Implicaciones socioeconómicas y los riesgos derivados de la comercialización de organismos modificados genéticamente: Un abordaje desde la bioética

Viviane Candeia Paz[1]

Resumo:

A hipótese básica deste artigo é proceder uma análise das questões relativas à tutela jurídica ambiental, a partir de uma verificação contextual do interesse internacional na comercialização dos organismos geneticamente modificados, partindo-se da análise da trajetória das grandes empresas do mercado de sementes geneticamente modificadas, tendo como substrato a posição da União Européia e dos Estados Unidos frente ao tema. A continuidade da comercialização de organismos geneticamente modificados passa pela necessária averiguação da existência ou da inexistência de implicações socioeconômicas à população brasileira Como conseqüência, enfrentou-se a dicotomia entre manipulações genéticas e bioética. Nessa perspectiva, partiu-se de uma metodologia de abordagem dedutiva, com uma técnica de pesquisa legal-bibliográfica.

Palavras-chave: Alimentos; Bioética; Biotecnologia; Manipulações Genéticas; Organismos Geneticamente Modificados.

Resumen:

La hipótesis básica de este trabajo es realizar un análisis de los aspectos jurídicos relacionados con la protección del medio ambiente, a partir de un examen contextual de interés internacional en la comercialización de organismos modificados genéticamente, a partir del análisis de la trayectoria de las grandes compañías en el mercado de semillas genéticamente modificadas, como sustrato de la posición de la Unión Europea y los Estados Unidos frente al tema. La continua comercialización de organismos genéticamente modificados es necesaria para la evaluación de la existencia o no existencia de las implicaciones socioeconómicas de la población de Brasil Por consiguiente, ante la dicotomía entre la ingeniería genética y bioética. En esa perspectiva, el trabajo es realizado desde una metodologia de abordage inductivo, con una técnica de investigación legal-bibliográfica.

[1] Doutoranda pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), 2012. Doutoranda pela Universidade de León, UNILEON, Espanha. Diploma de Estudos Avançados em Direito Civil pela Universidade de León, UNILEON, Espanha. Mestre em Direito, Cidadania e Desenvolvimento/Unijuí, Advogada e Professora de Direito Civil do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail: vivianecandeiapaz@windowslive.com.

Palabras-clave: Alimentos; Bioética; Biotecnología; Manipulaciones Genéticas; Organismos Modificados Genéticamente.

1. INTRODUÇÃO

A comercialização de organismos geneticamente modificados passa pela necessária averiguação da existência ou da inexistência de implicações socioeconômicas à população brasileira. Entre as controvérsias envolvendo possíveis conseqüências desta natureza merece ser destacada uma provável "escravização" dos povos em desenvolvimento.

Os países subdesenvolvidos recebem um tratamento injusto das nações mais desenvolvidas quando o assunto em pauta é a engenharia genética. Ocorre que a produção de plantas e sementes sem condições de reprodução gerará a não-utilização, ou, no mínimo, restrições ao uso de elementos dos próprios ecossistemas pelo oferecimento de sementes melhoradas e mais produtivas, que, por razões óbvias, serão mais utilizadas pelos produtores que visam a maior produtividade para concorrer no mercado externo pela possibilidade de obterem maior número de exportações. Essa situação, no entanto, também poderia ser interpretada paradoxalmente na medida em que os produtores pretendem plantar e selecionar, bem como dispor dos recursos de biodiversidade que possuem (CÂMARA, 2004).

Em posição diametralmente oposta à possível "escravização" de países em desenvolvimento - como o Brasil - por outras nações mais desenvolvidas, há o argumento de empresas como a Embrapa, a Associação Brasileira de Empresas de Biotecnologia e também da CTNBio no sentido de que justamente no futuro o progresso e a ciência não podem parar e a biotecnologia já representa uma realidade, especialmente como forma de modificar a agricultura. Nesse sentido, a biotecnologia seria a possibilidade real de maior produção de alimentos num mundo cada vez mais povoado, propiciando especialmente um ambiente mais equilibrado à medida que os organismos geneticamente modificados implicariam a utilização de menor número de agrotóxicos em comparação com o plantio convencional (RIOS, 2004).

Dessa forma, o presente artigo enfrenta a questão envolvendo o inegável avanço da biotecnologia e suas conseqüências frente ao necessário aumento da produção de alimentos, bem como da cautela a ser observada na sua disseminação, em especial pelo contraste entre a manutenção da ética nas manipulações genéticas e os fatores socioeconômicos dos grandes conglomerados internacionais do mercado de sementes geneticamente modificadas.

2. BIOTECNOLOGIA E PRODUÇÃO DE ALIMENTOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

O enfrentamento do tema biotecnologia conduz ao necessário debate acerca do problema de uma possível "escravização" dos países de terceiro mundo quando se trata da utilização de sementes geneticamente modificadas, pois submete a sociedade à difícil tarefa de optar entre os inegáveis benefícios da biotecnologia e os riscos que poderão advir da sua utilização. Neste contexto de reflexos socioeconômicos para a nação, e da já inegável mudança na agricultura por meio da influência tecnológica, Capra observa:

> A influência da indústria farmacêutica sobre a prática médica tem um interessante paralelo na influência da indústria petroquímica sobre a agricultura e a lavoura. Os agricultores, tal como os médicos, lidam com organismos vivos que são seriamente afetados pela abordagem mecanicista e reducionista de nossa ciência e tecnologia. À semelhança do organismo humano, o solo é um sistema vivo que tem de permanecer em estado de equilíbrio dinâmico para ser saudável. Quando esse equilíbrio é perturbado, ocorre um crescimento patológico de certos componentes – bactérias ou células cancerosas no corpo humano, ervas daninhas ou pragas nos campos. A doença sobrevirá e, finalmente, o organismo morrerá ou se converterá em matéria inorgânica. Esses efeitos tornaram-se problemas graves na agricultura moderna por causa dos métodos de lavoura promovidos pelas companhias petroquímicas (1982, p. 244-245).

Os possíveis danos causados ao solo – especialmente na agricultura – devido ao uso sem precedentes de produtos químicos nas lavouras passou a ocasionar certa preocupação, principalmente para aqueles que defendem a preservação de uma agricultura livre de inseticidas e pesticidas. Sobre este assunto Capra (1982) acredita que uma agricultura forte deve respeitar a lei da natureza e os ciclos de crescimento dos seres vivos, sem que haja uma ação prejudicial do próprio homem. Além disso, anos atrás, antes do avanço biotecnológico no campo, o agricultor mantinha um real respeito pela vida, sempre na busca do equilíbrio ecológico, mostrando-se consciente da necessidade de preservar para colher em troca, pois "[...] Em vez de usarem fertilizantes químicos, os agricultores enriqueciam seus campos com estrume, devolvendo assim matéria orgânica ao solo para restabelecer o ciclo biológico [...]" (1982, p. 245-246).

As modificações inerentes à agricultura ocorrem há anos nas lavouras, pois a tecnologia está inserida no cotidiano do trabalhador rural. É pela descoberta da genética que os produtores visam à possibilidade de aumentar a produtividade das suas colheitas, reduzindo os custos. Atualmente este é o principal fator lembrado pelos agricultores na hora de optarem pelo plantio ou não de sementes transgênicas.

Nesse cenário surge uma outra preocupação da sociedade no que concerne às plantas transgênicas: encontrar ferramentas que garantam a segurança no momento de aplicação das pesquisas científicas. A grande preocupação que se tinha era a probabilidade de ocorrer um escape de microorganismos, que viriam a contagiar todo o meio ambiente. Logo surgiu a divulgação da existência de normas de segurança para os locais onde eram realizadas as pesquisas, proporcionando uma certa tranqüilidade para a sociedade, que até o momento discutia a segurança da utilização das técnicas de experimentação. O que foi veiculado na imprensa é que os laboratórios que pesquisavam os organismos geneticamente modificados possuíam um sistema de filtragem de ar e pressão atmosférica negativa, impossibilitando o contágio no meio ambiente (RODRIGUES, 2002).

O debate em torno dos transgênicos não ocorreu somente no Brasil: a insegurança cresceu também em outros países, como relata Rodrigues:

> A polêmica a respeito dos organismos geneticamente modificados não se ateve somente à comunidade americana; na Europa a temática também gerou questionamentos e movimentação por parte da sociedade. Em 1989, a sociedade francesa mobilizou-se no sentido de verificar os benefícios e malefícios trazidos pelas pesquisas desenvolvidas em torno da bactéria "Rhizobium". Posteriormente, os países da Europa regulamentaram a engenharia genética, uma vez que sofreram a ameaça de transferência de laboratórios de origem estrangeira para suas dependências, por não disporem de legislação pertinente e adequada ao desenvolvimento biotecnológico vivenciado em outros países (2002, p. 114).

Esta preocupação aumentou ainda mais a partir do incidente ocorrido em 1989, nos Estados Unidos - mesmo período em que se iniciavam as discussões na Europa sobre os OGMs. O fato trouxe à tona a necessidade de maior prudência na utilização dos transgênicos. Na ocasião, cerca de 5 mil pessoas ficaram doentes. Destas, 37 morreram e mais de 1.500 apresentaram seqüelas constantes. Isso ocorreu após terem consumido um complemento alimentar feito a partir de bactérias geneticamente modificadas, denominado "triptofano"

(aminoácido componente de proteínas), que causou a Síndrome de Eosinofilia-mialgia (aumento de um tipo de glóbulos brancos no sangue) e mialgia (nome dado à dor muscular), que apresenta como sintomas dores musculares e aumento de glóbulos brancos (leucócitos). O complemento alimentar foi produzido pela empresa japonesa Showa-Denko, sendo retirado do mercado logo em seguida. Outro fato registrado ocorreu com a empresa Pioneer Hi – Bred International, a qual desenvolveu uma pesquisa com relação ao plantio de soja. Na semente seria introduzido um gene existente na castanha-do-pará, que produziria uma proteína rica em aminoácido metionina, fazendo com que seus grãos tivessem um valor nutritivo superior, preferencialmente para o gado. A castanha, porém, gerou reações alérgicas em alguns seres humanos. Baseados nesta constatação cientistas munidos de sangue com reação alérgica ao produto testaram a soja geneticamente modificada, obtendo como resultado a confirmação de que desencadeava também reações alérgicas. A empresa desistiu da pesquisa, uma vez que a soja seria oferecida aos rebanhos, cuja carne seria consumida por seres humanos podendo ocasionar os referidos problemas de saúde (RODRIGUES, 2002).

As conseqüências do uso de organismos geneticamente modificados acarretaram insegurança na população mundial, devido à ocorrência destes acidentes com o uso da genética na produção de alimentos. Todos estes acontecimentos fizeram com que surgissem discussões em torno da liberação dos transgênicos e os riscos do uso da genética em alimentos para consumo humano.

No que tange ao meio ambiente, existem estudos revelando as conseqüências aos seres vivos a partir da utilização de OGMs na agricultura, por exemplo. A exposição de insetos e microorganismos a substâncias tóxicas produzidas pelos vegetais geneticamente modificados pode ocasionar a sua eliminação, provocando sério impacto ambiental. Além disso, pesquisas citam a possibilidade de que algumas culturas transgênicas, quando plantadas sob condições edafoclimáticas específicas, apresentem queda na produtividade em relação à convencional; alteração no metabolismo humano a partir do consumo de certas substâncias transgênicas; oligopolização do mercado de sementes (risco tecnológico); aumento no preço final do produto, a partir da rotulagem de OGMs; dependência e exclusão dos pequenos agricultores, devido ao patenteamento da tecnologia pelas empresas que detêm o tipo de pesquisa (GUERRANTE, 2003).

A análise dos potenciais riscos relacionados ao uso de organismos geneticamente modificados é de grande importância, uma vez que podem contaminar o meio ambiente trazendo prejuízos à saúde humana - um dos grandes temas em pauta. A exemplo dos incidentes relatados, os consumidores tornaram-se receosos de consumir produtos

modificados geneticamente. Com certeza não se pode tirar a razão de parcela da população mundial quando o assunto é a segurança alimentar. A ocorrência de efeitos colaterais, a curto ou longo prazo, à saúde humana passou a ser uma grande preocupação da sociedade.

Já no âmbito econômico e social, Capra (2002) é categórico ao afirmar que todo o avanço tecnológico ocorrido até hoje é incentivado pelos lucros. Empresas como a Monsanto produziram soja resistente a um tipo específico de herbicida, controlando o mercado do setor e aumentando a dependência dos produtores, fazendo uso dos direitos de propriedade intelectual. Sobre isso o autor se manifesta:

> [...] Através de uma série de grandes fusões, e em virtude do controle rigoroso possibilitado pela tecnologia genética, o que está acontecendo agora é uma concentração nunca antes vista da propriedade e do controle sobre a produção de alimentos. As dez maiores empresas agroquímicas controlam 85 por cento do mercado mundial; o objetivo desses gigantes empresariais é criar um único sistema agrícola mundial no qual eles possam controlar todos os estágios da produção de alimentos e manipular tanto os estoques quanto os preços da comida [...] as causas radicais da fome no mundo não têm relação alguma com a produção de alimentos. São a pobreza, a desigualdade e a falta de acesso aos alimentos e à terra. As pessoas ficam com fome porque os meios de produção e distribuição de alimentos são controlados pelos ricos e poderosos. A fome no mundo não é um problema técnico, mas político (2002, p. 196-198).

Afirmações como a do autor supracitado colocam em discussão o poderio econômico de grandes multinacionais do setor biotecnológico. A liberação ou não do plantio e comercialização passa por questões muito mais relevantes. De um lado, multinacionais como a Monsanto defendem a comercialização de seus produtos, garantindo que não fazem mal à saúde. De outro, apresentam-se entidades e instituições não-governamentais que exigem a proibição do consumo por não haver testes que garantam a segurança alimentar na ingestão de OGMs.

Neste contexto emerge o debate acirrado entre organizações não-governamentais e multinacionais, como relata Xavier Filho et al.:

> Recentemente, vem-se questionando a empresa Knorr, que está sendo acusada, pelo Greenpeace, de usar milho transgênico na fabricação de suas sopas. A empresa nega o uso de milho modificado, entretanto, os testes de laboratórios europeus confirmaram a presença de transgênicos nas sopas (2002, p. 121).

Razões à parte, é importante voltar a frisar que a utilização de práticas de engenharia genética possibilitam gradativamente descobertas importantes para a humanidade, a exemplo da produção de medicamentos, como a insulina para diabéticos.

Sendo assim, chegar a uma definição concreta sobre a existência ou não de riscos a partir da produção de transgênicos implicaria uma análise ainda mais profunda sobre o assunto, levando em consideração o lugar que a questão ocupa no contexto mundial. Identificar a posição de países como os Estados Unidos, por exemplo, é essencial para uma análise ainda mais transparente a respeito dos reflexos econômicos e sociais dos OGMs à sociedade, temática a ser abordada no próximo item.

3. O INTERESSE INTERNACIONAL NA LIBERAÇÃO OU NÃO LIBERAÇÃO DOS OGMS – UNIÃO EUROPÉIA *VERSUS* ESTADOS UNIDOS

A polêmica discussão travada há alguns anos em torno da liberação da produção e comercialização de Organismos Geneticamente Modificados não se caracteriza, apenas, por um embate político ou social. Pelo contrário, a questão dos transgênicos ocupa posição central nos debates mundiais, principalmente quando o assunto envolve a produção de alimentos mediante a utilização de soja modificada.

Segundo maior produtor de soja do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, o Brasil ocupa papel de destaque no mercado mundial. A definição de uma posição concreta e objetiva sobre a liberação dos transgênicos no país depende, primordialmente, de uma análise profunda sobre a posição do mercado internacional no que se refere às vantagens e desvantagens econômicas para as nações desenvolvidas.

Neste tópico, portanto, há uma abordagem sobre a atual posição internacional a respeito dos OGMs, levando em consideração a visão de países da União Européia e dos Estados Unidos.

De acordo com Guerrante (2003), durante os anos de 1986 a 1995, 56 tipos de diferentes culturas transgênicas foram testados em 15 mil locais de 34 diferentes países. Isso mostra que a intenção de produzir transgênicos e buscar identificar os seus benefícios e uso seja no setor de alimentos ou medicamentos, era um anseio mundial, embora a decisão de plantar e comercializar OGMs ainda divida a posição de alguns países. O mencionado autor continua ressaltando:

> Entre 1996 e 1997, o número de países que testaram plantas geneticamente modificadas em campo aumentou para 45, tendo sido conduzidos, somente nesses dois anos, mais de 10 mil experimentos. A área global plantada com culturas geneticamente modificadas para comercialização cresceu de 1,7 milhão de hectares, em 1996, para 44,2 milhões de hectares em 2000, área equivalente ao dobro do território do Reino Unido. Em 2001, o plantio de lavouras geneticamente modificadas aumentou 20%, passando a ocupar uma área de 52,6 milhões de hectares (2003, p. 48).

Neste contexto se torna esclarecedor saber que os Estados Unidos, atualmente, lideram o ranking de consumo de alimentos transgênicos, pois de um total de 79 milhões de toneladas de soja produzidas em solo norte-americano, 54% são transgênicas, de acordo com os dados publicados na Folha de São Paulo On Line em 11 de maio de 2004. É importante lembrar que este país é sede de uma das maiores empresas do setor de biotecnologia, a Monsanto. Em segundo e terceiro lugares estão Canadá e Argentina, onde o plantio e a comercialização de OGMs são liberados. Sobre a posição dos Estados Unidos a respeito da produção de transgênicos, Rodrigues leciona:

> Nos Estados Unidos da América a legislação e regulamentação da utilização de técnicas para a elaboração de Organismos Geneticamente Modificados e consumo destes produtos é a mais flexível que existe em todo o mundo, pois os componentes transgênicos em alimentos são considerados neste país aditivos, não tendo necessariamente que passar pela aprovação um tanto quanto rigorosa do FDA (*Food and Drug Administration*), órgão fiscalizador do governo americano responsável pela realização de testes de segurança em Organismos Geneticamente Modificados a serem colocados no mercado de consumo. Sendo ainda, que para a política americana com relação a esses produtos qualquer tipo de cerceamento à sua produção e consumo, não passam de exagero, excesso de protecionismo (2002, p. 134).

Sobre a atuação dos Estados Unidos no mercado de transgênicos, Capra é incisivo sobre a produção liberada das plantas transgênicas, principalmente no que concerne à alimentação:

> Nos Estados Unidos, as empresas de biotecnologia persuadiram a Administração de Alimentos e Medicamentos (FDA) a considerar os alimentos transgênicos como "substancialmente equivalentes" aos alimentos tradicionais, o que exime os produtores de alimentos de submeter seus produtos aos testes normais da FDA e da Agência de Proteção Ambiental (EPA) e deixa a critério das próprias empresas rotular ou não seus produtos como transgênicos. Assim, o público não é informado sobre a rápida disseminação de alimentos transgênicos e os cientistas têm muito mais dificuldade para identificar os possíveis efeitos nocivos (2002, p. 208).

Segundo afirmação feita pelo presidente da empresa americana Monsanto, em 8 de março de 2000, "os transgênicos estão presentes atualmente em 60% de toda a comida processada no país" (SHAPIRO apud RODRIGUES, 2002).

Realmente a visão norte-americana sobre a produção de alimentos transgênicos não é compartilhada pela União Européia. O temor desses países é que haja uma proliferação de produtos transgênicos sem um controle mais rigoroso – o que se tornaria perigoso aos consumidores, além de não haver um levantamento sobre o impacto ambiental e à saúde humana.

Neste cenário, diante do incontestável progresso científico e tecnológico, predomina certo sentimento de incerteza quanto ao futuro de um mundo em constante mutação e à dimensão do risco tecnológico, da insegurança jurídica e da insuficiência da abordagem ética.

A questão que também se impõe é que a ciência não se associa apenas às inovações tecnológicas, aos avanços do conhecimento, mas acaba por gerar também o fato econômico.

A competitividade pela dominação do mercado internacional no que diz respeito à esfera agrícola, mais especificamente no que tange ao domínio da técnica utilizada pela transgenia, tendo como pano de fundo o interesse econômico, parece ser realmente um fato de redundância da polêmica existente, mormente quando discute a controvérsia existente entre Estados Unidos e Comunidade Européia quanto a este tema.

A corroborar com a constatação supramencionada, torna-se pertinente trazer a lume o resultado da pesquisa realizada pela União Européia, divulgada no *site* do Ministério da Ciência e Tecnologia – CT Brasil – em 10 de dezembro de 2001, que concluiu em um estudo realizado no período de 15 anos (entre 1985 e 2000), que as plantas geneticamente modificadas não só são livres de riscos para o consumo humano e o meio ambiente, como podem ser ainda mais seguras do que as convencionais. Consta ainda no estudo a afirmação de que não foi encontrado qualquer risco à saúde humana ou ao meio ambiente, além dos já

percebidos nas plantas convencionais. Além disso, o uso de uma tecnologia mais precisa e a maior rigidez dos processos de regulamentação fazem das plantas e alimentos geneticamente modificados, provavelmente, produtos mais seguros que os já conhecidos. O estudo acompanhou todo o processo, desde o desenvolvimento das plantas geneticamente modificadas até o consumo dos alimentos delas derivados. Também analisou outros produtos originários da biotecnologia, como peixes geneticamente modificados e vacinas (SOUZA, 2001).

O que se pode perceber acerca destas questões é que embora a União Européia tenha realizado e divulgado uma longa pesquisa sobre o caso em tela, e tenha concluído pela ausência de riscos à saúde humana e meio ambiente no consumo de produtos transgênicos, mesmo assim optou por adotar uma postura contrária à produção e comercialização destes produtos. Talvez esta postura da Comunidade Européia encontre fundamento na questão econômica e na disputa do comércio agrícola com os Estados Unidos.

Sobre a posição da União Européia neste contexto Rodrigues esclarece:

> A União Européia, que não comunga da mesma idéia dos norte-americanos, entende que está havendo por parte dos detentores desta técnica uma certa imprudência manifestada pela rapidez de difusão de cada novo produto transgênico, sem se auferir o grau de conseqüências ou resultados bons ou maus, advindos de uma nova experiência. O pensamento europeu possui essa tendência em razão inclusive, da triste conseqüência vivenciada por eles pela utilização de produtos que sofreram algum tipo de inferência "transgênica", tais como a carne bovina que produziu como fruto a vulgarmente conhecida "doença da vaca louca", [...] A União Européia, desde 1997, exige que a embalagem de produtos oriundos de práticas transgênicas mencione que os mesmos foram produzidos a partir da reengenharia de DNA. A aceitação de tais produtos tem por parte dos consumidores europeus uma resistência muito grande, justamente por ainda não terem sido testados e não se poderem avaliar quais as conseqüências de sua utilização diária [...] (2002, p. 136).

Ainda com base em Rodrigues, destaca-se que o cultivo de plantas transgênicas prolifera por todo o mundo, tornando-se um problema mundial por envolver questões relacionadas com meio ambiente, consumo, saúde pública, etc., pois

> atualmente, as plantações transgênicas atingem todo o mundo. Os Estados Unidos são produtores de melão, soja, tomate, algodão, milho, canola e batata. Na União Européia se produzem todos esses alimentos com exceção do melão e no Canadá inclusive o melão e trigo, com exceção do tomate. Na Argentina já se planta soja, milho e algodão transgênicos (2002, p. 136).

Como anteriormente ressaltado, a União Européia não comunga da mesma posição norte-americana quanto à comercialização dos OGMs, possui a UE uma legislação de rotulagem de transgênicos, considerada muito rígida e abrangente no que se refere a organismos geneticamente modificados. De acordo com as informações divulgadas pela ONG Greenpeace, em seu *site* no Brasil, essa legislação entrou em vigor em 18 de abril de 2004 e trata da rastreabilidade e da rotulagem para OGMs. A descrição feita pela Organização sobre esta nova lei destaca que os consumidores do Velho Mundo poderão exercer o direito de escolher se querem consumir alimentos transgênicos ou não. Essa definição do bloco europeu deverá intensificar a procura por alimentos não-transgênicos.

Na visão do engenheiro agrônomo Maisepe, os países europeus dependem significativamente da importação de cereais, seja da soja ou do milho, o que acaba por interferir na decisão da União Européia de consumir transgênicos:

> Embora a Europa tenha se posicionado contra os transgênicos, ela depende, no caso da soja e do milho para as rações de sua pecuária, das importações dos Estados Unidos e Argentina, e, por isso, está e estará usando material transgênico, queira ou não. Assim, não poderíamos importar leite da Europa. Não permitir o uso de transgênicos no caso da soja e do milho representa uma diferença de custo contra nós de 20%. Num mundo de economia globalizada, queiramos ou não, proibir o uso de transgênicos é inadmissível, pois se não for acompanhada da proibição da sua importação, resultará em graves prejuízos pela queda das exportações e aumento das importações, desemprego da população pobre ou em dificuldades econômicas, como é o caso daqueles envolvidos na agricultura (apud ALMEIDA, 2004, p. 31).

Dessa forma, a indispensabilidade da rotulagem já é uma realidade e uma exigência européia, onde o consumidor tem condições e direito de optar pelo consumo de alimentos totalmente livre de transgênicos ou não. Como em todas as questões que a sociedade humana tem discutido em foro público, os antagonismos sempre estão presentes, embora hoje estejam

aliadas à complexidade de desenvolvimento tecnológico e não diretamente a posições político-ideológicas, pois a questão terá ainda um longo desenrolar de debates e discussões pela frente.

Cabe referir igualmente que a decisão que foi tomada pelo Brasil sobre comercializar ou não os OGMs leva em consideração justamente o cenário internacional de grãos, com ênfase para a soja. Sobre isso Maisepe afirma:

> [...] Por outro lado, se o Brasil não permitir, imediatamente, o plantio de transgênicos em larga escala, ficará sujeito a uma competição de produtos mais baratos dos concorrentes, durante pelo menos três anos, o tempo necessário para alcançarmos uma grande produção. Aumentarão os gastos com importação de sementes, pois a produção interna levará algum tempo. Proibir a produção de transgênicos sem proibir o consumo é uma insensatez, falta de inteligência porque teremos o ônus do aumento do custo de produção, a concorrência dos outros e, ainda assim, ficaremos sujeitos aos possíveis danos causados pelo seu consumo. Única resposta que podemos dar à investida dos grandes grupos internacionais na pesquisa agrícola é lutar por mais verbas para as nossas instituições poderem competir com eles (apud ALMEIDA, 2004, p. 32).

Por ora, pode-se constatar que o interesse em produzir OGMs envolve uma série de questões de extrema relevância para os países desenvolvidos e em desenvolvimento, levando em consideração o aspecto econômico. A seguir será traçado um panorama geral sobre a participação nos mercados e atividades das empresas que atuam diretamente no setor de produção de organismos geneticamente modificados.

4.TRAJETÓRIA DAS GRANDES EMPRESAS DO MERCADO DE SEMENTES GENETICAMENTE MODIFICADAS

Importante questão é focalizada mediante análise do mercado de sementes em nível mundial pela demonstração do reduzido número de empresas atuantes neste ramo.

Segundo Guerrante (2003), no ano 2000 somente três empresas controlavam 20% do mercado mundial – proporção que, em 1994, estava sob o poder de doze empresas – e as dez principais representavam, em conjunto, 31% das vendas mundiais. Essas empresas são as norte-americanas Dupont (Pioneer), Down AgroSciences, Delta&Pine Land e Pharmacia

(Monsanto), a suíça Syngenta, Group Limagrain e Aventis da França, Grupo Pulsar (Seminis) do México, Advanta do Reino Unido e Holanda e a alemã KWS AG. Há estimativas de que o mercado mundial de sementes – OGMs e convencionais – ultrapasse os US$ 23 milhões.

Quando o assunto é o mercado mundial de sementes geneticamente modificadas verifica-se a formação de grandes conglomerados. Gerrante (2003, p. 104) adverte que "esse setor é caracterizado por um oligopólio, no qual apenas cinco empresas detêm 91% das vendas totais. O lançamento de novas variedades é a tônica da tomada de liderança ou da manutenção da posição nesse mercado".

As cinco grandes empresas que dominam o mercado internacional de sementes GMs são a Monsanto, Syngenta, Aventis, Du Pont (Pioneer) e Dow AgroSciences. As principais sementes comercializadas pela Monsanto são de algodão, batata, canola, milho, soja e tomate. Já a Syngenta comercializa milho e tomate. A Aventis produz sementes de arroz, canola, milho, soja e tomate. A empresa Pioneer comercializa sementes de algodão, canola, milho e soja. Finalmente a empresa Dow AgroSciences comercializa as sementes de milho e de soja (GUERRANTE, 2003).

Desta maneira, ainda de acordo com a autora:

> No Brasil, o mesmo processo pôde ser observado, sob a responsabilidade das mesmas empresas européias e norte-americanas. Até meados dos anos 90 havia mais de mil empresas multiplicadoras e vendedoras de sementes melhoradas. Com exceção do milho híbrido (dominado apenas por três grandes empresas privadas), quase todo o melhoramento vegetal e lançamento de novas variedades era realizado por empresas públicas, como a Embrapa, as empresas estatais de pesquisa e universidades. Por meio da compra de empresas de capital nacional estrangeiro com experiência no melhoramento de sementes de soja, milho, sorgo, algodão e arroz, a entrada dessas multinacionais no setor de GMs foi concretizada (2003, p. 107).

Capra possui uma visão bastante crítica quanto à função das empresas que exploram e se alicerçam na manipulação genética, lembrando que a natureza não pode ser submetida ao controle humano:

> Esta visão estreita ignora a dinâmica autogeradora e auto-organizadora que é a própria essência da vida e redefine os organismos vivos, ao

> contrário, como máquinas podem ser controladas de fora, patenteadas e vendidas como recursos industriais. A própria vida tornou-se a suprema mercadoria [...] No sentido antigo do termo, um recurso natural, como todas as formas de vida, é algo intrinsecamente dotado do poder de auto-renovação. Essa compreensão profunda da vida é negada pelas novas "empresas de ciência da vida", que impedem a auto-renovação da vida a fim de transformar os recursos naturais em matérias-primas lucrativas. Elas fazem isso combinando alterações genéticas (entre as quais as chamadas "tecnologias terminais") com pedidos de patentes, as quais violam antiqüíssimas práticas agrícolas que respeitam os ciclos da vida (2002, p. 209).

Detentora da tecnologia de soja transgênica, a Monsanto lidera hoje o mercado de biotecnologias do setor. Pelo seu papel exercido no mercado internacional, com filiais instaladas em diversos países, é relevante citar a trajetória da referida empresa. Fundada em 1901, com sede em St. Louis, no Missouri, a Monsanto tem uma história de diversificação, acabando por relegar seu principal ramo de atividade, que era o químico, a segundo plano, em proveito de atividades mais rentáveis e mais dinâmicas do ponto de vista da inovação, como as chamadas "Ciências da Vida" (GUERRANTE, 2003).

Outra empresa que detém as tecnologias é a Syngenta, a qual foi baseada em Basel (Suíça) e surgiu da fusão de duas outras organizações já atuantes do setor de agroquímicos, a Zeneca Agrícola e a Novartis, que tinham suas atividades voltadas para a produção de sementes GMs e convencionais. Já a Novartis surgiu da fusão de duas empresas suíças, a Ciba e a Sandoz, que apesar de terem suas origens no ramo farmacêutico, também atuavam no mercado de sementes e de defensivos agrícolas. A Ciba foi a companhia pioneira em comercializar sementes de milho geneticamente modificados nos EUA. A Aventis teve sede em Strassbourg (França), tendo também surgido de duas outras empresas voltadas para a produção de sementes GMs, convencionais e de defensivos agrícolas, a Rhône-Poulenc e a Hoescht. Já a DuPont, com sede em Wilmington (Delaware), é hoje a maior empresa de sementes do mundo, com vendas anuais em torno de US$ 1,9 bilhão. Esta multinacional também atua na produção de agroquímicos, de vidros resistentes a furacões e de medicamentos para o tratamento da osteoporose. A quinta empresa a ser mencionada entre as que dominam o mercado internacional de sementes é a Dow AgroSciences, sediada em Indianópolis (Indiana) atuante na produção de agroquímicos e de produtos biotecnológicos voltados para o melhoramento qualitativo e quantitativo dos alimentos. Em 2001 esta empresa anunciou a compra da divisão agroquímica da Rohm and Haas por US$ 1 bilhão, envolvendo

linhas de produção de herbicidas, fungicidas e inseticidas, bem como o acesso a todas as técnicas biotecnológicas de aplicação na agricultura (GUERRANTE, 2003).

Conforme se verificou pela trajetória das multinacionais supracitadas e que atuam intensamente no mercado de sementes, houve inúmeras aquisições, fusões e associações com organizações dos setores agroquímico, farmacêutico e alimentar, principalmente com empresas sementeiras e outras companhias especializadas em biotecnologia (GUERRANTE, 2003).

Este fato representa a existência de um conglomerado econômico exercido por estas empresas, em especial, no caso em tela, quanto à exploração da comercialização de sementes GMs, na forma de um gigantesco oligopólio. Esta situação encontra substrato na existência da tão mencionada e discutida globalização econômica, pela qual as grandes multinacionais exercem ascendência e dominação no mercado mundial, como também se vislumbra em outras áreas de atuação que não somente na comercialização de sementes transgênicas.

5. MANIPULAÇÕES GENÉTICAS E BIOÉTICA

A manipulação genética é o resultado do controle da natureza pelo homem de forma nunca antes vista. Falar em engenharia genética implicaria também abordar todos os procedimentos desenvolvidos em humanos ou não que venham a resultar de procedimentos científicos cada vez mais modernos.

Diante do crescimento significativo de novas técnicas, pode-se afirmar, ainda, que é uma incógnita saber até onde o homem pode chegar controlando as leis da natureza. Controlar parece ser a palavra ideal a ser usada neste contexto, dado que o homem passou a ter em suas mãos o poder de recriar, manipular e clonar a vida. Além disso, a gama de informações disponíveis no mercado sobre o assunto ainda parece ser insuficiente para atender à demanda de questionamentos da comunidade em geral, sobre os mais diferentes aspectos relacionados à manipulação de genes. Sobre esse aspecto Rodrigues discorre:

> [...] A vida, sua qualidade e a morte, estão amplamente vinculadas à temática abordada, uma vez que a bioética é a ética aplicada à "vida" e o que se busca é demonstrar como esta pode ser aplicada na sua prática, com relação aos alimentos transgênicos, no que estão ligados à vida, à qualidade de vida e, portanto, na conseqüência esperada pelo homem com o decorrer do tempo, a morte. [...] para que o ser humano se situe, para que tome consciência de que é um ser que deve se

> encontrar dentro da própria dimensão temporal, afinal de contas cada indivíduo faz sua própria história, mas sempre influenciado pelo meio e sistema em que se acha, muitas vezes não por escolha livre, mas sim, por situações impostas, como vem sendo o caso dos alimentos transgênicos, que estão fazendo parte da mesa cotidiana dos seres humanos e estes nem ao menos têm consciência do que estão ingerindo (2002, p. 77 – 78).

Quando se reflete acerca do significado da vida é inevitável proceder a uma correlação entre vida e ciência, pois as duas estão interligadas, sendo a ciência, em muitas circunstâncias, a responsável pela perpetuação e continuidade da vida quando realiza descobertas científicas capazes de propiciar curas inimagináveis em relação ao ser humano, ou ainda, propiciar às mulheres a realização do sonho de serem mães quando a natureza por si só não lhes permite.

A sociedade é uma ordem complexa e se alicerça em constantes transformações, acumulando novos e maiores conhecimentos. Estas mutações do saber aliadas às inovações da ciência conduzem, como não poderia deixar de ser, a um processo de tensões, incertezas e inquietudes, pois sedimentam descobertas científicas, novas possibilidades, como as experiências genéticas, enfim, paradigmas que afrontam valores até então vigentes.

A ciência é responsável pelas grandes transformações, pois é por seu intermédio que existem pesquisas que buscam uma melhor qualidade de vida para o ser humano, procurando soluções para as dificuldades que surgem na área médica, biológica e social.

Pelas pesquisas atuais adquire-se consciência do progresso no campo das ciências da vida, que relatam a impossibilidade de se desvincular a ciência dos resultados sociais das tecnologias por elas geradas, pois por meio dela que decorrem fatos impensados, como a explosão da bomba nuclear, causadora de conseqüências gravíssimas aos seres vivos, mas não se deve deixar de destacar que a ciência também proporciona vitórias (SCHOLZE, 2002).

A autora destaca ainda que as pesquisas na área da ciência permitiram ao homem um avanço no campo da saúde de extrema relevância para a humanidade, pois o direito à pesquisa científica mostra-se como algo digno de proteção, mas também muitas vezes é visto como responsável pelo mau uso da tecnologia na área científica. Tal liberdade alcançada pela ciência deve ser respeitada, pois deve atender aos interesses do pesquisador, e, ao mesmo tempo, os interesses coletivos para a ampliação do conhecimento científico, tendo em vista os benefícios gerais que podem surgir para a sociedade contemporânea.

Tratando da liberdade de criação científica Scholze igualmente destaca:

> É assegurada na Constituição Federal, entre os direitos e deveres individuais e coletivos, ao proclamar, no art. 5º, inciso IX, ser "livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Trata-se de mandamento que assegura o reconhecimento e a proteção do direito à produção e à criação científica. Não se cogita de atividade científica livre se a pesquisa é submetida a controles excessivamente rígidos, proibições e restrições. A aquisição de conhecimento científico, satisfeito mediante a atividade de pesquisa, há que dedicar, no entanto, atenção aos procedimentos utilizados para obter tal conhecimento, sobretudo quando estão envolvidos direitos e interesses de terceiros. Contudo, na busca da verdade científica, o pesquisador não pode esquecer um dos princípios mais antigos da medicina, qual seja, o de primum non nocere – "em primeiro lugar , não causar dano". Embora se reconheça a legitimidade à livre expressão da investigação científica, são estabelecidos como limites a essa liberdade, bem como qualquer outra liberdade, outros direitos e garantias fundamentais proclamados no Título II da Constituição Federal, notadamente o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à intimidade, à vida privada, à honra e à própria imagem (2002, p .72 - 73).

A liberdade científica reveste-se de grande valor para a sociedade atual, mas deve-se realçar que a vida é o retrato dos atos e das conseqüências do ser humano, pois o futuro de toda a sociedade depende da ação do homem, que pode colocar em risco o destino da humanidade. Não se trata somente de entender o significado da palavra vida no contexto etimológico ou biológico, mas sim no sentido filosófico. Está na hora de o homem refletir em que consiste a vontade de viver, de que maneira quer viver e para que está vivendo (RODRIGUES, 2002).

A autora destaca que o homem só conseguirá alcançar um equilíbrio quando deixar de ser individualista, e se o ser humano continuar a pensar somente em si, não vai alcançar a prosperidade, pois tudo que acontece em uma sociedade atinge a todos, como a miséria, a violência e a destruição do ecossistema. Tudo que acontecer agora vai trazer conseqüências para as gerações futuras. Para alcançar uma boa qualidade de vida o homem deve ter noção que na maioria das vezes está fazendo o mal para si próprio e para os seus, como acontece com o surgimento de guerras entre países, que somente visam expandir o seu poder pelo mundo. Existe uma fórmula para que tudo mude: quando o homem compreender o verdadeiro significado da palavra ética dizendo respeito à vida, melhorando assim a qualidade da sua

existência, na aceitação do fim, pela ocorrência da morte. Desse modo existirá uma esperança para que o quadro atual mude e o ser humano trate a vida como algo único, respeitando-a na sua integridade.

Para uma melhor compreensão do significado da bioética é de suma importância discorrer sobre o que significa biologia e o que significa ética, pois as duas fazem nascer o que hoje se denomina bioética.

Primeiramente a vida não era tratada de forma científica, mas de maneira filosófico-religiosa. Os povos primitivos baseavam-se em tradições e lendas para encontrar explicações sobre a origem da vida e do universo. Já para os gregos os céus e a terra surgiram do caos, pela ação do tempo. Somente por volta de seis séculos antes de Cristo apareceram as primeiras definições sobre a origem da vida. O que se sabe, contudo, sobre a origem da existência é que para haver vida são necessárias condições físicas e químicas, como o ar e o calor. Aqui insere-se a biologia, cuja disciplina teve como objetivo buscar responder questões sobre a origem da vida (RODRIGUES, 2002).

Nos anos 30/40 do século XX ocorre uma descoberta acerca da era da informação e da informática; surge também uma nova fase em torno da revolução industrial, que produz as criações planejadas pelo homem. É o nascimento da nova era, a atômica, que ocasionou sérias conseqüências para a saúde humana, fazendo com que o homem repensasse a fé e a ciência. Foi então que o ser humano se conscientizou de que a ciência e a técnica não resolveriam todos os problemas éticos, filosóficos e espirituais, entendendo que se deve conceituar o que é ser bom, de que trata a ética e o que se quer dizer com ser ético (RODRIGUES, 2002).

Muito se discutirá ainda sobre o verdadeiro significado da palavra ética, pois ela e a moral fazem parte da sociedade. A ética é essencial no comportamento humano, não pode existir uma sociedade justa sem a ética, não se conseguiria colocar limites para os atos do homem e a convivência seria impossível. A ética abrange todos os sistemas, tanto na área profissional como religiosa. É imprescindível que todos tenham a referência da ética como uma ciência que coloca normas, limites e valores para um convívio tranqüilo e correto entre todos os povos.

É nesse contexto de observância da ética no comportamento humano que surge a necessidade do estudo da bioética como ciência de certo modo original no ramo do Direito onde se vislumbra e discute a utilização dessa noção frente aos experimentos e cultivo de organismos geneticamente modificados. Opina Scholze sobre a origem e as características da bioética:

> Historicamente, a bioética tem origem na ética médica, pois desta se origina o estudo da decisão moral no âmbito da prática médica, seja centrada na relação médico-paciente, seja na pesquisa da saúde humana. Essa ética médica, que afirma o respeito à vida humana como valor determinante, não se afastaria da religião senão recentemente [...], esse modelo tradicional, segundo o qual os fatores sociais, a família e o Estado estavam subordinados à figura paternalista do médico, passa a ser contestado a partir dos anos de 1960 sob influência do ambientalismo e do movimento ecológico, dando ensejo ao surgimento da bioética como novo campo de reflexão e de análise dos problemas éticos suscitados pelas inovações da biologia e da medicina. Sabe-se que o neologismo "bioética", no sentido de ética aplicada à vida, foi cunhado nos Estados Unidos [...] e a palavra bioética é primeiramente usada pelo médico oncologista Van rensselder Potter, da Universidade de Winsconsin, Madison, na obra Bioethics: bridge to the future, que foi publicada em janeiro de 1971. Potter é que primeiro propõe uma nova disciplina chamada bioética, que se converteria em uma ponte entre duas culturas, a cultura científica e a cultura humanística [...] (2002, p. 192 - 193).

Averiguar o aspecto moral e a conduta adotada nos experimentos científicos relacionados à manipulação genética é um fator que merece a atenção da humanidade, pois se forem subestimadas a ética e a moralidade da conduta humana nestes tipos de experimentos (por exemplo, na clonagem humana e animal), estar-se-á admitindo a possibilidade de ocorrer o completo caos da existência do homem sobre a terra, pois desastres científicos poderão sobrevir.

Pode-se definir, segundo Scholze (2002, p. 196-197), que "a nova disciplina bioética é uma urgente e necessária sabedoria de prover a averiguação de como usar a razão para uma mais responsável presença do homem na promoção da qualidade de sua vida".

O desenvolvimento célere da biotecnologia no mundo contemporâneo está a caracterizar uma inegável readaptação e reavaliação dos valores éticos e socioeconômicos, enfim, uma superação do modelo paradigmático vigente.

Estas mutações oriundas do avanço tecnológico exercem influência diretamente na produção de alimentos por meio do melhoramento genético de plantas e animais. Com efeito, a discussão acerca da descoberta das plantas transgênicas toma dimensões universais, sendo alvo de uma das maiores polêmicas da atualidade.

6. CONCLUSÃO

O acirrado debate ético e jurídico sobre os alimentos transgênicos está diretamente relacionado com o controle do desenvolvimento científico e indica a necessidade do conhecimento público acerca da ciência e pesquisa genética, bem como a regulamentação legal correspondente. Há uma inegável dicotomia da implantação de novas tecnologias genéticas pela sociedade, ou seja, emergem reações positivas frente aos resultados benéficos da existência e comercialização de organismos geneticamente modificados, bem como reações negativas pelos riscos e incertezas destes alimentos para o meio ambiente e a saúde humana.

7. REFERÊNCIAS

CÂMARA, Ibsen Gusmão. ***Proteção da Diversidade Cultural e Biológica***. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero8/painel14.htm> Acesso em: 20 maio 2004.

CAPRA, Fritjof. ***A Teia da Vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos***. Traduzido por Newton R. Eichemberg. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

_____. ***As Conexões Ocultas: Ciência para uma vida sustentável***. Traduzido por Marcelo B. Cipolla. 3. ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

_____. ***O Ponto de Mutação***. Traduzido por Álvaro Cabral. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 1992.

GREEENPEACE. Fonte: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/. Consultado em 10.06.2004.

GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. **Transgênicos: uma visão estratégica**. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

OST, François. **A natureza à margem da lei**. **A ecologia à prova do direito.** Traduzido por Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

RIOS, Aurélio V. Veiga. **Questões sobre Biossegurança.** In Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade. Brasília, Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, n. 8, 1999.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Biodireito: Alimentos Transgênicos.** São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente.** Traduzido por Magda Lopes.São Paulo: Studio Nobel, 1993.

SERRES, Michel. **O Contrato Natural**. Traduzido por Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. ***Patentes, Transgênicos e Clonagem***. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

VIOLA, Eduardo J.; LEIS, R. Hector. **A Evolução das Políticas Ambientais no Brasil, 1971 – 1991**: Do bissetorialismo preservacionista para o multissetorialismo orientado para o desenvolvimento sustentável. Daniel Joseph Hogan. Paulo Freire Vieira (orgs.), 2. ed. São Paulo. Campinas: Ed. da Unicamp, 1995.

XAVIER FILHO, Lauro. et al. **Saiba mais sobre Transgênicos**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2002.

BIOÉTICA E ALOCAÇÃO DE RECURSOS EM SAÚDE: reflexões sobre o compartilhamento democrático das tecnologias médicas avançadas

BIOETHICS AND RESOURCES ALLOCATION IN HEALTH: reflections on the democratic sharing of advanced medical technologies

Renata Oliveira da Rocha*

Resumo: O estudo tem como objetivo fundamental avaliar o compartilhamento democrático do acesso da população aos bens e serviços de saúde resultantes do progresso científico. O direito à saúde na pós-modernidade apresenta dilemas que o Direito, diante da crise paradgmática atual, não consegue responder sem se adequar à nova realidade, aos novos atores e, evidentemente, sem utilizar novas ferramentas. O progresso científico na área médica ao mesmo tempo que pede reflexões a respeito dos limites que devem ser impostos aos experimentos científicos com seres humanos, tendo em vista, especialmente, os perigos ainda desconhecidos dessa prática, evidencia a necessidade de que sejam criados meios para que esse progresso exista tão somente para o bem da humanidade. Contudo, o que se nos depara na realidade é a exclusão dos menos favorecidos, dos "vulnerados", com relação ao acesso aos benefícios decorrentes das tecnologias médicas avançadas em face, notadamente, dos elevados custos que as acompanham. Diante desses casos, a Bioética constitui a ferramenta legítima e pertinente, em condições de oferecer o arcabouço teórico de critérios de alocação de recursos para a solução do problema, em consonância com a justiça social.
Palavras-chave: 1 Bioética; 2 Direito à Saúde; 3 Tecnologias Médicas Avançadas; 4 Alocação de Recursos em Saúde; 5 Justiça Social.

Abstract: The fundamental purpose of this research is to evaluate the democratic sharing of wide access to the benefits and services from scientific progress.
The right to healthcare in the post-modernity era presents dilemmas that the Law, amidst the current paradigmatic crisis, cannot attend without adapting to the new reality, to the new authors and, evidently, without the use of new tools.
The medical scientific progress invites caution and reflexion regarding scientific experiments mainly due to the unknown dangers of its practices and at the same time, exposes the necessity to create ways for that progress to effectively serve the good of mankind.
Nevertheless, the current reality we face is the exclusion of persons "vulnerated" from the benefits derived from advanced medical technologies, noticeably due to high costs that follow them.
In those cases, the Bioethic constitutes the pertinent and legitimate tool to offer the theoretical base in the building of allocation criteria for health resources in consonance with social justice.
Keywords: 1. Bioethics 2. Right to Healthcare; Advanced Medical Technologies; 4. Resources Allocation in Health; 5. Social Justice.

Sumário: 1 Introdução; - 2 A bioética principialista e sua inadequação à realidade dos países latinoamericanos; - 3 Bioética, justiça distributiva e alocação de recursos de assistência à saúde; 4 Bioética e vulnerabilidade; 5 Bioética e alocação de recursos em saúde no contexto de países latinoamericanos: a Bioética de Intervenção e de proteção; 5.1 Bioética de Intervenção; 5.2 Bioética de Proteção.

* Mestranda em Relaç pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pela Universidade Salvador – UNIFACS. Advogada.

1 Introdução

"Numa condição humana em que homens e mulheres tenham tudo o que desejam e precisam, e em que não devam preocupar-se com qualquer das suas necessidades, a questão da justiça provavelmente seria irrelevante. Assim sendo, se alguém consumisse um bem existente em quantidades potencialmente ilimitadas, nunca poderia ser acusado de "injusto", visto que, provavelmente, não estaria em conflito com os outros para a obtenção de bens. Mas isso não parece ser o caso da alocação de recursos em nossas sociedades, nas quais os recursos são reconhecidamente finitos".
(Fermin Schramm, 2000c)

O objeto da investigação que aqui se compendia é a injustiça observada no acesso às tecnologias médicas avançadas[1] no contexto da escassez de recursos públicos para a saúde no Brasil. Cabe destacar que o direito à saúde na pós-modernidade apresenta dilemas que o ordenamento jurídico, diante da crise paradigmática atual, não consegue resolver sem se adaptar, convenientemente, à nova realidade. Nesse diapasão, a Bioética representa um dos instrumentos a serviço do Direito para que, com mais eficiência, haja o equacionamento das distorções que comprometem a realização da justiça sanitária.

O crescente progresso científico e tecnológico que se registra na medicina tem criado importantes meios de melhoria da qualidade de vida das pessoas, proporcionando avanços e esperanças, especialmente no desenvolvimento da cura, tratamento e prevenção de doenças. Ao mesmo tempo em que promove avanços na área médica, também levanta polêmicas quanto à proteção daqueles envolvidos nas pesquisas, bem como em relação às formas de compartilhamento democrático das suas descobertas. Isto porque, a realidade da saúde pública brasileira tem sido a exclusão de pessoas "vulneradas" dos benefícios decorrentes do progresso na medicina avançada, em face do alto custo que os acompanha.

Por outro lado, fatores como o progresso técnocientífico[2] no campo das ciências da vida e da saúde, o surgimento de novas doenças, como a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS) e o câncer, que atingem todas as sociedades, com diferentes padrões de desenvolvimento, bem como a emergência por uma demanda qualificada de serviços de saúde, apresentam novas questões éticas também para o campo da saúde pública[3]. Dentro

[1] Entende-se, na presente pesquisa, que os medicamentos de alto custo estão inseridos na noção de tecnologias médicas avançadas.
[2] O termo tecnocientífico utilizado no trabalho é entendido como a associação da ciência à tecnologia, produzindo avanços no campo da medicina. Ver em: PELLEGRINO, Edmundo; BERNARD, Jean. Progresso Tecnocientífico, medicina e Humanização. In PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética.** 8. ed. São Paulo: Loyola, 2007. Também em: LYOTARD, Jean François. O pós-moderno explicado às crianças. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 1993.
[3] Schramm e Kottow afirmam ainda: "Ello lleva a indagar acaso, más allá de una postura general de "un mínimo digno de cuidados de salud" supuestamente garantizado por el Estado y sus instituciones políticas y jurídicas

desse contexto, surgem pesquisadores preocupados com temáticas atinentes à realidade de países em desenvolvimento, propondo vertentes da Bioética mais condizentes com os dilemas morais que afetam, em especial, a saúde pública, como restará demonstrado nas linhas seguintes.

O modelo principialista vem tentando, de modo insuficiente (SCHRAMM, 2011), adaptar o contexto coletivo a seus quatro princípios básicos: não-maleficência, beneficência, autonomia e justiça[4]. Entretanto, as diretrizes éticas elaboradas para a Bioética principialista dizem mais respeito a interações entre indivíduos, como ocorrem nas relações médico-paciente e entre investigador e pessoas submetidas a experiências cientificas (SCHRAMM; KOTTOW, 2001). Foi pensado e desenvolvido em um contexto social e para problemas morais diversos daqueles vividos, por exemplo, por países latino-americanos, como o Brasil.

O propósito do presente artigo é oferecer um contributo, mesmo que modesto, para as discussões a respeito dos reflexos do desenvolvimento biotecnológico aplicado no campo da saúde pública brasileira, e a pertinência de se pensar no direito ao compartilhamento desse progresso, sem a pretensão de oferecer respostas definitivas.

2 A Bioética principialista e sua inadequação à realidade dos países latinoamericanos

Apesar de se tratar de uma disciplina relativamente nova, cujas sementes foram lançadas nos Estados Unidos, entre os anos 50 e 60, já há farta produção literária tratando da Bioética em diversas áreas do conhecimento, como na Medicina e no Direito. A Bioética tradicional, enquanto ferramenta notadamente de defesa, assim que começou a traçar seus contornos iniciais e a se desenvolver a partir do pensamento de doutrinadores anglo-saxões, com sua incorporação pelo Instituto Kennedy[5], propôs uma reflexão crítica a respeito da prática científica, buscando estabelecer padrões universais para orientar comportamentos.

(Beauchamp & Childre s s,1994; Da n i e l s, 1985), existe de hecho la posibilidad concreta, económica y socialmente sustentable de extender la pre vención y la pro t e cción contra enferm e d a d e s, así como la pro m oción de estilos de vida más saludables para toda la población, garantizando que una opiniónpública informada y en ejercicio de sus derechos ciudadanos evalúe y controle estas instituciones y garantice los derechos comprometidos." SCHRAMM, Fermin Roland; KOTTOW, Miguel. Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 4, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v17n4/5301.pdf
>. Acesso em: 24 abr. 2011.

[4] Melhor tratados nas linhas seguintes.

[5] "Incorporada pelo Instituto Kennedy, a Bioética sofreu já em 1972 uma forte redução da sua concepção potteriana original ao âmbito biomédico. E foi com essa roupagem que ela acabou difundida pelo mundo a partir dos Estados Unidas da América do Norte: uma Bioética anglo-saxônica, com forte conotação individualista, cuja base mais forte de sustentação repousava exatamente sobre a autonomia dos sujeitos sociais, categoria que tinha como conseqüência operacional/prática a exigência de aplicação dos chamados "termos de consentimento

Registre-se, desde já, que um grande equívoco cometido por alguns estudiosos da Bioética é ainda acreditar que esta se resume tão somente aos quatro princípios básicos da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. Referidos princípios, no contexto histórico em que surgiram, e até na atualidade, são de extrema importância nas reflexões e práticas da Bioética. Entretanto, não esgotam a disciplina, que se revela cada vez mais plural e complexa.

A implementação dos quatro princípios da Bioética tradicional surgiu com propósitos definidos. Em meio às acusações e escândalos envolvendo pesquisas com seres humanos, especialmente, nas décadas de 1960 e 1970, o Governo e Congresso estadunidenses formaram um comitê nacional, com o objetivo de definir princípios éticos para nortear as pesquisas científicas envolvendo seres humanos. Em 1974, foi formada a "Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e Comportamental", cujos trabalhos deram origem ao Relatório Belmont, marco histórico e normativo para a Bioética (DINIZ; GUILHEM, 2008, p. 21-22)

As autoras também pontuam que, a partir da publicação do Relatório Belmont, "teve início a formalização definitiva da Bioética como um novo campo disciplinar" (DINIZ; GUILHEM, 2008, p. 23). A Bioética, nesse contexto, surge como ferramenta que objetiva a proteção dos seres humanos sujeitos a pesquisas científicas (DINIZ; GUILHEM, 2008, p. 25).

A partir da edição da obra *Princípios da Ética Biomédica,* em 1979, pelos autores Beauchamp e Childress, "a Bioética consolidou sua força teórica, especialmente nas universidades estadunidenses (DINIZ; GUILHEM, 2008, p. 21-25). Beauchamp e Childress, seguindo a proposta difundida pelo Relatório Belmont, formularam uma teoria Bioética fundamentada em quarto princípios gerais que acreditam serem capazes de orientar moralmente as decisões dos pesquisadores e dos clínicos no âmbito da biomedicina, quais sejam: 1) respeito pela autonomia; 2) não-maledicência; 3) beneficência e 4) justiça.

Em linhas gerais, o princípio da autonomia requer "que o profissional de saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas" (DINIZ, 2006, p. 16). Reconhece, portanto, que o paciente tem o domínio sobre a própria vida[6]. O princípio da beneficência requer "o

informado". Esta basicamente foi a concepção que acabou divulgando a Bioética internacionalmente a partir dos anos 1970 e ao longo dos anos 1980, tornando-se conhecida e reconhecida em todo o mundo". [5] GARRAFA, Volnei. Reflexões sobre políticas públicas brasileira de saúde à luz da bioética. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZABALI, Elma Lourdes Campos Pavone. **Bioética e Saúde Pública.** 3. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 49.

[6] Sobre o princípio da autonomia, Maria do Céu Patrão Neves adverte: "A autonomia não é apenas entendida numa acepção negativa, com direito a respeitar, mas também positiva enquanto exige do outro o estabelecimento

atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos" (DINIZ, 2006, p. 17). O princípio da não-maleficência, por sua vez, "é um desdobramento do princípio da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima ética médica: *primum non nocere"*. (DINIZ, 2006, p. 18). Por fim, o princípio da justiça "requer a imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios, no que atine à prática médica pelos profissionais de saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente" (DINIZ, 2006, p. 18).

A teoria principialista, como não poderia deixar de ser, é objeto de muitas críticas. Dentre as quais, cumpre destacar aquelas levantadas por pesquisadores periféricos[7], que enumeraram as dificuldades da importação da teoria principialista para suas realidades. Coube, então, aos periféricos, identificar as incompatibilidades com relação à importação acrítica dos princípios que a proposta da teoria principialista, desenvolvida por Beauchamp e Childress, defendia como universal, aos países latinoamericanos. Segundo Diniz e Guilhem (2008, p. 38), nessa fase de crítica ao principialismo, teve papel decisivo o resgate das diferenças culturais na articulação das distinções das crenças morais. Importa saber, segundo as autoras, se esse movimento crítico proposto pelos periféricos em relação à teoria principialista terá a repercussão necessária.

Garrafa é um dos pesquisadores periféricos que elaboram críticas à Bioética principialista. Afirma que, dos quatro princípios dessa teoria, o da justiça, embora mais ligado ao coletivo, ficou em segundo plano. Este fato, segundo Garrafa (2006), se deve ao superdimensionamento da autonomia na Bioética estadunidense nos anos de 1970 e 1980, o que resultou no surgimento da indústria do consentimento informado[8]. Como bem pontuado pelo autor:

---

de condições para o seu exercício". NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: características, condição e princípio. In: BARCHIFONTAINE, Christian Paul de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Org.). **Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007. p. 32.

[7] "As Bioéticas periféricas seriam aquelas desenvolvidas nos países periféricos da Bioética, isto é, países em que a disciplina surgiu mais tardiamente e onde os estudos vêm se caracterizando pela importação de teorias dos países centrais, aqueles onde originalmente nasceu e se consolidou". DINIZ, Débora. **O que é Bioética.** São Paulo: Brasiliense, 2008. p. 39.

[8] Garrafa constata: "Criada inicialmente para defender os indivíduos mais frágeis e, portanto, mais vulneráveis na relação médico-paciente, a nova teoria mostrou ser uma espécie de faca de dois gumes. Utilizada de forma massificada, e muitas vezes inescrupulosa, por alguns profissionais da área de direitos, os "termos de consentimento informado" passaram a servir como verdadeiras armas contra médicos, dentistas, psicólogos e outros profissionais. Com o passar dos anos, esses, para se defender, começaram a aprender a construção de suas defesas já nos cursos de graduação, que passaram a incluir nos currículos de estudo a arte de elaborar termos de consentimento de modo a não deixar "vazios" para possíveis processos judiciais". GARRAFA, Volnei. Reflexões sobre políticas públicas brasileira de saúde à luz da bioética. In: FORTES, Paulo Antônio de

> Apesar de sua reconhecida praticidade e utilidade para análise de situações clínicas e em pesquisa – é sabidamente insuficiente para: a) análise contextualizada de conflitos que exijam flexibilidade para determinada adequação cultural; b) enfrentamento de macro-problemas bioéticos persistentes ou cotidianos enfrentados por grande parte da população de países com significativo índice de exclusão social como o Brasil e seus vizinhos da América Latina e Caribe. (GARRAFA, 2006).

Os princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, como já afirmado, não são os únicos relacionados à Bioética, apesar de alguns doutrinadores ainda confundirem a Bioética com a teoria principialista, como se a Bioética se esgotasse nos seus quatro pilares básicos. É evidente que esses princípios servem de parâmetros para as investigações e diretrizes da Bioética. Há, entretanto, diante das particularidades de como as questões se apresentam na prática, "a necessidade de uma regulamentação mais específica que permita também uma orientação mais concreta das condutas" (MINAHIM, 2005, p. 41).

Na falta de legislação ou, diante de conflitos em que a legislação vigente não aponte solução, os princípios bioéticos terão importância ainda maior. Nesse passo, importa trazer à baila algumas das reflexões da Bioética em relação ao dilema da alocação de recursos para os serviços públicos de saúde. O princípio da justiça, não considerado da devida forma pela Bioética principialista, terá papel de fundamental destaque na consideração dos dilemas bioéticos em saúde, do ponto de vista dos países latinoamericanos, em especial, do Brasil.

3 Bioética, justiça distributiva e alocação de recursos de assistência em saúde

O progresso científico é uma realidade. Com a associação da tecnologia à ciência, o homem tem alcançado conquistas inimagináveis, notadamente, no campo da saúde[9]. Com fundamento, especialmente, no bem-estar da humanidade, pesquisas científicas são impulsionadas com recursos de fontes diversas, principalmente, públicas[10]. Entretanto, na

---

Carvalho; ZABALI, Elma Lourdes Campos Pavone. **Bioética e Saúde Pública.** 3. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 59.

[9] "Além disso, essas tecnologias aumentam muito o custo da Medina e dos tratamentos de saúde. Elas assim o fazem ao prover tratamento onde previamente não existia, ou ao tornar possível novas formas de reabilitação e extensão de vida. A tendência, segundo a OMS, é avançar para tratamentos sempre mais custosos de doenças que afetam menos pessoas. Prevê-se para o século XXI conquistas espetaculares em termos de expectativa de vida – medida em décadas". PESSINI, Leocir: **Distanásia:** até quando prolongar a vida?. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; São Paulo: Loyola, 2007a. p. 49.

[10] "O financiamento à pesquisa é outro tema importante. A experiência mundial nos mostra que a parcela do governo no financiamento à pesquisa na Universidade deve ser a principal e é insubstituível – essa é a palavra. A participação de empresas em certos projetos não pode justificar a suposição de que a Universidade consiga apoio financeiro do setor privado para a maior parte de suas atividades. As funções singulares da Universidade –

prática, verifica-se que as novas tecnologias, especialmente, aquelas desenvolvidas no campo da medicina, tem sua utilização restrita a um número limitado da população. Isso porque, os novos medicamentos, procedimentos e tratamentos geralmente possuem custo elevado e o seu acesso esbarra na questão da escassez de recursos públicos para a saúde[11].

Considerando o direito ao progresso[12] e levando também em conta a situação econômica do país, torna-se imperioso que sejam pensadas formas de garantir e efetivar a distribuição dos avanços biotecnológico, especialmente, na área médica. Necessário, portanto, algumas reflexões a respeito da justiça distributiva no campo da saúde pública.

Justiça[13] é um dos temas que há muitos séculos vem permeando as reflexões humanas. Em face disso, diversos filósofos, sociólogos, economistas, juristas, e outros estudiosos têm se dedicado a essa temática, produzindo teorias para justificar entendimentos diversos.

Da análise das teorias já propostas é possível afirmar que o conceito de justiça não é absoluto, nem poderia ser. Ele vem se transformando e se adaptando a diferentes momentos históricos, conforme a cultura de referência. Nesse instante, interessa compreender os aspectos do princípio da justiça que melhor se aplicam à realidade social, política e econômica da sociedade brasileira e, mais especificamente, no que pertine ao tema da saúde pública[14].

---

educação e avanço do conhecimento – trazem benefícios sociais, dificilmente apreendidos privadamente; por isso, o financiamento majoritariamente público é insubstituível. A experiência internacional demonstra também não ser realista esperar que as empresas financiem a maior parte da pesquisa acadêmica – em lugar algum do mundo isso acontece". CRUZ, C. H. B. **Pesquisa e universidade**. In: STEINER, J. E.; MALNIC, G. (Orgs.). Ensino Superior: **conceito** e **dinâmica**. São Paulo: Edusp, 2006. p. 41-63.

[11] Ver em: BARCHIFONTAINE. Christian de Paul de. Perspectivas da Bioética na América Latina e o pioneirismo no ensino de bioética no Centro Universitário São Camilo, São Paulo. In: PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. de (Org.). **Bioética e Longevidade Humana**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2006. p. 203

[12] Adriana Diaféria, defende o direito ao progresso econômico, científico e tecnológico como uma afirmação e instrumentalização do direito ao desenvolvimento. Aduz: "Portanto, identifica-se que o direito ao progresso econômico, científico e tecnológico está diretamente vinculado ao direito ao desenvolvimento, reafirmando o seu reconhecimento como elemento fundamental para a promoção de um progresso econômico, social, cultural e politicamente abrangente, que tenha por objetivo essencial o constante incremento do bem-estar de toda a coletividade, mediante a participação ativa e livre no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes". DIAFÉRIA, Adriana. **Patentes de Genes Humanos e a Tutela dos Interesses Difusos.** O Direito ao Progresso Econômico, Científico e Tecnológico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.205.

[13] "A justiça tem a ver com o que é devido às pessoas, com aquilo que de alguma maneira lhes pertence ou lhes corresponde. Quando a uma pessoa corresponde benefícios ou responsabilidades na comunidade, estamos diante de uma questão de justiça. A injustiça inclui uma omissão ou perpetração que nega a alguém ou lhe tira aquilo que lhe era devido, que lhe correspondia como coisa sua, seja porque lhe foi negado seu direito, seja porque a distribuição de encargos não foi equitativa". FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Loyola, 2005. p.138.

[14] "A justiça na área da saúde possui duas principais vertentes: a primeira delas é a equitativa alocação de recursos para o desenvolvimento da pesquisa biomédica, o equipamento clínico moderno etc.; a segunda e mais importante é o cuidado com as pessoas enfermas, desvalidas e excluídas. A pessoa, enferma no corpo, sofre também redução da sua autonomia e capacidade de decisão. Por isso mesmo demanda cuidados especiais, tratamento diferenciado, mais zeloso não apenas por compaixão, no sentido correto do termo, mas por dever de

Entre as teorias atuais sobre justiça, que introduzem o conceito de equidade e pluralismo, ganha destaque aquela proposta por John Rawls, desenvolvida em sua clássica obra *Uma teoria da justiça*, de 1971, que trouxe um contributo singular para o pensamento político e moral do século XX, e que ainda ecoa na pós-modernidade (LOVVET, 2011). Em apertada síntese, Rawls (1997, *passim*) sustenta a idéia de justiça como equidade. Para o autor, "só existe justiça entre iguais", de modo que, deve a justiça ser entendida como "equidade", e não, "igualdade", o que justifica tratar desigualmente os desiguais.

Rawls (1997, *passim*) formulou princípios de justiça social que, segundo sua teoria, desempenham a função de regular as instituições políticas, econômicas e sociais que fazem parte da estrutura básica das sociedades democráticas, liberais e pluralistas. Além disso, devem tais princípios nortear os valores de liberdade e igualdade eleitos para a sociedade, de modo que os cidadãos que a integram façam dela um sistema de cooperação movido para fins justos.

O primeiro princípio, de liberdades básicas iguais para todos, tem como função inserir todos os cidadãos nas estruturas básicas da sociedade em situação de igualdade, garantindo-lhes todas as liberdades básicas. Indica a igualdade e liberdade entre os indivíduos.

O segundo princípio orienta a igualdade de oportunidades para todos, estabelecendo que todos devem se beneficiar das mesmas condições formais de educação, saúde, alimentação, entre outros bens primários. A condição inicial será justa, portanto, caso todos possuam acesso, pelo menos, aos bens considerados básicos.

De acordo com Engelhardt (2004), Rawls propõe um padrão apropriado para distribuição dos recursos e que, portanto, presumivelmente, também será adequado para a distribuição de recursos de assistência à saúde. Por isso, apesar de não ter tratado diretamente dessa questão, sua teoria é frequentemente utilizada nas discussões sobre alocação de recursos de assistência à saúde[15]. Em relação a tais questões, Engelhardt (2004) afirma que é preciso

justiça". PEGARARO, Olinto A; O lugar da Bioética na história e o conceito de justiça como cuidado. In PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, Christian Paul de (Org.). **Bioética e Longevidade Humana**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2006. p. 60.

[15] Observa, também, que: "a base a-histórica de Rawls para a alocação de recursos é uma visão do lado do Estado sobre justiça distributiva. Proporciona princípios que os indivíduos deveriam considerar aceitáveis como base para a distribuição de recursos de propriedade comum, se eles se consideram fora de qualquer sistema já estabelecido de direitos de propriedade como se tudo fosse de propriedade comum". ENGELHARDT, H. Tristram. **Fundamentos da Bioética.** São Paulo: Loyola, 2004. p. 475.

decidir se ela é administrada em consonância com o primeiro princípio[16], ou de acordo com a primeira ou a segunda metade do segundo princípio[17].

Sen[18], por sua vez, em sua obra *Desigualdade reexaminada*, destaca que no mundo atual nenhuma teoria da justiça teria credibilidade sem dar a devida importância à igualdade. A sua abordagem sobre a igualdade entre os indivíduos é baseada no conceito de "capacidade"[19]. A pergunta básica para compreender o igualitarismo é definir de que igualdade se está falando. Por isso, Sen questiona: "igualdade de que?". Segundo ele, para que exista justiça o que deve ser igualado são as ditas "capacidades" (***SEN,*** 2001, p. 12).

Para Sen (2002), as enfermidades de saúde devem ter um lugar destacado em qualquer discussão sobre equidade e justiça social. Adverte que a equidade em saúde não pode deixar de ser uma característica central da justiça e dos acordos sociais em geral.

O que há, portanto, para ser igualado? Em qual âmbito se busca a igualdade? De que forma de equidade se está falando? Para Sen (2002), as respostas para essas perguntas dependem do conteúdo da respectiva teoria, que, como já afirmado, podem atender aos mais variados interesses.

A equidade em saúde tem um alcance e relevância amplos e não diz respeito apenas à distribuição de saúde. Requer considerações diversas e díspares que não se pretende esgotar nessas breves linhas. Algumas considerações, muito bem delineadas por Sen, entretanto, merecem destaque.

Primeiro, a saúde é uma das condições mais importantes da vida humana, por isso, a equidade na sua realização e distribuição integra o conceito mais amplo de justiça. Segundo, tendo em vista que o aspecto processual da justiça social e da equidade é importante, não devem ser consideradas apenas as desigualdades na realização da saúde, mas, também, na

[16] "Primeiro princípio: Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais extensivo de liberdades básicas iguais, compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos". Ibid., p. 474.
[17] "Segundo princípio: As desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de maneira que ambas: a) de maior benefício para os menos favorecidos, consistentes com o princípio de poupança justa, e b) vinculadas a cargos e posições abertos para todos, de acordo com as condições de justa igualdade de oportunidades". ibid., p. 474.
[18] Sen nasceu em Santiniketan, atual Bangladesh, migrando com a família para a Índia em 1947. É economista e professor da Universidade Harvard. Recebeu, em 1998, o prêmio Nobel de economia por seu trabalho sobre a economia do bem-estar social.
[19] Para Sen: "A "capacidade" [capability] de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamento cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamento (ou, menos formalmente expresso, a liberdade para ter estilos de vida diversos). Por exemplo, uma pessoa abastada que faz jejum pode ter a mesma realização de funcionamento quanto a comer ou nutrir-se que uma pessoa destituída, forçada a passar fome extrema, mas a primeira pessoa possui "conjunto capacitário" diferente do da segunda (o primeiro pode escolher comer bem e ser bem nutrida de um modo impossível para a segunda)". **SEN, Amartya.** Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.** p. **105.**

atenção sanitária[20]. A terceira condição a ser observada é a de que a equidade em saúde não pode apenas se preocupar com a desigualdade em saúde e com atenção sanitária. Deve também levar em consideração como a saúde se relaciona com outras características, por meio da alocação de recursos e dos acordos sociais.

Sobre esse último aspecto, Sen (2002) adverte que a redução da desigualdade, por si só, não tem melhorado a equidade em saúde [21], uma vez que esta necessita que também sejam considerados diferentes acordos sociais para a alocação de recursos[22].

A alocação de recursos em saúde é um desses problemas e não se restringe apenas à realidade de países ditos em desenvolvimento como o Brasil. Doutrinadores americanos como Tom L. Beauchamp e James F. Childress, europeus como Maria do Céu Patrão Neves e Angel Puyol González e latinos como Roland Schramm, Miguel Kottow e Volnei Garrafa têm se debruçado sobre o tema do ponto de vista da perspectiva da Bioética. Não são os únicos.

No âmbito biomédico, a dimensão de justiça, segundo Beauchamp e Childress (2002, p. 352), é a distributiva[23], que diz respeito, em sentido amplo, a uma distribuição equitativa dos direitos, benefícios e responsabilidades ou encargos na sociedade. Os critérios de justiça servem de guia para a justa distribuição dos encargos e benefícios. Os problemas da justiça distributiva são revelados em condições de escassez e de competição. Não há um único princípio de justiça capaz de resolver todos esses problemas. Vários deles merecem ser aceitos, especificados e ponderados de acordo com o caso concreto.

---

[20] Sobre a distinção entre o direito à saúde e o direito à atenção em saúde, ver: GONZÁLEZ, Angel Puyol. Ética, derechos y racionamiento sanitário. **Doxa,** n.22, 1999. Disponível em: < http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10316/1/doxa22_24.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2011.

[21] Atualmente, a compreensão de equidade em saúde envolve a consideração da noção de diferença. Paulo Antonio de Carvalho Fortes anota: "Atualmente, eqüidade em saúde é entendida não como igualdade, mas sim levando em consideração as diferenças entre as pessoas em suas condições sociais e sanitárias. A eqüidade em saúde implica em reduzir ao mínimo todas as diferenças sanitárias que são desnecessárias e evitáveis, além de injustas". FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Orientações Bioéticas de justiça distributiva aplicada às ações e aos sistemas de saúde. **Revista Bioética**, Brasília, v. 16, n. 1, 2008a. Disponível em:<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica 2008. /article/viewFile/53/56>. Acesso em: 20 nov. 2012.

[22] Afirma: "Evaluar la equidad em salud centrándose únicamente em la desigualdad em es exatamente lo mismo que abordar el problema del hambre em el mundo comiendo menos y obviando el hecho de que se puede usar cualquier recurso natural para alimentar nejor a los hambrientos". SEN, Amartya. ¿Por qué la equidad en salud?. **Rev Panam Salud Publica**, Washington, v. 11, n. 5-6, jun. 2002 . Disponível em: < http://dx.doi.org/10.1590/S1020-49892002000500005>. Acesso em: 12 jun. 2011.

[23] Ver em Beauchamp e Childress: "A expressão justiça distributiva se refere a uma distribuição justa, equitativa e apropriada no interior da sociedade, determinada por normas justificadas que estruturam os termos da cooperação social. Seu domínio inclui políticas que repartem diversos benefícios e encargos, como propriedades, recursos, taxas, privilégios e oportunidades. Várias instituições públicas e privadas estão envolvidas, incluindo o governo e o sistema de assistência à saúde. A expressão justiça distributiva é às vezes empregada em sentido amplo, referindo-se à distribuição de todos os direitos e responsabilidades na sociedade, incluindo, por exemplo, direitos civis e políticos tais como o direito de votar e a liberdade de expressão". BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Médica**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 352.

Os autores em comento destacam dois princípios de justiça: O princípio (critério) formal da justiça distributiva e o princípio (critério) material de justiça. O critério formal da justiça distributiva (princípio da justiça ou da igualdade formal) é aquele tradicionalmente atribuído a Aristóteles: "iguais devem ser tratados de modo igual, e não-iguais devem ser tratados de modo não-igual". Significa que "nenhuma pessoa deveria ser tratada de modo não-igual, a despeito de todas as diferenças relativamente a outras pessoas, a menos que alguma diferença entre ela e essas outras seja relevante para o tratamento em questão" (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 354).

O problema desse critério é sua falta de conteúdo, sendo, portanto, insuficiente por si só. Para a avaliação segura de estar agindo segundo os ditames da justiça distributiva é necessário levar em conta os critérios materiais de justiça distributiva. O critério material, por sua vez, é aquele que especifica e identifica as características relevantes para receber um tratamento igualitário. Beauchamp e Childress (2002) destacam os seguintes princípios materiais de justiça: 1. A todas as pessoas uma parte igual; 2. A cada um de acordo com sua necessidade; 3. A cada um de acordo com seu esforço; 4. A cada um de acordo com sua contribuição; 5. A cada um de acordo com seu merecimento; 6. A cada um de acordo com as trocas do livre mercado[24].

Beauchamp e Childress (2002) tratam a questão da alocação dos recursos[25] da saúde no capítulo 7, quando discorrem sobre o Princípio da Justiça. A abordagem é feita tomando por base o contexto norteamericano. Classificam em quatro tipos os problemas de alocação, cada um envolvendo uma concorrência entre programas ou alternativas desejáveis: 1. *Dividindo a grande incumbência social*: A saúde não é o único valor e objetivo social, de modo que, diante de recursos limitados, os gastos com outros bens competem com a saúde. O sistema de saúde, entretanto, seria injusto se não alocasse verbas suficientes para proporcionar um mínimo digno de assistência médica; 2. *Alocando as verbas destinadas à saúde:* tipo de decisão relacionada com alocação de verbas dentro do segmento da receita destinado à saúde; 3. *Alocando as verbas destinadas à assistência médica:* Decisões a serem tomadas para a

[24] Segundo os autores, nada impede a aceitação simultânea de mais de um desses princípios. Entendem que constitui uma tese moral plausível que cada um desses princípios identifica uma obrigação prima facie, "cujo peso não pode ser avaliado independentemente das circunstancias ou esferas particulares nas quais são especificamente aplicáveis". ibid., p. 355-356.

[25] Afirmam também: "Alocar é distribuir por cotas. Essa distribuição não pressupõe nem uma pessoa nem um sistema que racionem os recursos. Num mercado competitivo, por exemplo, o critério de capacidade para pagar é uma forma de alocação. As decisões de "macroalocação" determinam as verbas a serem investidas e os bens disponíveis, assim como os métodos de distribuição. As decisões de "microalocação", em contrapartida, determinam quem irá receber recursos escassos específicos. A distinção entre os dois níveis da alocação é útil, mas a linha entre eles não é nítida, e os dois com freqüência interagem". ibid., p. 392.

alocação de recursos dentro da assistência à saúde, escolhendo projetos e procedimentos para financiamento e rejeitando outros; e 4. *Alocando tratamentos escassos:* Decisões a serem tomadas no contexto de escassez de recursos, uma vez que nem todos os que precisam de uma forma específica de assistência pode ter acesso a ela. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 393-396).

Em linhas de conclusão, os autores em comento afirmam:

> As políticas de acesso e de financiamento, juntamente com as estratégias de eficiência nas instituições de assistência à saúde, superam, em importância social, todas as outras questões consideradas neste livro. Há muitas barreiras para que se obtenha acesso à assistência médica. Para milhões de pessoas que se deparam com essas barreiras, um sistema justo de assistência à saúde continua a ser um ideal longínquo. A experiência com condições de escassez sugere que provavelmente não seremos capazes de satisfazer todas as facetas desse ideal. Nossa sociedade pode, contudo, ser capaz de resolver lacunas no acesso de modo mais consciencioso do que no passado. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 423).

Sem dúvida, a obra de Beauchamp e Childress tem importância singular e, apesar das críticas pertinentes à teoria principialista, deve constituir um dos compêndios iniciais para todos aqueles que pretendam enveredar no estudo da Bioética. Mesmo não se adaptando por completo à realidade social, política, econômica e cultural de países latinoamericanos, como o Brasil, possui reconhecida utilidade e praticidade para análise de situações clínicas e em pesquisas envolvendo seres humanos, por exemplo.

Por outro lado, alguns países europeus, como Portugal e Espanha, diferentemente dos Estados Unidos[26], possuem sistemas públicos de saúde universalistas. Neves (1999) tratou da problemática da alocação de recursos em saúde, que considera uma das mais recentes e urgentes temáticas desenvolvidas no âmbito da Bioética, no artigo *Alocação de Recursos em Saúde: Considerações Éticas*.

Neves (1999) aborda a questão da alocação de recursos sob a perspectiva da justiça social e da responsabilização moral[27], partindo da compreensão do direito à saúde. A primeira

[26] Sobre as diferenças mais significativas entre a perspectiva anglo-americana e a perspectiva européia ver: NEVES, Maria do Céu Patrão. A Fundamentação Antropológica da Bioética. **Revista Bioética,** Brasília, v.20, n.3, dez. 2012. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/392/355>. Acesso em: 20 set. 2012.

[27] Propõe a conceituação mais ampla de responsabilidade moral, de modo que: "a responsabilidade não mais se restringe apenas à esfera individual, mas ganha uma dimensão coletiva, estendendo-se à comunidade e ao próprio Estado; tampouco se esgota na ratificação da autoria da causa mas é "solicitude, reconhecida como dever", em face da ameaça da vulnerabilidade do outro [...]. O sentido de responsabilidade moral não é agora, apenas, o da imputabilidade do indivíduo pela ação realizada, mas o do dever da comunidade em relação a si

etapa para atenuar o problema da alocação de recursos no âmbito da justiça social, segundo a autora, é o aumento do nível de responsabilidade moral. De acordo com essa primeira perspectiva, a exigência da intensificação da responsabilidade moral fundamenta-se nos princípios éticos da "dignidade humana", no sentido da exigência de igual respeito por todos os homens, e da "participação", "na exigência do esforço de cada um em prol da comunidade". Ademais, reporta-se a três aspectos principais relacionados ao caráter triplo dessa responsabilidade, quais sejam: "à adoção de comportamentos que promovam a saúde; à conscientização da finitude do homem e dos limites inerentes a toda expressão humana; à realização de escolhas ponderadas".

Neves, ao tratar da alocação dos recursos em saúde sob a perspectiva da promoção da justiça social, afirma que a imposição ética de realizar escolhas necessárias no âmbito da saúde só se justifica se fundamentada no imperativo da justiça. Nessa perspectiva, destaca dois princípios, o da "equidade" e o da "solidariedade"[28], que considera verdadeiros garantes da justiça social e da efetivação do direito à saúde, ressaltando a necessidade de hierarquizar prioridades.

Neves (1999) aduz que, a partir da ênfase dada aos princípios enunciados (da dignidade humana, da participação, da equidade e da solidariedade[29], por exemplo) e aos

própria". NEVES, Maria do Céu Patrão. A Fundamentação Antropológica da Bioética. **Revista Bioética**, Brasília, v.20, n.3, dez. 2012. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/392/355>. Acesso em: 20 set. 2012.

[28] Tais princípios são assim definidos por Patrão Neves: "pela lei universal e rígida que, cumprida indiferenciada e implacavelmente nas diversas situações concretas, pode ser pervertida num fator de injustiça. No domínio específico a que nos dedicamos, o princípio da eqüidade reporta-se ainda a uma aplicação casuística da justiça que, ratificando a igual dignidade de todos os homens, estabelece uma igual acessibilidade aos cuidados de saúde através de sua redistribuição diferenciada: isto é, atribuindo mais a quem tem menos e vice-versa (vertical); e atribuindo o mesmo aos que se encontram em iguais condições (horizontal), numa ação antidiscriminatória, reguladora das desigualdades. Este é um procedimento de grande impacto em todas as sociedades, com particular relevância nos países menos desenvolvidos em que o problema da acessibilidade se coloca com maior acuidade. Assim sendo, o princípio da eqüidade apela ao princípio da solidariedade como sua condição de efetivação: a igualdade de direito entre todos os homens só pode ser restabelecida de fato se também todos os homens redistribuírem os bens entre si. O princípio da solidariedade destaca uma realidade social que se refere à interdependência de todos os homens, de forma que cada um de nós é sempre devedor do outro em cada uma das suas realizações; reconhecido este fato no domínio específico da saúde (o que afinal corresponde à anteriormente apontada dimensão social da saúde e sua conseqüente afirmação como "direito social"), a solidariedade exige a partilha dos custos financeiros com a saúde de todos, proporcional ao rendimento de cada um". NEVES, Maria do Céu Patrão. A alocação de recursos em saúde: considerações éticas. **Revista do Conselho Federal de Medicina**, Brasília, v, 7, n.2, 1999. Disponível em:< http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/307/446> Acesso em: 10 set. 2010.

[29] Para Scharamm e Kottow**: "**El principio da solidariedad aplicado a las políticas públicas es insuficiente para resolver los complejos problemas de salud por estar obligado a ser solidário com los otros em situaciones de produnda diversidad de necesidades y aunque existan discrepancias profundas de valores que quedan opacas y negadas a la argumentación". SCHRAMM, Fermin Roland; KOTTOW, Miguel. Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 4, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v17n4/5301.pdf >. Acesso em: 24 abr. 2011.

critérios eleitos (como o da necessidade e equidade), vão sendo estabelecidos distintos modelos teóricos de alocação de recursos, ou justiça distributiva. Esses modelos, juntamente com as realidades social, cultural e política da sociedade em questão, o sistema de funcionamento dos seus serviços de saúde e a adequação de ambos na satisfação dos anseios dominantes na sociedade, contribuirão para que seja cumprido, de forma efetiva ou não, o "direito à saúde".

González (1999), professor e pesquisador em filosofia moral da Universidade Autônoma de Barcelona, por sua vez, em relação ao direito sanitário, entende que a atenção médica deve ser revisada e reinterpretada à luz da necessidade de priorizar. Se é necessário racionar os recursos sanitários, deverá ser buscada uma solução que exija de cada indivíduo um sacrifício pessoal para poder obter o tratamento desejado. Esse sacrifício, entretanto, não deve decorrer apenas de responsabilidade individual. Existem outras alternativas, como priorizar os tratamentos mais caros a pessoas com menos recursos, uma vez que é possível que aquelas que possuem recursos custeiem parte das intervenções que desejem.

Na Bioética, o princípio da justiça se refere à obrigação de garantir uma justa, equitativa e universal distribuição de bens e serviços em saúde. Referentemente ao Direito à saúde, o princípio bioético da justiça se traduz na previsão constitucional de equidade no acesso[30], que esbarra nas inumeráveis dificuldades de exercício do referido direito, especialmente, quando se choca na questão da limitação de recursos destinados à saúde pública, o que torna fundamental refletir sobre a sua alocação.

Considerando, especialmente, os princípios da equidade e da justiça distributiva, não são razoáveis investimentos de tempo e recursos na melhoria da qualidade de tratamento para doenças, associando tecnologias que, em razão do alto custo, são direcionadas para um número limitado de pessoas que poderiam pagar por elas. Por isso, é extremamente importante pensar em critérios de acesso para serviços de saúde que, em função do alto custo, não estão disponíveis para parcela significativa da população, alijada de diagnósticos e terapêuticas médicas avançadas. É preciso, portanto, seguir implementando e ampliando políticas públicas que assegurem aos indivíduos menos dotados de recursos o acesso a certos tipos de procedimentos, a exemplo, de inseminação artificial, para aqueles que tenham desejo

[30] Ver artigos 196 a 200 da Constituição Federal. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 5 de outubro de 1988. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

de procriar, mas não possuem condições de arcar com o tratamento[31]; da terapia de mudança de sexo[32]; e da cirurgia bariátrica[33].

Afinal, qual o sentido do progresso, seja na área social, de informação, econômica e, especialmente, na área médica, se não proporciona melhores condições de vida, se não trouxer felicidade e dignidade a um número significativo de pessoas, ficando restrita apenas a uma minoria?. A lógica da exclusão deve sempre permanecer? Não existiriam meios eficazes de alocar recursos públicos para atender às demandas sanitárias da população realmente necessitada e que cumprissem os regramentos constitucionais da universalidade, gratuidade e acessibilidade de forma eficiente? Refletir sobre essas questões é, certamente, o primeiro e inadiável passo no caminho da efetiva justiça social em matéria de saúde.

O aumento da expectativa de vida, gerando o incremento do número de pessoas que necessitam de cuidados especiais, a cronificação de doenças, o aumento populacional e o agravamento da pobreza, são algumas das circunstâncias que contribuíram para o aprofundamento da problemática da alocação de recursos em saúde[34], multiplicando os custos da sua prestação. Desta forma, o progresso da medicina, e, consequentemente, a descoberta de melhores técnicas em diagnóstico e terapêutica, devem estar a serviço da universalização.

Portanto, a problemática da alocação de recursos em saúde nos países em desenvolvimento, com acentuada parcela da população sem assistência médica com a qualidade e técnica correspondentes aos avanços já alcançados, requer uma atenção especial para o problema da acessibilidade. Essa é a temática que toca à pesquisa: refletir sobre o direito de acesso à saúde que contemple tecnologias médicas avançadas para indivíduos

[31] Já existem decisões jurisprudenciais no sentido de determinar o poder público disponibilizar o tratamento da fertilização in vitro, uma vez que ainda não é dispensado pelo serviço público de saúde. Ver em: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº AC70039644265 RS. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelada: Cenilda Pedroso dos Santos. Relator. Armínio José Abreu Lima da Rosa. Rio Grande do Sul, 26 de janeiro de 2011. Disponível em:< http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22911486/apelacao-civel-ac-70039644265-rs-tjrs >. Acesso em: 20 nov. 2012.

[32]O Sistema Único de Saúde – SUS já oferece processo transexualizador. Ver: BRASIL. Resolução Federal do Conselho de Medicina nº 1.955, de 12 de agosto de 2010. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, D.F, n. 232, 2 dez. 2002. Seção 1, p.80/81. Sobre a terapia para mudança de sexo ver em: SILVA, Miriam Ventura da Silva. **Transexualismo e Respeito à Autonomia:** um estudo bioético dos aspetos jurídicos e de saúde da "terapia para mudança de sexo". Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 2007.

[33] O SUS também disponibiliza a cirurgia bariátrica para os portadores de obesidade grave. Ver: BRASIL. Portaria do Ministério da Saúde nº 493 de 31 de agosto de 2007. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, D.F, n. 172, 05 set. 2007.

[34] Dentre as razões da origem da problemática da alocação de recursos em saúde, destaca: "o crescente recurso da medicina às técnicas cada vez mais sofisticadas (sobretudo em diagnóstico e terapêutica), a par de uma mais extensiva prestação de cuidados de saúde; aumento da esperança de vida (envelhecimento da população), a par de uma superior prevalência de doenças crônicas; a explosão demográfica nos países menos industrializados, a par do agravamento da extrema pobreza". NEVES, Maria do Céu Patrão. A alocação de recursos em saúde: considerações éticas. **Revista do Conselho Federal de Medicina**, Brasília, v, 7, n.2, 1999. Disponível em:< http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/307/446> Acesso em: 10 set. 2010.

vulnerados e destituídos de capital econômico necessário, dependendo a alocação de recursos públicos em saúde focalizados para o atendimento das necessidades médicas desses indivíduos.

4 Bioética e vulnerabilidade

A vulnerabilidade[35], no âmbito da Bioética, surge com uma significação ética específica no Relatório Belmont, elaborado no ano de 1978[36]. Decorre da necessidade de proteção e defesa de sujeitos tidos como vulneráveis em razão de experimentações científicas que colocam em risco sua dignidade. Segundo o Relatório Belmont, a proteção dos sujeitos vulneráveis deverá ser assegurada pelo cumprimento de três princípios éticos básicos: o respeito pelas pessoas, o consentimento informado, a beneficência e a justiça. Assume maior destaque a partir de sua elevação a princípio expressamente enunciado na Declaração Universal de Bioética e Direitos do Homem, da UNESCO, aprovada em outubro de 2005[37].

A respeito do princípio da vulnerabilidade, Neves aduz:

> No âmbito das políticas de saúde e de investigação, o princípio da *vulnerabilidade exige,* tanto no plano social interno como no internacional, que o benefício de alguns não seja alcançado pela exploração e fraqueza de outros, bem como a compreensão de que a melhoria do bem-estar de apenas alguns torna, afinal, os restantes marginalizados, ainda mais vulneráveis. Exige-se, então, que as políticas nacionais, internacionais e de poderes econômicos multinacionais, internacionais e de poderes econômicos multinacionais como, por exemplo, ou das bioindústrias, não agravem a *vulnerabilidade* humana, mas antes a procurem eliminar na medida do possível e respeitar no que escapa ao seu alcance[38] (NEVES, 2007).

De acordo com Barchifontaine (2007), o conceito de vulnerabilidade foi incorporado aos debates bioéticos a partir dos anos 90, quando a sociedade mundial se deparou com o crescimento assustador da epidemia causada pelo vírus HIV/aids entre as populações social e economicamente menos favorecidas. É, sem dúvida, uma das doenças que mais vulneram os

[35] Etimologicamente, a palavra vulnerabilidade vem do latim vulnerare = ferir, vulnerabilis = que causa lesão.
[36] RELATÓRIO Belmont, de 18 de abril de 1979. The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. Disponível em: < http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>. Acesso em: 20. jun. 2011.
[37] Sobre o processo histórico de construção do principio da vulnerabilidade vem em: NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: características, condição e princípio. In: BARCHIFONTAINE, Christian Paul de; Zoboli (Org.). **Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007.
[38] NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: características, condição e princípio. In BARCHIFONTAINE, Christian Paul de; Zoboli (Org.). **Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007. p. 44.

infectados, em especial naquele momento histórico, em que a medicina ainda não tinha o controle do tratamento como atualmente.

A vulnerabilidade é um traço característico e inerente ao ser humano, faz parte da condição existencial de estar vivo, refletindo a situação na qual o homem se encontra quando não tem a capacidade necessária de se proteger (KOTTOW, 2003, p. 71-78). Diversas circunstâncias e fatores podem tornar o ser humano mais suscetível ou vulnerável a sofrer danos, estar sujeito a perturbações, desordens e outras interferências negativas, que comprometem sua qualidade de vida.

O Conselho Nacional de Saúde, na Resolução CNS n.º196, de 10 de Outubro de 1996, conceitua vulnerabilidade da seguinte forma:

> II.15 – refere-se a estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido[39].

Segundo Kottow (2012), a confusão entre vulnerabilidade (dano potencial) e vulneração (dano instalado) tem resultado em conseqüências importantes, especialmente quando se afirma que a vulnerabilidade implica a incapacidade de um indivíduo garantir seus próprios interesses. A vulnerabilidade é tema corriqueiro no âmbito da bioética, dando lugar a diversas interpretações e definições. Para o autor em comento, é necessário reconstruir um conceito contemporâneo de vulnerabilidade, que incorpore duas premissas incontornáveis:

> 1) A secularização do pensamento ocidental obriga a entender a vulnerabilidade independentemente de crenças religiosas que poderiam ser válidas ao interior de certas doutrinas, mas não são generalizáveis; 2) A vulnerabilidade como característica existencial de um ser lançado no mundo é truncada, pois mais do que lançado, o ser humano é primariamente relacional, se encontra desde sempre instalado em, e relacionado com, o mundo, o qual significa que todo projeto existencial se realiza através de interações com outros seres humanos. (KOTTOW, 2012, p. 25-44).

Kottow (2012, p. 25-44) classifica a vulnerabilidade em intrínseca (vulnerabilidade propriamente dita) e extrínseca (vulneração). Define a primeira como inerente a todo ser humano, integrante da sua própria condição de existência. A segunda (vulneração) deriva de fatores como: a condição social, o acesso a bens, doenças crônicas e endêmicas, as condições

[39] BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 196/MS/CNS, de 10 de outubro de 1996. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/legis/resol/196_96.htm>. Acesso em: 25. jan. 2011.

geográficas, entre outros. Além de distinguir "vulnerabilidade" de "vulneração", o referido autor elenca uma terceira categoria, a "suscetibilidade", concernente àqueles indivíduos sem a capacidade necessária para agir autonomamente por alguma circunstancia.

Para Schramm (2008a), também é preciso distinguir a mera "vulnerabilidade" – que constitui característica universal de qualquer ser vivo – da "suscetibilidade" ou "vulneração secundária", e a vulneração. A distinção das concepções de "vulnerabilidade", que, apesar de diferentes, possuem conceitos muito próximos, auxiliaria na determinação do grau de proteção a ser conferido. Essa diferenciação, apensar de necessária, segundo o autor em comento, pode levar a discussões infindáveis sobre como qualificar e quantificar tais estados da existência, por isso não constitui tarefa fácil. Como definir, então, "quem são de fato os suscetíveis ou vulnerados?", "qual proteção e para quem?", "contra quê ou quem?".

A efetiva vulneração, segundo Schramm (2008a), atinge aqueles indivíduos "que não têm condições objetivas e subjetivas necessárias para ter uma qualidade de vida que possa ser considerada satisfatória tanto para eles mesmos quanto para qualquer observador racional e imparcial". Além da vulneração, como citado, Schramm também diferencia a suscetibilidade, que se aplica, por exemplo, aos portadores de doenças genéticas, que se enquadram na classificação de "suscetíveis" porque, uma vez que a doença se instale, tornar-se-ão vulnerados. Entende por suscetíveis:

> Aqueles que, embora afetados negativamente ou suscetíveis de serem concretamente afetados, conseguem enfrentar essa condição existencial com seus próprios meios ou com os meios oferecidos pelas instituições vigentes e atuantes. (SCHRAMM, 2008A).

Considerando a classificação proposta por Schramm e Kottow, diferentemente da vulnerabilidade, que, de modo geral, é da ordem do risco de viver, a suscetibilidade e, com mais razão, a vulneração, dizem respeito a situações de fato (BOY; SCHRAMM, 2009). Desse modo, a vulnerabilidade é uma categoria *sui generis,* podendo ser aplicada a qualquer ser vivo. Como visto, os seres humanos, de modo geral, pela sua própria natureza são vulneráveis. A vulnerabilidade que requerer a "proteção" do Estado é aquela que impede o cidadão de ter uma vida considerada satisfatória, por não possuir as capacidades necessárias para tanto.

Objetivando oferecer respostas para os dilemas morais no âmbito da saúde pública, referentes a populações de suscetíveis ou vulnerados - isto é, ameaçados (os

suscetíveis) ou afetados (os vulnerados) em sua saúde – Schramm e Kottow (2001) propõem a bioética de proteção.

5 Bioética e alocação de recursos em saúde no contexto de países latinoamericanos: a Bioética de intervenção e de proteção

Até 1998, a Bioética tinha em seu campo de considerações mais temas e/ou dilemas individuais do que coletivos. O destaque conferido ao princípio da autonomia resultou em uma menor relevância dada ao princípio da justiça. O individual prevaleceu sobre o coletivo, situação que, obviamente, não poderia perdurar por muito tempo (GARRAFA, 2004, p. 50). A teoria principialista se mostrava cada vez mais inapta para responder aos dilemas bioéticos que afloravam nos países pobres do Hemisfério Sul (GARRAFA, 2006).

Na América Latina, o enfoque da Bioética deve estar estribado nas suas particularidades social, econômica, política e cultural. Alguns pesquisadores latinoamericanos têm se dedicado à construção de uma Bioética comprometida com questões particulares dos países periféricos. Entre esses, cumpre destacar Volnei Garrafa e Dora Porto, no desenvolvimento da Bioética da intervenção e, especialmente, Fermin Schramm e Miguel Kottow com a Bioética de proteção.

A alocação de recursos é um dos sérios problemas enfrentados na saúde pública dos países pobres do Hemisfério Sul e, mais notadamente, do Brasil, no contexto do presente trabalho. Fundamental, portanto, a construção e desenvolvimento de uma Bioética contextualizada, que esteja apta a lidar com a problemática da sociedade brasileira, em especial, e livre da importação acrítica de teorias dissociadas da realidade pátria.

Por isso, quando em lide questões que envolvam recursos escassos para atender demandas em saúde, que necessitam de investimentos financeiros mais volumosos, a Bioética constitui uma ferramenta que auxiliará nesse mister, requerendo diálogo e sintonia, notadamente, entre os poderes Executivo e Judiciário. O primeiro, responsável pela implementação das políticas públicas, e o segundo, que deve atuar, na medida do possível, em consonância com as políticas implementadas. Por isso, a premência de que tais políticas reflitam os interesses da população vulnerada que realmente necessita de serviços públicos de saúde gratuitos. Que atendam, em consonância com o progresso científico, demandas legítimas, e que efetivamente minimizem o sofrimento dos seus destinatários, não constituindo, portanto, mero objeto de consumo.

Com efeito, a saúde, na pós-modernidade, parece ter se tornado "objeto de consumo". Isto porque, diante do progresso na área médica, os indivíduos que têm recursos podem acessar produtos e serviços em saúde avançados e de qualidade, ao passo que ficam alijados dessa possibilidade aquelas pessoas sem disponibilidade econômica para tanto Essa visão distorcida da saúde como objeto de consumo é reforçada frente à aparente timidez ou descompromisso, segundo Garrafa, de muitas entidades especializadas de classe, como médicas, odontológicas, com a saúde pública brasileira (GARRAFA, 2004, p.52)..

Nesse ponto, cumpre destacar algumas reflexões bioéticas a respeito do compartilhamento do progresso científico em saúde, nas situações em que a escassez de recursos[40] constitui uma barreira para que cidadãos vulnerados possam ter acesso a produtos e serviços de alta complexidade e/ou de alto custo e que, caso estivessem disponíveis na rede pública, integrados, portanto, ao serviço público de saúde, resultaria na cura ou melhora efetiva de sua qualidade de vida, devolvendo-lhes a dignidade comprometida pela doença.

5.1 A Bioética de Intervenção

"Seria possível, então, se pensar em um debate social da Bioética[41]?" A politização da Bioética[42] tem sido proposta como uma forma de construção da justiça social. Garrafa (2005) defende um debate sócio-político da Bioética, entendendo que a temática política insere no escopo teórico da disciplina temas como a saúde pública e coletiva, a inclusão social, entre outros. Afirma que essa forte resistência à utilização, no campo sanitário, dos paradigmas referenciais da Bioética, existe por duas razões principais: a primeira delas, concernente ao preciosismo acadêmico de alguns estudiosos da área, que tentam desqualificar o academicismo do debate sócio-político da Bioética, por entenderem que a temática política

[40] Sobre a escassez de recursos, Volnei Garrafa afirma: "Diante dos recursos que continuam escassos, a Bioética pode contribuir concretamente nas discussões sobre as prioridades de sua aplicação na sua distribuição mais justa e equitativa e no seu controle. Nesse sentido, vale recordar que quanto mais organizada a população estiver para reivindicar e defender seus interesses maiores serão as possibilidades de participação e decisão efetiva em todo processo distributivo". GARRAFA, Volnei. Reflexões sobre políticas públicas brasileira de saúde à luz da bioética. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZABALI, Elma Lourdes Campos Pavone. **Bioética e Saúde Pública.** 3. ed. São Paulo: Loyola, 2004. 53 p.

[41] "A Bioética social, para ser concretamente efetiva, além de disposição, persistência e preparo acadêmico, exige uma espécie de militância programática e coerência histórica por parte do pesquisador". GARRAFA, Volnei. Inclusão social no contexto político da Bioética. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 122-132. 2005. Disponível em:< http://www.bioetica.org:7080/cuadernos/bibliografia/garrafa.pdf > Acesso em: 20 abr. 2011. 125 p.

[42] Miguel Kottow, ao contrário de Volnei Garrafa, entende que é preciso separar a ética ~~e~~ da política, uma vez que a ética seria um instrumento da filosófica, e não da política. Ver em: KOTTOW, Miguel. Bioética: uma disciplina en riesgo. **Revista Redbioética/UNESCO.** v. 1, n. 1, 2010. p. 159-173. Disponível em: < http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_2/revista2.pdf>Acesso em: 20 set. 2011.

faria parte de outra área, denominada "biopolítica" (SCHRAMM, 2010, p. 519-535); a segunda, que seria uma decorrência da primeira, devendo-se ao conservadorismo de certos pesquisadores, os quais acreditam que os conflitos éticos relacionados à vida e à saúde podem ser circunscritos ao âmbito biomédico. Para Garrafa (2005), entretanto, as decisões atinentes a essa discussão estariam insertos na seara das discussões políticas[43]. Afirma:

> Para a bioética de intervenção, a inclusão social é a ação cotidiana de pessoas concretas e precisa ser tomada na dimensão política, como um processo no qual os sujeitos sociais articulam sua ação. Na medida em que a ação cotidiana direciona as escolhas não apenas em função de uma inclinação pessoal, mas considerando a dimensão do todo – a necessidade de garantir a existência das pessoas e de todas as formas de vida – ela se torna inclusiva, tendendo, em decorrência, à maior simetria. (GARRAFA, 2005, p. 129).

Pertinente a ponderação de Garrafa, quando afirma que a Bioética dos países periféricos deve dispensar maior atenção aos problemas persistentes, tais como a exclusão social e a concentração de poder, a inacessibilidade dos grupos economicamente vulneráveis às conquistas do desenvolvimento científico e tecnológico, a desigualdade de acesso das pessoas pobres aos bens de consumo básicos, indispensáveis à sobrevivência humana com dignidade, entre outros. Para que possa contribuir efetivamente na evolução das sociedades, a Bioética terá que mudar alguns dos seus paradigmas. Para tanto, deve trabalhar na construção de uma "visão macro da Bioética, ampliada e concretamente comprometida com o social, mais crítica, politizada e interventiva, com o objetivo de diminuir as disparidades constatadas" (GARRAFA, 2006).

Segundo Garrafa, a Bioética deve se dedicar com mais vigor ao tema das desigualdades sociais, uma vez que surgiu, justamente, para reforçar e apoiar o lado mais frágil, as populações vulneráveis. Em diversos lugares do mundo, como no Brasil, parte significativa da população não tem acesso, sequer, aos serviços básicos de saneamento e saúde. Seguindo a lógica mercadológica, os investimentos em medicamentos e pesquisas são direcionados, na maior parte das vezes, a quem pode pagar por eles.

[43] "A Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos re-define a agenda bioética para o século XXI, expandindo generosamente seu campo de interpretação, pesquisa e ação. As firmes e legítimas ações políticas dos países latino-americanos foram decisivas para a mudança do panorama. Ou seja: a Bioética incursionou pela política para incluir questões sociais na sua agenda. E isso não é biopolítica". GARRAFA, Volnei. Inclusão social no contexto político da Bioética. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 122-132. 2005. Disponível em:< http://www.bioetica.org:7080/cuadernos/bibliografia/garrafa.pdf > Acesso em: 20 abr. 2011. p.124-125.

A Bioética de Intervenção surgiu nos anos noventa como ferramenta de denúncia, reflexão e busca de alternativas para os conflitos biotecnocientíficos, sanitários, sociais e ambientais. Propõe uma politização dos dilemas morais abordados pela Bioética a partir do contexto social latino-americano (NASCIMENTO; GARRAFA, 2011). Apresenta dupla proposta:

> No campo coletivo e público, propõe a priorização de políticas públicas e tomadas de decisão que privilegiem o maior número de pessoas, pelo maior espaço de tempo possível e que resultem nas melhores conseqüências coletivas, mesmo levando em consideração circunstancias e situações individuais, com exceções pontuais a serem discutidas. No campo individual e privado, propõe a busca de soluções viáveis para os conflitos identificados, levando em consideração o contexto em que acontecem, bem como as contradições que os sustentam. (NASCIMENTO, GARRAFA, 2011, p.294).

É justamente a opção pela fundamentação filosófica utilitarista e consequencialista que faz a Bioética de intervenção não oferecer as melhores reflexões acerca da acessibilidade de grupos vulnerados aos progressos na área médica que realmente proporcionem melhorias significativas na qualidade de vida. A tomada de decisão que tenha como objetivo primordial privilegiar o maior número de pessoas, sem considerar interesses de minorias que necessitam de cuidados especiais, não reflete a verdadeira justiça social.

A pós-modernidade já não admite que a justiça repouse apenas no atendimento do interesse das maiorias, requerendo que os direitos das minorias também sejam considerados. Assim, a verdadeira justiça sanitária deve voltar seus olhos a demandas como as de pacientes com doenças raras, mulheres inférteis, pessoas que pretendam mudar o sexo para viver com plenitude, aqueles que necessitam de suporte diário de oxigênio ou medicamentos de alto custo, e que não podem, por questões de ordem financeira, ter acesso ao progresso científicos nessas áreas.

5.2 A Bioética da Proteção

Para Garrafa (2005), apesar do princípio da proteção ser essencial à construção da justiça social, não deve ser alçado à condição de matriz teórica. Isto porque, segundo ele:

> Sob a capa de um humanismo paternalista e patriarcal a maximização do princípio da proteção acaba revelando, em última análise, a assimetria concreta entre quem protege e quem é protegido. De certa forma, revela também uma admiração acrítica pelo pensamento escolástico, mesmo

> quando este somente reproduz uma retórica esvaziada do sentido que deve impregnar a relação entre teoria e prática, entre o plano ideal e a realidade. (GARRAFA, 2005, p. 122-132).

Essa, entretanto, não é a visão da Bioética da Proteção mais razoável. A proposta da Bioética da Proteção é a que melhor se adapta à "proteção" dos vulnerados, excluídos dos benefícios da medicina sob o argumento da escassez de recursos. As ponderações propostas, especialmente por Schramm, apresentam um horizonte que visa proteger tais grupos, sem, entretanto, converterem-se em um paternalismo, ao contrário do que afirma Garrafa, uma vez que também propõem o desenvolvimento das "capacidades"[44] daqueles.

A Bioética da proteção foi recentemente introduzida no campo da Bioética pelos pesquisadores latinoamericanos Schramm e Kottow, sendo, inicialmente, entendida como ética aplicada[45] à saúde pública (SCHRAMM; KOTTOW, 2001, p. 949-956), tendo, em seguida, seu campo de atuação ampliado, para considerar os fenômenos da vida como um todo (SCHRAMM, 2011). Apresenta a Bioética como ferramenta pertinente e legítima para enfrentar problemas de justiça sanitária nas situações de escassez de recursos (SCHRAMM, 2008b).

Nas palavras de Schramm (2011):

> A Bioética de proteção pode ser definida como aquela que se aplica aos conflitos morais envolvidos pelas práticas humanas que podem ter efeitos significativos irreversíveis sobre os seres vivos e, em particular, sobre os indivíduos e populações humanos, considerados em seu contexto ecológico, biotecnicocientíficos e socioculturais. Frente à conflituosidade intrínseca às inter-relações humanas, essa ferramenta (ou caixa de ferramentas), busca construir convergências por meio de princípios capazes de responder a esses conflitos e, se possível, resolvê-los. Dito com mais precisão analítica, a Bioética de proteção:
> (a) se ocupa de [descrever e compreender os conflitos] da maneira mais racionais e imparcial possível;
> (b) se preocupa em resolvê-los [normativamente], propondo [ferramentas adequadas] para proscrever os comportamentos considerados incorretos e prescrever aqueles considerados corretos; e
> (c) graças à correta articulação entre (a) e (b), [fornecer] os meios [práticos] capazes de proteger suficientemente os envolvidos em tais conflitos, garantindo cada projeto de vida compatível com os demais. (SCHRAMM, 2011, p. 714-715).

[44] No sentido desenvolvido por Sen. Ver item 2.2. **SEN, Amartya.** Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 105.**

[45] "Ética prática é aquela parte da filosofia prática cujo objetivo é considerar e avaliar a conduta por meio de regras, princípios, valores, ideiais, razões e/ou sentimentos. A ética prática ocupa-se também da reflexão que visa ao agir correto num tema de importância capital para o bem-estar ou sobrevivência da humanidade ou de um grupo social determinado". p. 28. "A bioética é uma ética aplicada que se ocupa do uso correto das novas tecnologias na área das ciências médicas e da solução adequada dos dilemas morais por elas apresentado". CLOSET, Joaquim. **Bioética:** uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 33.

As principais ferramentas da Bioética de Proteção, segundo Schramm (2008b), são a racionalidade e a razoabilidade, ou seja, a inteligência teórica capaz de iluminar a argumentação que sustenta uma ação, e a inteligência prática, capaz de tornar possível e aceitável uma determinada ação. A concepção da Bioética de proteção direcionada à esfera da saúde pública remete ao problema da justiça no acesso em situações de escassez de recursos.

De acordo com Schramm e Kottow (2001, p. 949-956), o Estado deve assumir obrigações sanitárias que impliquem uma ética de responsabilidade social correspondente, que denominam ética da proteção. Por proteção entende-se a atitude de cobrir, satisfazer aquelas necessidades indispensáveis, para que o afetado possa atender a outras necessidades ou outros interesses. Possui as seguintes características principais: gratuidade, vinculação e cobertura das necessidades.

Aplicado à saúde pública, o princípio da proteção determina que seja especificado, de forma clara, "aquilo que deve ser protegido, quem deve proteger o quê e para quem a proteção está dirigida, tornando-se, portanto, operacional" (PONTES; SCHRAMM, 2004). A fim de que as medidas não se tornem paternalistas e/ou arbitrárias, segundo o princípio em comento, aqueles que serão beneficiados com as medidas protetoras deverão ser esclarecidos ao seu respeito.

Enfatiza como tarefa do Estado implementar políticas públicas que visem manter um padrão mínimo de qualidade, necessário ao exercício das capacidades humanas básicas. A saúde, nesse sentido, constitui um dos aspectos mais importantes e que merecem atenção especial do Estado. A este compete, entre outras responsabilidades, a de proteger os cidadãos conforme suas necessidades específicas, sempre buscando promover sua capacitação básica (SCHRAMM, 2006).

Desse modo, essa proteção não deve ser, segundo tal compreensão, convertida em forma de paternalismo não justificado, razão pela qual é possível pensar a Bioética de Proteção de duas maneiras: em sentido estrito e em sentido lato. No estrito, objetiva conferir amparo aos sujeitos e populações que não possuem a capacidade cognitiva ou moral, para realizarem seus projetos de vida. Nesse sentido, não se aplica a indivíduos e populações que, mesmo afetados negativamente ou suscetíveis de serem afetados. Em sentido lato, expande o campo de consideração moral aos afetados reais e/ou potenciais (SCHRAMM, 2008b).

Numa situação de escassez de recursos, no entanto, as políticas públicas a serem implementadas devem ser focalizadas em áreas específicas de atenção à saúde. Schramm (2006) esclarece:

> O conteúdo universalista das políticas públicas de um estado protetor reside na superação das desigualdades existentes entre os que estão e os que não estão abaixo desse limiar mínimo, criando condições sociais para que todos os cidadãos estejam acima do mesmo, inclusive adotando medidas compensatórias para que se realize *de facto* a igualdade *de jure,* garantida pelas constituições democráticas e pluralistas contemporâneas, inclusive a brasileira. Concretamente, isso implica que se, para realizar o objetivo da igualdade democrática, for necessário utilizar políticas focalizadas, elas devem ser implementadas, concebendo-as como um meio pragmático para alcançar tal objetivo moralmente legítimo. (SCHRAMM, 2006).

O paradigma biotecnocientífico, que estimula cada vez mais a incorporação de tecnologia no campo da biomedicina, ao se confrontar com a "cultura dos limites"[46], que impõe escolhas, constitui um dos grandes desafios enfrentados pelos sistemas sanitários na atualidade, suscitando debates éticos e políticos. Ainda que existam variadas e fundamentadas razões, observa-se que esse progresso vem sendo experimentado por uma parcela mínima da sociedade, qual seja, aqueles que possuem o capital econômico pelos que têm acesso por meio de liminares concedidas pelo Poder Judiciário, o qual vem compelindo o Estado a prestar determinado serviço em saúde para casos específicos.

Nessas situações pontuais, fica evidente que ainda perduram as injustiças no acesso à atenção à saúde, especialmente quando em questão o compartilhamento de tecnologias médicas avançadas de alto custo. Isso porque um dilema importante se instala: de um lado, os Poderes Públicos afirmam a escassez de recursos e a impossibilidade de incorporarem certos procedimentos médicos avançados em diagnóstico, terapêuticas e reabilitação; e de outro, o Poder Judiciário que, observando os ditames constitucionais, em especial aquele garantidor do direito universal de acesso à saúde, reconhecendo o direito à vida como bem supremo, concede liminares efetivando-o.

Partindo da compreensão de que o Poder Judiciário age corretamente ao implementar políticas públicas em consonância com as determinações constitucionais, diante da ineficiência da prestação dos serviços de saúde, também se pode afirmar que esta situação somente pode ser admitida de forma transitória. É preciso refletir sobre mecanismos de

[46] Schramm e Escosteguy esclarecem: "A vigência simultânea do paradigma biotecnocientífico (que incentiva a incorporação tecnológica) e da cultura dos limites (que seleciona as tecnologias) constitui um grande desafio para os sistemas sanitários, solicitados seja pelas demandas crescentes de seus usuários seja pela racionalização dos recursos imposta a seus gestores. Isso suscita debates éticos e políticos sobre quais seriam as escolhas mais razoáveis, moralmente legítimas e politicamente aceitáveis a serem feitas". SCHRAMM, Roland Schramm; ESCOSTEGUY, Claudia Caminha. Bioética e avaliação tecnológica em saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 4, p. 73-78, out-dez. 2000a. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/csp/v22n9/19.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2012.

repartição, de compartilhamento dos sucessos que efetivamente produzam resultados positivos no campo da saúde, a fim não perdurar um problema ainda maior, no tocante à alocação não planejada ou mal direcionada.

Desse modo, critérios devem ser criados objetivando a alocação de recursos mais equânime e justa, sem deixar de considerar os interesses de minorias, como por exemplo, as portadoras de doenças raras, que exigem cuidados e tratamentos especiais e, em sua maioria, de custo elevado (SCHRAMM, 2009, p. 1276-1284), ou doenças crônicas, como o câncer e o diabetes, que requerem cuidados prolongados. Por outro lado, é mister também a observância daqueles critérios já estabelecidos, como os presentes em normativos do Ministério da Saúde. Tais parâmetros devem ser constantemente revistos e reelaborados, tendo em vista os interesses da coletividade, cuja participação é fundamental no processo de formulação.

Importante destacar também que não é qualquer avanço científico que deve ser incorporado ao serviço público de saúde. Devem existir, também em relação a esse aspecto, critérios que reflitam os reais anseios da sociedade, como já afirmado. Parte significativa das tecnologias médicas tem trazido resultados relevantes, como produtos imunobiológicos e as vacinas. Nota-se, no entanto, como relata Schramm, um direcionamento dos investimentos em inovações tecnológicas médicas, de acordo com interesses de indústrias de fármacos e equipamentos médicos, e uma tendência ao aumento de consumo de produtos tecnológicos, tendo em vista as mudanças de hábitos de vida que poderiam obter resultados mais satisfatórios a longo prazo. Por isso, o citado autor defende a necessidade de avaliação tecnológica que leve em consideração as conseqüências sociais a curto, médio e longo prazo em termos de qualidade de vida da população[47].

É importante, também, que haja maiores investimentos públicos em pesquisas científicas, bem como a adoção de medidas que viabilizem a redução dos custos do tratamento, como, por exemplo, a quebra de patentes[48], sempre que necessário, a fim de

[47] Ver em: SCHRAMM, Roland Schramm. Bioética e avaliação tecnológica em saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 4, out-dez. 2000b. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/csp/v16n4/3599.pdf> . Acesso em: 20. ago. 2012.

[48] Sobre o tema, Garrafa observa: "Com a decisão de quebrar patentes, o Brasil e outros países periféricos, principalmente no Hemisfério Sul, conquistaram o direito de produzir medicamentos para epidemias como a aids, tuberculose, malária, e com isso garantir às suas populações o direito de acesso a esses medicamentos, reduzindo a taxa de mortalidade e fazendo prevalecer o direito à vida. Mas para que tal ameaça alcance o efeito desejado, é imprescindível que países periféricos destinem recursos adequados ao setor, para melhorar a capacidade de produzir e a possibilidade de adquirir medicamentos". RIBEIRO, Teresa Verônica Catonho; KRSTIC, Tânia. ARAÚJO, Renata Patrícia de Abreu Fernandes de; GARRAFA, Volnei. A quebra de patentes de medicamentos na perspectiva bioética. In: GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora; MELLO, Dirce Raposo de. **Bioética e Vigilância Sanitária**. Brasília: Anvisa, 2007. p. 73-74.

diminuir os custos do tratamento. O Brasil, inclusive, já realiza política de desenvolvimento e produção de medicamentos para doenças como a AIDS[49].

Deve-se questionar, portanto, como fazer com que todo esse progresso tecnocientífico, dotado de possibilidades inimagináveis de proporcionar o bem e o mal da humanidade, seja, efetivamente, dirigido para o bem de todos. De que forma os seus objetivos reais podem ser, de fato, direcionados para solucionar problemas como a fome, a miséria e a exclusão social? Como criar meios para que o progresso científico seja compartilhado de forma democrática, protegendo a dignidade humana e proporcionando melhores condições de vida e felicidade?

Há, portanto, muito caminho a ser percorrido, e esse trabalho tem a modesta proposta de sinalizar apenas algumas direções, com o fito de evidenciar que o direito à saúde deve integrar, também, as tecnologias médicas avançadas, quando indispensáveis à melhoria da qualidade de vida do paciente vulnerados. Fundamentar a negativa de atendimento na escassez de recursos, ou destiná-los apenas à atenção básica, numa ótica utilitarista, para abranger o máximo de pessoas com o mínimo de desembolso, não é o atendimento à saúde que melhor corresponde à justiça social. Se os recursos são escassos, que sejam focalizados àqueles que realmente necessitam, cujas capacidades os impeçam de supri-las sem a "proteção" do Estado.

Por outro lado, são os vulnerados, em sua maioria, que se submetem às pesquisas em suas fases experimentais. Muitas pesquisas foram e, certamente, ainda são, realizadas em populações vulneráveis. Exemplo recente foi relatado em 1998 pela revista *Bioethics,* organismo oficial da *internacional Associacion of Bioethics,* denunciando 15 ensaios clínicos

49 O Portal sobre AIDS, doenças sexualmente transmissíveis e hepatites, do Ministério da Saúde do Brasil, presta informações sobre os medicamentos antirretrovirais. Ver em:, já disponível na rede pública: O acesso universal e gratuito aos medicamentos antirretrovirais é política prioritária do Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais desde 1996. No Brasil, aproximadamente 200 mil pacientes fazem tratamento com os 21 medicamentos antirretrovirais distribuídos pelo Sistema Único de Saúde. Esses remédios combatem a multiplicação do HIV e fortalecem o sistema imunológico. A seriedade do tratamento com os remédios reduz significativamente a mortalidade e o número de internações e infecções por doenças oportunistas, que aproveitam a fraqueza do sistema imunológico para atacar o organismo.
[...] O Brasil fabrica remédios antiaids desde 1993. Começou com a zidovudina, também chamada de AZT. Hoje, o Brasil tem condições de produzir dez antirretrovirais: zidovudina (cápsula de 100 mg, soluções oral e injetável), didanosina (pó para preparação extemporânea); associação zidovudina e lamivudina (comprimido de 300 mg + 150 mg), lamivudina (comprimido de 150 mg e solução oral); estavudina (cápsula de 30 mg e pó para solução oral); indinavir (cápsula de 400 mg); nevirapina (comprimido de 200 mg); ritonavir (cápsula de 100 mg); efavirenz (comprimido de 600 mg); e tenofovir (comprimido de 300 mg).
Para uma correta distribuição, os governos federal, estaduais e municipais têm diferentes responsabilidades na compra e distribuição desses remédios, definidas em reuniões da Comissão Intergestora Bipartite (CIB). Essa comissão possui representantes do Sistema Único de Saúde (SUS) federal e estadual, integrada igualmente pela Secretaria Estadual de Saúde e por representantes dos Secretários Municipais de Saúde. Disponível em: < http://www.aids.gov.br/pagina/medicamentos-antirretrovirais>. Acesso em: 03 jan. 2013.

determinados para estudar a prevenção da transmissão vertical do vírus da imunodeficiência adquirida (AIDS) de mães grávidas para seus bebês, em populações de países "em desenvolvimento", com a utilização de placebo em um dos grupos controle (GARRAFA; PRADO, 2002, p. 77-90). Em pesquisas como essas, pessoas são observadas durante meses sem qualquer tratamento, acreditando estarem sendo cuidadas, quando, em verdade, negam-lhes o exercício do devido consentimento informado[50].

Desse modo, de acordo com a abordagem da Bioética de Proteção, o objetivo primordial das políticas públicas deve ser a de promover, pelo menos em um nível minimamente aceitável, as capacidades centrais dos cidadãos. Nesse mister, deve o Estado priorizar aquelas pessoas consideradas mais suscetíveis ou vulneradas, uma vez que estão abaixo desse limiar mínimo. Considerando um contexto de escassez de recursos, em que parte significativa da população está situada abaixo do nível básico, as políticas de focalização se justificam moralmente por se constituírem em um meio de promoção das capacidades centrais de cidadãos. A medida de focalização é especialmente pertinente quando em questão o compartilhamento da atenção médica avançada, direcionada para aquelas pessoas situadas abaixo do limiar mínimo. É evidente que não será tarefa fácil estabelecer qual seria esse patamar mínimo das capacidades humanas centrais, notadamente, quando se tomam por base sociedades democráticas e pluralistas[51].

Trata-se, portanto, a Bioética de uma ferramenta prática e teórica apta a enfrentar os problemas morais, nas situações que dizem respeito à vulneração humana. Como função prática, visa "proteger" os seres vivos, de modo geral, contra as ameaças que podem

[50] Sandra Caponi observa que: "Biopolítica, modalidade de exercício do poder própria dos estados possibilita que sejam definidas as populações que pertencem ao espaço da vida nua e aquelas que fazem parte da vida ativa, isto é, da condição humana que deve ser cuidada, estimulada, multiplicada. Mas, para multiplicar a vida e o cuidado com os cidadãos, para garantir seus direitos, seu vigor e sua saúde acreditam na legitimidade de aceitar como pré-condição o uso experimental de seres humanos sem que eles "se beneficiem dos melhores meios diagnósticos e terapêuticos existentes", como exigido pela declaração de Helsinque, de 1996, ainda em vigor". CAPONI, Sandra. A biopolítica da População e a Experimentação com Seres Humanos: a propósito dos estudos de medicina tropical. In: BARCHIFONTAINE, Christian Paul de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Org.). **Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007. p.201.

[51] Schramm esclarece: "O que a abordagem no limiar básico ou mínimo faz é direcionar nosso foco de preocupação para os que são "mais vulneráveis", ou seja, já vulnerados de facto, observando-se o ônus para estes das nossas escolhas relacionadas às políticas públicas. Além disso, pressupõe- se que, independente de nossas diferentes concepções do bem, todos desejamos usufruir das condições sociais mínimas necessárias paraperseguir o projeto de vida que cada qual valoriza e deseja". RIBEIRO, Carlos Dimas Martins; SCHRAMM, Fermin Roland. Atenção médica, transplante de órgão e tecidos e políticas de focalização. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 9, set. 2006 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000900026&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 Mar. 2012.

transformá-los e prejudicá-los. Pertinente e legítima para enfrentar, entre outras questões, os problemas de justiça sanitária nas situações de escassez de recurso[52].

Ainda que os problemas levantados pela Bioética de Proteção sejam superiores às soluções por ela apresentadas, tem tal corrente o mérito de, ao apresentar as questões e abordá-las de forma crítica, indicar os caminhos para pensar a moralidade do agir humano (SCHRAMM, 2008b).

6 Conclusão

São evidentes os benefícios resultantes da interação entre ciência e tecnologia, especialmente, no âmbito médico. A ciência realmente pode, e deve, proporcionar alento, qualidade de vida e dignidade aos seres humanos. A modernidade, no entanto, entre as inúmeras promessas não cumpridas, não criou os meios necessários para que esse "progresso" fosse efetivamente compartilhado democraticamente. Restaram para a pós-modernidade as mazelas de uma sociedade excludente, individualista e que caminha ao sabor das frustrações, incômodos, incertezas e inquietações da vida contemporânea.

A saúde é um direito humano fundamental, e deve ser prestado pelo Estado em consonância com os princípios da universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação popular. Tratando-se de tecnologias médicas avançadas, que exigem maiores investimentos, impende que os serviços públicos de saúde sejam prestados com base em critérios claros e sindicáveis, estabelecidos com a participação popular, objetivando a satisfação, em especial, daqueles indivíduos vulnerados. Uma vez que o Estado não preste os serviços de atenção em saúde da forma devida, é legítima a atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas adequadas.

Afirma-se que é a Bioética a ferramenta prática e teórica apta a enfrentar os problemas morais, juntamente com o Direito, nas situações que dizem respeito à vulneração humana. Como função prática, visa "proteger" os seres vivos, de modo geral, contra as ameaças que podem transformá-los e prejudicá-los. Pertinente e legítima para enfrentar, entre outros conflitos, os problemas de justiça sanitária nas situações de escassez de recursos.

[52] SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética de proteção é pertinente e legítima? **Revista Bioética**, Brasília, v.19, n.3, dez. 2011. Disponível m:<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/673>. Acesso em: 03 mar. 2012. 714-715.

Referências Bibliográficas

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

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2.ºed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BARCHIFONTAINE, Christian Paul de. Vulnerabilidade e Cuidados. In**:** BARCHIFONTAINE, Christian Paul de; Zoboli (Org.). **Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Médica**. São Paulo: Loyola, 2002.

BOY, Raquel; SCHRAMM, Roland Schramm. Bioética da proteção e tratamento de doenças genéticas raras no Brasil: o caso das doenças de depósito lisossomal. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 6, p. 1276-1284, jun. 2009. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n6/10.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2012.

CAPONI, Sandra. A biopolítica da População e a Experimentação com Seres Humanos: a propósito dos estudos de medicina tropical. In: BARCHIFONTAINE, Christian Paul de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Org.). **Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007.

CRUZ, C. H. B**.** *Pesquisa e universidade*. In: STEINER, J. E.; MALNIC, G. (Orgs.). *Ensino Superior*: ***conceito*** e ***dinâmica***. São Paulo: Edusp, 2006.

DIAFÉRIA, Adriana. **Patente de Genes Humanos e a Tutela dos Interesses Difusos.** O Direito ao Progresso Econômico, Científico e Tecnológico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DRANE, James; PESSINI, Leo. **Bioética, Medicina e Tecnologia***:* Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Edições Loyola, 2005.

DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**: história, conceitos e instrumentos. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. 3.ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2010.

ENGELHARDT, H. Tristram. **Fundamentos da Bioética.** São Paulo: Loyola, 2004.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Loyola, 2005.

GARRAFA, Volnei. **De uma "Bioética de princípios" a uma "Bioética interventiva – Crítica e socialmente comprometida**. Brasília: Agencia Nacional de Vigilância Sanitária,

2006. Disponível em: < http://www.fanut.ufg.br/uploads/128/original_BIOETICA_COMPROMISSO.pdf>. Acesso em: 03 set. 2010.

GARRAFA, Volnei. Inclusão social no contexto político da Bioética. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 122-132. 2005. Disponível em:< http://www.bioetica.org:7080/cuadernos/bibliografia/garrafa.pdf > Acesso em: 20 abr. 2011.

GARRAFA, Volnei. Reflexões sobre políticas públicas brasileira de saúde à luz da bioética. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZABALI, Elma Lourdes Campos Pavone. **Bioética e Saúde Pública.** 3. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

GARRAFA, Volnei. PRADO, Mauro Machado. **Mudanças na declaração de Helsinki***:* Fudamentalismo econômico, imperialismo ético e controle social. In: LINS JÚNIOR, George Sarmento (Org.). Direitos Humanos e Bioética. Maceió: EDUFAL, 2002.

GONZÁLEZ, Angel Puyol. Ética, derechos y racionamiento sanitário. **Doxa,** n.22, 1999. Disponível em: < http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10316/1/doxa22_24.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2011.

KOTTOW, Miguel. Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolutos. N.º69, 2012, p. 25-44 Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/4261/4234>. Acesso em: 03 jan. 2013

KOTTOW, Miguel. Bioética: uma disciplina en riesgo. **Revista Redbioética/UNESCO.** v. 1, n. 1, 2010. p. 159-173. Disponível em: < http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_2/revista2.pdf>Acesso em: 20 set. 2011.

KOTTOW, Miguel. Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, V.; PESSINI, L. organizadores. **Bioética:** poder e injustiça. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia.** São Paulo, RT, 2005.

NASCIMENTO, Wanderson Flor do; GARRAFA, Volnei. Por uma vida não colonizada: diálogo entre Bioética de intervenção e colonialidade. **Saúde soc.**, São Paulo, v. 20, n. 2, Jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902011000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 mar. 2012.

NEVES, Maria do Céu Patrão. A Fundamentação Antropológica da Bioética. **Revista Bioética**, Brasília, v.20, n.3, dez. 2012. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/392/355>. Acesso em: 20 jan. 2013.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: características, condição e princípio. In: BARCHIFONTAINE, Christian Paul de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Org.). **Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007.

NEVES, Maria do Céu Patrão. A alocação de recursos em saúde: considerações éticas. **Revista do Conselho Federal de Medicina**, Brasília, v. 7, n.2, 1999. Disponível em:< http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/307/446> Acesso em: 10 set. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:< http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 29 dez. 2002.

PEGARARO, Olinto A; O lugar da Bioética na história e o conceito de justiça como cuidado. In PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, Christian Paul de (Org.). **Bioética e Longevidade Humana**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2006.

PESSINI, Leocir: **Distanásia:** até quando prolongar a vida?. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; São Paulo: Loyola, 2007a.

PONTES, Carlos Antonio Alves; SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da proteção e papel do Estado: problemas morais no acesso desigual à água potável. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, Out. 2004 . Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000500026&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 mar. 2012.

RELATÓRIO Belmont, de 18 de abril de 1979. The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. Disponível em: < http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>. Acesso em: 20 jun. 2011.

RIBEIRO, Teresa Verônica Catonho; KRSTIC, Tânia. ARAÚJO, Renata Patrícia de Abreu Fernandes de; GARRAFA, Volnei. A quebra de patentes de medicamentos na perspectiva bioética. In: GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora; MELLO, Dirce Raposo de. **Bioética e Vigilância Sanitária**. Brasília: Anvisa, 2007.

RIBEIRO, Carlos Dimas Martins; SCHRAMM, Fermin Roland. Atenção médica, transplante de órgão e tecidos e políticas de focalização. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 9, set. 2006 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000900026&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 mar. 2012.

SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética de proteção é pertinente e legítima? **Revista Bioética**, Brasília, v.19, n.3, dez. 2011. Disponível em:<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/673>. Acesso em: 03 mar. 2012.

SCHRAMM, Roland Schramm. Bioética da proteção e tratamento de doenças genéticas raras no Brasil: o caso das doenças de depósito lisossomal. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 6, p. 1276-1284, jun. 2009. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n6/10.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2012.

SCHRAMM, Roland Schramm. A Bioética da proteção pode ser uma ferramenta válida para resolver os problemas morais dos países em desenvolvimento na era da Globalização?

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, v.16, 2008a. Disponível em: < http://www.ppgd.ufba.br/Arquivos/revista16_sumario. pdf>. Acesso em 22 jan. 2011.

SCHRAMM, Fermin Rolando. Líneas de fundamentación de la bioética y la bioética de protección. Módulo I. **Bioética Clínica y Social.** Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008b. Disponível em: <HTTP://www.redBioética-edu.com.ar>. Acesso em: 02 set. 2012.

SCHRAMM, Roland Schramm. Atenção médica, transplante de órgãos e tecidos e políticas de focalização. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 9, set. 2006 . Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/csp/v22n9/19.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2012.

SCHRAMM, Fermin Roland; KOTTOW, Miguel. Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 4, p. 949 – 956, jul-ago. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v17n4/5301.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2011.

SCHRAMM, Roland Schramm; ESCOSTEGUY, Claudia Caminha. Bioética e avaliação tecnológica em saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 4, p. 73-78, out-dez. 2000a. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/csp/v22n9/19.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2012.

SCHRAMM, Roland Schramm. Bioética e avaliação tecnológica em saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 4, out-dez. 2000b. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/csp/v16n4/3599.pdf> . Acesso em: 20. ago. 2012.

SCHRAMM, Roland Schramm. Bioética, economia e saúde: direito à assistência, justiça social, alocação de recursos: In: **Revista Brasileira de Cancerologia,** Brasília, v. 46, n.1, jan.fev.mar. 2000c.

SEN, Amartya. ¿Por qué la equidad en salud?. **Rev Panam Salud Publica**, Washington, v. 11, n. 5-6, jun. 2002 . Disponível em: < http://dx.doi.org/10.1590/S1020-49892002000500005>. Acesso em: 12 jun. 2011.

SEN Amartya**. Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001

VENTURA, Miriam. **Transexualismo e Respeito à Autonomia:** um estudo bioético dos aspetos jurídicos e de saúde da "terapia para mudança de sexo". Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 2007.

GLOBALIZAÇÃO BIOÉTICA: A UNIVERSALIDADE DO PARADIGMA PRINCIPIALISTA FUNDADO NA DIGNIDADE HUMANA

BIOETHICAL GLOBALIZATION: THE UNIVERSALITY OF PRINCIPLIST PARADIGM FOUNDED ON HUMAN DIGNITY

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral[*]
Éverton Willian Pona[**]

RESUMO

Demonstra que o fenômeno da globalização não está relacionado exclusivamente com a economia e geopolítica, mas também com a bioética, nascida na tentativa de aproximar as ciências humanas das ciências naturais, propiciar o encontro entre os fatos e os valores. Os princípios bioéticos estão intrinsecamente conectados à doutrina dos direitos humanos e têm a dignidade humana como fundamento. Por essa razão, é possível referir-se a esse paradigma como sendo universal, com força suficiente para a defesa dos seres humanos em face dos resultados do desenvolvimento biotecnocientífico (que é estimulado pelo processo de globalização), garantindo a promoção da igualdade e o devido combate às injustiças.

Palavras-chave: |Bioética; Princípios; Dignidade humana; Globalização; Egalisation.

ABSTRACT

It demonstrates that the phenomenon of globalization is not related just to economics nor geopolitics, but also with bioethics, which was born trying to put together de human and natural sciences, to facilitate the meeting between facts and values. Principles of bioethics are intrinsically connected to the international human rights doctrine and it has the human dignity as its ground. For this reason, it is possible to refer to this paradigm as universal, empowered to promote the defense of human beings even facing the results of bio-tecno-cientific development (which is stimulated by the process of globalization), ensuring the promotion of eguality and proper tackling injustices.

Keywords: Bioethics; Principles; Human dignity; Globalization; Egalisation.

INTRODUÇÃO

Talvez a grande característica do ser humano, a principal delas, seja a constante insatisfação com sua condição presente e a incessante busca de aperfeiçoamento. Por outro lado, essa peculiar insatisfação pode significar a marca de sua arrogância de pretender conhecer a totalidade de possibilidades que a vida e a natureza oferecem, dominar o mundo físico e subjugar a realidade que o cerca à sua vontade, conhecimento e técnica.

Da necessidade humana de expandir-se rumo ao desconhecido, ampliar seus

[*] Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Professora do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.
[**] Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

conhecimentos e expandir suas atividades, adveio um mundo globalizado, reduzindo-se as fronteiras. O que se pretende demonstrar relaciona-se ao fato da possibilidade de a globalização ser observada não apenas sob uma ótica econômica, mas também bioética.

Por isso, inicialmente descrevem-se as origens do debate bioético e a consolidação de um paradigma principialista, para então demonstrar como as questões relacionam-se aos direitos humanos e o debate alçou voos internacionais e o principialismo encontrou justificação universal numa sociedade mundial globalizada.

Ao fim, ao processo de globalização é associado uma nova face, que busca reduzir as desigualdades e garantir o respeito à pessoa e sua dignidade diante das consequências do desenvolvimento proveniente de um mundo globalizado.

2 EIS QUE SURGE A NOVA ÉTICA

Em geral, costuma-se destacar o progresso das ciências biológicas e biomédicas que refunda os processos e a forma de atuação da medicina tradicional, a socialização do atendimento médico, a progressiva medicalização da vida, a emancipação do paciente, a criação e funcionamento dos comitês de ética hospitalar e dos comitês de ética para pesquisa em seres humanos, a necessidade de um padrão moral que possa ser compartilhado por pessoas de moralidades diferentes, o crescente interesse da ética filosófica e da ética teológica nos temas que se referem à vida, reprodução e morte do ser humano (CLOTET, 1991; DINIZ, 2008, p. 1-5) como as condições que possibilitaram o desenvolvimento da bioética tal como hoje se a conhece[1].

A busca por constante aperfeiçoamento, com o desenvolvimento de novas técnicas, ampliação do conhecimento, de valorização da ciência ocorreu, sobretudo, em decorrência de uma apropriação que o homem fez de si mesmo, seu ser, e tem, portanto, o homem e, nesse particular aspecto a sua dignidade, como fins últimos. Nem sempre, entretanto – mostrou a história –, o uso do conhecimento tecnocientífico deu-se com base nessas premissas.

A dignidade da pessoa humana ganhou extrema relevância após os acontecimentos da II Guerra Mundial e dos experimentos nazistas realizados nos campos de concentração. Tais fatos foram combustíveis não apenas para o debate acerca da proteção jurídica a ser

[1] "Convém salientar que a Bioética não possui novos princípios éticos fundamentais. Trata-se da ética já conhecida e estudada ao longo da história da filosofia, mas aplicada a uma série de situações novas, causadas pelo progresso das ciências biomédicas" (CLOTET, 1991). Trata-se de uma ética aplicada às situação concreta, referente aos problemas novos surgidos da evolução das ciências médicas que põe o homem em face de dilemas sobretudo relacionado com questões de vida e morte.

destinada à pessoa, mas também tiveram repercussão na seara do pensamento médico, especialmente em relação ao padrão de conduta a ser observado no caso de experiências realizadas com seres humanos.

Vale apontar para o panorama existente antes da II Guerra Mundial e que perdurou até o final da década de 60, quando as decisões médicas eram todas tomadas exclusivamente pelos médicos[2], explicitado em 9 de dezembro de 1962, quando a revista *Life* publicou um artigo intitulado *They decide who lives, who dies,* de autoria de Shana Alexander, contando a história do comitê criado em Seatle para selecionar os candidatos a serem beneficiados com o tratamento de hemodiálise o qual, à época, era um recurso escasso. O artigo causou comoção social ao tornar público os critérios utilizados para escolha do beneficiário e provocou o debate acerca da ética na distribuição de recursos, o que posteriormente seria a seara de aplicação do princípio bioético da justiça (MORAN, 2006, p. 21-22).

Outro momento de relevância para o debate bioético ocorreu em 16 de junho de 1966, com a publicação do artigo *Ethics and Clinical Research,* de Henry K. Beecher, no *New England Journal of Medicine.* O artigo trata, principalmente, da questão do consentimento necessário para a realização de pesquisas com seres humanos, denunciando inúmeros casos nos quais, segundo o autor, ocorreram violações éticas. Hodiernamente, o consentimento informado e esclarecido é questão nodal no debate bioético e, sobretudo, marco inicial de qualquer pesquisa ou experimento que envolve seres humanos. É antiga, pois, a origem do debate.

O termo *bioética,* considerado em sua concepção de nascimento, surgiu nos Estados Unidos e foi primeiramente empregado pelo médico cancerologista Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison e divulgado em sua obra *Bioetichs: a bridge to the future,* no ano de 1971, inicialmente referenciado nos artigos de sua autoria intitulados *Bioethics: the Science of Survival* e *Biocybernetics and Survival.* A expressão foi utilizada, entretanto, em contexto distinto do que se a compreende na atualidade. Nas palavras do criador do termo, entende-se o que pretendia com a conjugação dos radicais bio (vida) e ética: "elegi bio para representar el conocimiento biológico, la ciência de los sistemas vivos y elegi

[2] Esse modelo de relação médico-paciente era conhecido como modelo sacerdotal. De modo diametralmente oposto aos que tomavam o médico por um cientista (modelo da engenharia), os defensores do modelo sacerdotal fazem no médico um novo sacerdote. É a utilização da conhecida frase, "falando como um médico", que de certa forma transfere a orientação do profissional de uma análise e conselho técnicos para uma afirmação de caráter moral. A teoria está bem representada pelo princípio bioético de "beneficiar e não causar danos ao paciente". Não causar danos é como se tratasse de certo paternalismo, já que a literatura sociológica da medicina clássica utiliza a imagem de pai-filho para tratar da relação médico-paciente. Nessa perspectiva, o paciente é retirado do processo de tomada de decisões, que fica totalmente a cargo do profissional. O princípio de beneficiar e não causar danos se sobrepõe de todo sobre os demais (VEATCH, 200, p. 57-60).

etichs para representar el conocimiento de los sistemas de valores humanos" (POTTER *apud* MORAN, 2006, p. 24).

A pretensão do pai da bioética foi, na verdade, aproximar as ciências humanas das ciências naturais, propiciar o encontro entre os fatos e os valores. Diz-se, ainda, que no contexto da obra o termo estaria relacionado com a importância das ciências biológicas para a sobrevivência da vida no planeta (CLOTET, 1991; DINIZ, 2008, p. 9).

Nesse sentido, o termo tem significação distinta da conotação a ele atribuída, posteriormente, por André Hellegers, fundador do *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*, (1971) ou, após, *Kennedy Institute of Ethic*, para quem a bioética seria a "ética da vida" ou das ciências da vida. Trata-se de

> [...] una concepción no solamente a los problemas éticos generados por las intervenciones biomédicas sobre el ser humano, sino abarcando también las dimensiones sociales vinculadas a la salud, por ejemplo, la asignación de los recursos médico y la utilización, en general, de los recursos del planeta, la vida animal y vegetal y, de una manera general, los problemas ecológicos del medio ambiente y de las generaciones futuras (MORAN, 2006, p. 24).

Em busca de uma definição, pode-se citar a *Encyclopedia of Bioetichs,* obra coletiva publicada em 1978, na qual, em sua segunda edição, afirma-se ser a bioética "o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando-se uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar" (REICH, 1995, p. XXI).

Imbuída de um espírito que ultrapassa, portanto, a simples deontologia médica, a Bioética lança olhares aos problemas éticos referentes ao início e fim da vida humana, preocupa-se com as consequências dos novos métodos de fecundação, com a possibilidade de seleção de sexo, com os limites da engenharia genética, as consequências da maternidade substitutiva, a forma como são conduzidas as pesquisas em seres humanos, a dinâmica do transplante de órgãos, a situação dos pacientes terminais, dentre um sem número de situações que abrangem a relação do ser humano e o desenvolvimento das ciências da vida (CLOTET, 1991)[3].

[3] "A complexidade das questões delineadas exige que a reflexão ética se realize em três níveis. O nível microético examina a deontologia profissional e a capacidade e a possibilidade de os pesquisadores intervirem no debate ético sobre essas questões. O nível mesoético é o das instituições e políticas concretas, em que se consideram a possibilidade e a necessidade de levar em conta, no momento da tomada de decisões, não só critérios econômicos ou estratégicos, mas também critérios éticos. O nível macroético abrange questões globais sobre a possibilidade de instrumentalização do homem pelo homem e, com isso, a possível violação dos direitos e dignidade das pessoas, exigindo uma reflexão ética sobre o que é o homem e sobre as implicações e consequências que a biotecnologia pode ter sobre ele" (COSTELL, 2002, p. 286).

Ainda que inúmeras possam ser as definições dadas por autores muitos não há uma definição sumária ou conceito abstrato de fronteiras tão amplas que nada permaneça excluído. Está, portanto, em constante construção e aperfeiçoamento[4].

3 A CONSOLIDAÇÃO DA BIOÉTICA EM TORNO DO PARADIGMA PRINCIAPIALISTA

Para além das circunstâncias anteriormente enumeradas, as reflexões nesse fértil campo foram estimuladas, em seu início, também por ter vindo a público o experimento conhecido como *Tuskegee Syphilis Study*, ocorrido de 1932 a 1972, o qual submeteu a experimento 600 homens negros sifilíticos, sem a devida informação e consentimento (VARGA, 1998, p. 142).

Nesse contexto, diante da premente necessidade de uma atitude da sociedade frente aos acontecimentos denunciados, de claro desrespeito ao ser humano, em 1973 abriu-se a possibilidade e, nos Estados Unidos, em 12 de julho de 1974, o *National Research Act (Pub. L. 93-348)* foi transformado em lei e criou a *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, cujo objetivo, enunciado no sumário de seu relatório, era desenvolver um estudo para identificar os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação em seres humanos nas ciências do comportamento e da biomedicina (BELMONT REPORT, 1979).

Os trabalhos da Comissão perduraram por quatro anos e, ao final, o relatório de suas pesquisas ficou conhecido como *Belmont Report* e tornou-se a declaração principialista clássica não somente para a experimentação em seres humanos, mas para toda a reflexão ética em geral (PESSINI, 1996a, p. 52)[5].

O Relatório Belmont reconhece a importância da pesquisa científica e destaca a existência de benefícios sociais, sem se esquecer, por outro lado, que essa traz consigo alguns problemas de ordem ética. Faz referência ao Código de Nuremberg como o sendo o protótipo de muitos códigos posteriores com o objetivo de garantir o agir ético na pesquisa com seres humanos; estabelece que os códigos consistem em regras, algumas gerais, outras específicas,

[4] Para um estudo mais aprofundado, cf. ENGELHARDT JR, H. Tristam. *Fundamentos da bioética*. Trad. José A. Chesin. São Paulo: Edições Loyola, 2004 e BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica.* Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

[5] Também ao fim dos trabalhos dessa Comissão, conseguiu-se que fosse criada outra, a *President's Comission for the Study of Etichal Problems in Medicine*, a qual ficou responsável por estudar e elaborar informes para o Presidente, Congresso e outras instâncias governamentais com o objetivo de servir de substrato para a elaboração de leis (MORAN, 2006, p. 27).

para guiar os investigadores na pesquisa científica, mas destaca que muitas regras são inapropriadas ou inadequadas, ou ainda, pode-se dizer, insuficientes para abarcar situações complexas – diga-se aqui, os *hard cases* – pelo que princípios mais gerais representarão a base sobre as quais se formulará, criticará e interpretará tais situações (BELMONT REPORT, 1979).

O relatório enuncia, portanto, três princípios éticos básicos, ou, como menciona – *general prescriptive judgments* – reconhecendo que outros podem ser de igual modo relevantes, sendo os enunciados, entretanto, destinados a fornecer ajuda aos cientistas, sujeitos da experimentação, avaliadores e cidadãos que demonstrem interesse em compreender os problemas éticos relacionados à experimentação com seres humanos (BELMONT REPORT, 1979)

> The expression 'basic ethical principles' refers to those general judgments that serve as a basic justification for the many particular ethical prescriptions and evaluations of human actions. Three basic principles, among those generally accepted in our cultural tradition, are particularly relevant to the ethics of research involving human subjects: the principles of respect of persons, beneficence and justice (BELMONT REPORT, 1979)[6].

O Relatório anunciou, por conseguinte, como a base principiológica o respeito às pessoas, a beneficência e a justiça.

O princípio do respeito às pessoas, também traduzido como autonomia,

> […] incorporates at least two ethical convictions: first, that individuals should be treated as autonomous agents, and second, that persons with diminished autonomy are entitled to protection. The principle of respect for persons thus divides into two separate moral requirements: the requirement to acknowledge autonomy and the requirement to protect those with diminished autonomy (BELMONT REPORT, 1989)[7].

A doutrina bioética costuma ressaltar que a autonomia considerada pelo relatório é distinta da autonomia kantiana, em relação à qual já se falou por ocasião do estudo da dignidade da pessoa humana. Isso porque, por ente autônomo[8] o relatório considera não a

[6] Tradução livre: A expressão "princípios éticos básicos" refere-se aos juízos gerais que servem como justificativa básica para as muito particulares prescrições éticas e avaliações das ações humanas. Três princípios básicos, entre aqueles geralmente aceitos em nossa tradição cultural, são particularmente relevantes para a ética da pesquisa envolvendo seres humanos: os princípios de respeito das pessoas, beneficência e justiça

[7] Tradução livre: [...] incorpora pelo menos duas convicções éticas: a primeira, de que os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos, e a segunda, que as pessoas com autonomia diminuída têm direito a proteção. O princípio do respeito pelas pessoas, assim, divide-se em duas exigências morais separadas: a exigência de reconhecer a autonomia e a exigência de proteger aqueles com autonomia reduzida

capacidade de autolegislação moral baseada na razão, mas sim a capacidade de deliberação em relação a objetivos pessoais e a orientação do agir justamente levando em consideração essa deliberação. Trata-se de um conceito muito mais prático e concreto, no sentido de atuar com conhecimento de causa e sem coerção, expresso na noção de consentimento informado e esclarecido, noção tão cara à bioética hodierna (PESSINI, 1996a, p. 52). A ação autônoma deve ser analisada considerando-se a intencionalidade do agente, o seu entendimento e a ausência de controladores externos (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 140).

> Avessa à noção kantiana de autonomia, a autonomia principialista corteja descaradamente o livre-arbítrio como expressão da capacidade humana adquirida para deliberar e exercer escolha de ações, bem como separar subrepticiamente a congruência estabelecida por Kant entre moralidade e autonomia. De acordo com a visão bioética, uma conduta merece ser vista como autônoma, quando passa pelo crivo do consentimento livre, ou seja, autonomia consiste em discernir acerca de seu próprio bem e tomar decisões isentas de paternalismos, amparadas por um consentimento informado [...]. A autonomia principialista limita-se a incorporar na bioética o direito moral do paciente de tomar decisões, mesmo que com isto o indivíduo esteja neutralizando orientações prescritas pelo médico (HECK, 2007, p. 219).

Por essa razão, argumenta-se que o princípio da autonomia impõe ao médico o dever de respeitar a vontade do paciente ou de seu representante, levando em consideração seus valores morais e crenças, reconhecendo o domínio do paciente sobre seu corpo e sua vida, impondo o respeito à sua intimidade e suas escolhas (DINIZ, 2008, p. 14; CLOTET, 1991). Sob um viés negativo, diz-se que "as ações autônomas não devem ser sujeitas a pressões controladoras de outros", ao passo que, positivamente, exige-se "tratamento respeitoso na revelação de informações e no encorajamento da decisão autônoma" (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 143 e 144).

O princípio da beneficência, por sua vez, baseado de certo modo no antigo juramento de Hipócrates, corresponde à máxima de fazer o bem. O destaque a ser feito é que no Relatório, ao invés de ser considerado como a ideia clássica de caridade, "beneficence is understood in a stronger sense, as an obligation"[9]. Dela derivam duas regras fundamentais, não causar dano e a necessidade de maximizar os benefícios, reduzindo os possíveis riscos (BELMONT REPORT, 1979).

Na Bioética, de modo particular, esse princípio se ocupa da procura do bem-estar e interesses do paciente por intermédio da ciência médica e de seus representantes ou agentes

[9] Tradução livre: beneficência é entendida em um sentido forte, como uma obrigação moral.

(CLOTET, 1991).

A seu turno, o princípio da justiça[10] foi entendido pelos membros componentes da Comissão como a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, mencionando ainda que os iguais devem ser tratados com igualdade. “However, this statement requires explication. Who is equal and who is unequal? What considerations justify departure from equal distribution?”[11]. A resposta a essa questão, entretanto, não se encontra especificada no teor do relatório (BELMONT REPORT, 1979). Complementa a doutrina asseverando que “o princípio da justiça exige equidade na distribuição de bens e benefícios no que se refere ao exercício da medicina ou área da saúde. Uma pessoa é vítima de uma injustiça quando lhe é negado um bem ao qual tem direito e que, portanto, lhe é devido” (CLOTET, 1991).

Convém salientar que os princípios estabelecidos no Relatório estavam principalmente relacionados com a pesquisa e a experimentação em seres humanos, não abrangendo, portanto, a seara da prática clínica e assistencial da medicina. O enfoque abrangente ocorreu, posteriormente, com a publicação da obra *Principles of Biomedical Ethics,* em 1979, por Tom L. Beauchamp e James F. Childress. Esses dois autores retrabalharam os princípios trazidos pelo relatório, atribuindo-lhes maior abrangência e incluindo, por meio de partição do ideal de beneficência, o princípio da não-maleficência. A obra tornou-se a principal referência de fundamentação teórica para a ética biomédica (PESSINI, 1996b, p. 54). O princípio da não maleficência determina a obrigação de não infligir dano intencionalmente. Na ética médica, ele esteve intimamente associado com a máxima ‘primum non nocere’: ‘acima de tudo (ou antes de tudo), não causar dano” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 209).

O estudo desse princípio chegou a ser realizado como uma face do princípio da beneficência. Entretanto, combiná-los em um único enunciado acaba por obscurecer distinções de relevo, pois é intrinsecamente distinta uma ação que visa não prejudicar de uma que visa diretamente beneficiar[12]. Assim, os autores que anunciaram o princípio resumem a não maleficência como a regra segundo a qual “não devemos infligir mal ou dano”, distinguindo-a da beneficência, expressada por meio dos enunciados para os quais “devemos

[10] “A introdução do critério de justiça na Bioética é, também, recente. Mas, ao longo dos três últimos séculos, foi germinado como parte da consciência da cidadania e luta pelo direito à saúde, até estabelecer como direitos de todos” (CORREIA, 1996a, p. 42).

[11] Tradução livre: No entanto, essa afirmação exige uma explicação. Quem é igual e quem é desigual? Que considerações justificam o afastamento da distribuição igual?

[12] “Por exemplo, a obrigação de não lesar os outros parece, intuitivamente, ser mais rigorosa que a obrigação de auxiliá-los, mas a obrigação de não oferecer risco de dano a sujeitos de pesquisas, por meio de procedimento de baixo risco, não é tão rígida quanto a obrigação de prestar auxílio a um sujeito de pesquisa que foi lesado ao se submeter aos procedimentos” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 211).

impedir que ocorram males ou danos", "devemos sanar males ou danos" e "devemos fazer ou promover o bem" (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 212).

Nesse contexto, pois, surgiu a bioética, inicialmente relacionada exclusivamente com a conduta do profissional das ciências da saúde, do pesquisador, como verdadeiro código deontológico, para depois, abranger o espaço de reflexão para temas relativos à vida humana (em homenagem à sua etimologia) e o progresso técnico, científico e biológico da sociedade.

A reflexão iniciada por Potter, com sua pretensão de aproximar o mundo da natureza ao universo dos valores e capacitar as ciências naturais para uma reflexão axiológica acerca de seus resultados, deve ser enaltecida por representar o reconhecimento da insuficiência do profissional da medicina para responder às mudanças significativas ocorridas no contexto das ciências biológicas.

A iniciativa foi importante para, num contexto de devoção sacerdotal aos profissionais das áreas da saúde, romper com o paternalismo exacerbado e com a crença de que os saberes médicos e biológicos investiam no profissional um manto de sabedoria tamanho que suas decisões sequer sujeitavam-se a questionamento por parte do indivíduo, que pouco sabia e necessitava da proteção daqueles cuja formação técnica lhes capacitava de maneira superior. "A bioética denuncia 'ab initio' o paternalismo médico com pacientes e reivindica sua substituição por uma relação profissional transparente e responsável" (HECK, 2005, p. 126).

Em razão da abrangência dos temas abordados, exsurge como característica elementar da bioética a impossibilidade de estruturar-se de forma hermética. De fato, em sua essência, a bioética é uma seara de reflexão multi e interdisciplinar, que reúne em seu bojo conhecimentos provenientes das ciências da saúde, mas também da antropologia, economia, filosofia, política, teologia e direito, dentre outras. Trata-se de um exercício dialógico constante.

O nascimento e desenvolvimento dessa reflexão dá-se, como pode ser observado, impulsionado por um paradigma principialista, enunciando inicialmente os princípios do respeito à pessoa, beneficência e justiça, trazidos pelo Relatório Belmont, e reestruturados posteriormente por Beauchamp e Childress, acrescentando-se a não-maleficência. Ainda que existam outros paradigmas[13] a serem abordados, os recentes estudos demonstram que o

[13] Além do paradigma principialista, podem ser destacados o paradigma libertário, defendido por Engelhardt (1998); o paradigma das virtudes; destacam-se ainda os enfoques filosóficos, quais sejam, o fenomenológico, o hermenêutico e o neo-aristotélico (CORREIA, 1996a, p. 39; 47-48); o paradigma casuístico, defendido por Albert Jonsen e Stephen Toulmin; o paradigma fenomenológico hermenêutico; paradigma narrativo, que considera a história de vida as pessoas; paradigma do cuidado, defendido pro Carol Gilligan; paradigma do

principialismo bioético de origem estadunidense[14] lançou raízes e permeia todo o debate.

Analisando-se a razão de ser, o fundamento maior de todos os princípios bioéticos enunciados e mantendo-se ao mesmo tempo as atenções nos acontecimentos históricos que culminaram no surgimento da bioética principialista, observa-se, em verdade, que a preocupação do debate, apesar de multifacetado e distribuído em nuances várias, mesmo em razão da multi e interdisciplinaridade dessa área do saber, reside, em sua base, no ser humano, a pessoa. Toda reflexão bioética, pode-se afirmar, tem como fundamento último a pessoa humana.

Partindo-se, pois, desse referencial aglutinador dos princípios enunciados e das reflexões variadas, pode-se fincar na raiz da árvore bioética, a dignidade da pessoa humana.

A autonomia bioética enunciada, apesar de distinta da autonomia kantiana, reflete a necessidade de se levar em consideração a vontade do indivíduo, respeitando-se as decisões por ele tomadas em relação a seu próprio corpo e vida, exigindo-se sempre as informações e compreensão necessárias a fim de orientar a tomada de decisões. Esse respeito à autonomia, é possível afirmar, guarda relação com a consideração do ser humano como ser racional e autônomo no sentido de autodeterminação da vontade, autoconsciente, um viés no qual se entende a dignidade da pessoa humana.

A beneficência e não-maleficência, por sua vez, podem ser relacionadas às dimensões positiva e negativa da dignidade. A despeito de o enfoque ser destinado às relações do Estado e os cidadãos, impondo o dever do daquele em promover a dignidade e os limites de atuação a fim de não ofender essa dignidade do indivíduo, a beneficência pode ser vista como um dever positivo para com o sujeito envolvido em pesquisa ou tratamento por parte do pesquisador ou médico, um dever de promoção da dignidade, obrigando-se com os atos que façam o bem. A não-maleficência, a seu turno, expressa claramente o dever de abstenção de

direito natural, apresentado por John Finnis; o paradigma contratualista, capitaneado por Robert Veatch, e, por fim, há diversos autores para os quais a bioética deve ter necessariamente um paradigma antropológico como referência. Entre eles estão G. Perico, E. Sgreccia, D. Tettamanzi, S. Leone, J. F. Malherbe, C. Viafora e S. Spisanti. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005, p. 46-49).

[14] Refere-se especificamente ao principialismo de pátria estadunidense porque na América Latina o espaço dedicado à bioética tem outro enfoque. "Na América Latina o principialismo tende ser reduzido ao contexto de surgimento (falácia genética), o que leva à rejeição e/ou à proposta de substituição por uma bioética de intervenção, 'capaz de dissolver a divisão natural estrutural centro-periférica do mundo e assumi um consequencialismo solidário alicerçado na superação da desigualdade'" (HECK, 2007, p. 222). Por questões eminentemente histórico-culturais, relacionadas com o modelo de colonização e o processo de desenvolvimento econômico dos países latino americanos, em geral países subdesenvolvidos, com indicadores sociais e humanos com baixos índices, um grande contingente de pobres, as preocupações da bioética revestem-se de caráter social-emancipador. Por isso fala-se em uma bioética interventiva. Em verdade, há destaque para princípios tais como a defesa da vida, princípio da liberdade e da responsabilidade, da totalidade ou princípio terapêutico, da sociabilidade ou da subsidiariedade (CORREIA, 1996a, p. 43-46).

práticas maléficas ao ser humano, ou seja, é não ferir, não violar, não vilipendiar e dignidade daquele sujeito envolvido em uma relação estudada sob o enfoque da bioética.

Ulteriormente, o princípio da justiça pode ser coligado com a dimensão comunicativa e que aborda uma perspectiva relacional e intersubjetiva. A noção de justiça somente parece fazer sentido se pensada sob o enfoque da inter-relação. O processo de distribuição dos recursos disponíveis mostra-se, atualmente, baseado, sobretudo, no diálogo e no discurso realizado, *v.g.* nas comissões de Bioética dos Hospitais. Assim como demonstrou Shana Alexander por ocasião publicação do seu artigo *They decide who lives, who dies*, as decisões tomadas por membros de referidas comissões em geral não consideram somente características ou aspectos intrínsecos ao paciente e sua condição clínica ou as especificidades de sua doença. Demonstrou a autora que muitos dos membros pautavam suas decisões pela relação que o candidato mantinha com a sociedade em seu entorno, privilegiando aquele que se mostrava mais útil ou uma vida de relação pautada por maior engajamento social. A justiça bioética, portanto, está associada também à dignidade da pessoa humana.

O elemento aglutinador, a raiz responsável por alimentar a árvore bioética e manter sempre verdes as folhas dos princípios e garantir que dos dilemas apresentados os frutos resultem tão belos quanto às flores que lhes deram origem é a dignidade humana. E nesse elemento se encontram bioética e direito. No homem, na sua dignidade.

O debate antagonista entre um fundamento universal ou cultural para os direitos humanos e, por consequência, para a compreensão da dignidade humana encontra o fiel da balança na cultura da tolerância e no exercício de alteridade (FACHIN, 2009, p. 229). E, ao considerar-se o ser humano como fundamento da bioética, está-se pensando numa concepção que encara "a pessoa enquanto abertura, relação, face a face com a outra e com os outros". Trata-se da invocação, na bioética, do mesmo fundamento conciliador utilizado no debate acerca dos direitos humanos e da dignidade humana, a alteridade, assim eleita por permitir "não só a fundamentação, mas também a estruturação e articulação dos conteúdos da bioética, tendo-a como base, eixo e convergência" (CORREIA, 1996b, p. 72)[15].

O mundo despertou e se deu conta de que era preciso proteger o ser humano quando o "ser" deixou de ser tratado como humano; quando a existência do outro, o corpo do outro, a

[15] Dentre as principais razões para a eleição da alteridade como critério fundamental e englobante da bioética podem ser destacadas a capacidade desse conceito de preencher o vazio deixado pela insuficiência dos critérios de autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, também transcendendo-os; à possibilidade de restituição à pessoa a competência moral; por destacar o relacionamento interpessoal e a relação do homem com a vida em geral; pela reciprocidade em relação aos problemas da saúde e da vida com o reconhecimento do outro; porque significa solidariedade comum e responsabilidade recíproca; por romper com o paternalismo e por, na sociedade pluralista atual, ser o consenso possível (CORREIA, 1996b, p. 71-72).

vida do outro nada significava frente à vontade e o poder de quem se autoproclamava superior, puro e digno. Durante a II Guerra Mundial, e nos momentos antecedentes de ascensão de regimes totalitários e, sobretudo, do nazismo, não somente os ideais de política, justiça e direito foram subvertidos. O desenvolvimento científico esteve aliado a um regime de anulação da pessoa; a biologia encampou as pretensões de purificação da raça e os cientistas lideraram experiências tantas com seus objetos humanos-não-humanos. Além-mar, na terra da liberdade, não menos reprovável a conduta de experimentação com pessoas desinformadas, representantes de minorias que já enfrentavam problemas de exclusão social. Era preciso pensar, refletir, reavaliar. Era preciso limitar, condicionar, respeitar.

O processo de redescoberta do ser humano culmina, mais que tudo, no desenvolvimento de uma compreensão inovadora que associa o agir ético à regulamentação jurídica. O movimento do direito internacional dos direitos humanos e as teorias do neoconstitucionalismo e pós-positivismo representam, a incorporação à ciência jurídica, de valores morais, de uma preocupação com o ser humano para além da norma.

Os direitos humanos, fundados na dignidade da pessoa humana podem ser considerados, como ponto de encontro do direito e da bioética e os seus instrumentos de proteção demonstraram preocupação com as consequências do desenvolvimento tecnocientífico e biológico. A pesquisa científica, a experimentação com seres humanos, a terapia genética e os consectários muitos desse inegável progresso não estão apenas sujeitos à avaliação moral baseada nos princípios da ética biomédica especificamente ou da bioética vista como um fenômeno amplo e global. O tratamento destinado não se restringe à seara moral, mas é, em verdade, jurídico, normativo. A possibilidade de recondução de todos os princípios que orientam a bioética à dignidade da pessoa humana em suas diversas manifestações traz o direito ao palco e a ele atribui papel de destaque, ofuscado apenas pelo protagonismo da pessoa, do ser, indivíduo, cidadão.

Nessa toada, bioética e direito encontram-se e da intersecção surge o biodireito, ramo da ciência jurídica cujas normas estão relacionadas à regulamentação das questões referentes justamente ao avanço das biotecnologias e da medicina e suas relações, sobretudo, com a dignidade da pessoa humana.

O termo biodireito corresponde a uma disciplina ainda nascente

> [...] que visa determinar os limites de licitude do progresso científico, notadamente da biomedicina, não do ponto de vista das exigências 'máximas' da fundação e aplicação dos valores morais na práxis biomédica – isto é, da busca do que se 'deve' fazer para atuar o 'bem' – mas do ponto de vista da exigência ética 'mínima' de estabelecer normas para a convivência social (MARTINS-COSTA, 2000, p. 32).

Muitas são as consequências do desenvolvimento biotecnocientífico para a humanidade. As condições de saúde tendem a ser improvisadas e, espera-se, eleve a qualidade de vida. Mas faz-se necessário tornar claras as diversas faces e os desafios e sublinhar sob que ótica o direito deve enfrentar os problemas, delineando os contornos do permitido e do proibido, do recomendado e do repudiado.

As discussões referentes às descobertas do saber biotecnocientífico em geral, ocorrem inicialmente na seara bioética, adentrando posteriormente a área de influência da ciência jurídica. A despeito da abrangência das reflexões bioéticas (sobretudo em razão da multi e interdisciplinaridade que as caracterizam), o panorama delineado demonstra a forte tendência de aproximação da natureza interna da bioética e do direito, ou seja, ambos apresentam-se como referenciais normativos buscando regulamentar a conduta humana.

4 BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS: INTERNACIONALIZAÇÃO DO PARADIGMA PRINCIPIALISTA

A bioética surge da reflexão sobre as consequências do desenvolvimento biotecnocientífico. Encontra-se com o direito à medida que expressa princípios contidos no ideal superior de respeito à dignidade da pessoa humana e permite, agora, que as normas jurídicas passem a tratar de tais consequências, disciplinando-as.

Ao relacionar-se com a dignidade da pessoa humana a bioética transita, no direito, biodireito especificamente, em caminho muito próximo ao seguido pelos direitos humanos. Há quem considere, inclusive, que a bioética seja uma extensão do direito internacional dos direitos humanos no campo da biomedicina (ANDORNO, 2009, p. 225). Ademais, afirma-se terem, tanto a bioética quanto os direitos humanos, origem comum: a II Guerra Mundial, o Holocausto e os tribunais de Nuremberg (ANDORNO, 2009, p. 235).

Por essa razão a preocupação com a bioética pode ser referenciada desde logo na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao tratar, como dito, da dignidade da pessoa humana. Não se pode olvidar, entretanto, de documento anterior mesmo à Declaração, considerado a base dos atuais códigos de ética médica. Trata-se do Código de Nuremberg, datado de 1947. Esse código trata, sobretudo, da necessidade de consentimento informado para a realização de pesquisas com seres humanos, reflexo das experiências nazistas. Ao todo são 10 enunciados que se apresentam como guia para orientar a atuação dos cientistas quando se tratar da atuação em experimentação envolvendo seres humanos (UNITED STATES OF

AMERICA, 1949, p. 181).

Assim como a Declaração Universal de 1948, os Pactos Internacionais firmados em 1966, conformando o Direito Internacional dos Direitos Humanos, também podem ser invocados como fundamento de tutela de questões bioéticas. Especificamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, podem ser destacados alguns marcos para a defesa, por exemplo, do genoma humano. São eles: a) de forma recorrente, a dignidade da pessoa humana, que fundamente o pacto; b) o dever de cuidado para com o outro – em clara valorização de uma atitude de alteridade – o que limita o pensar e o agir em relação às novas tecnologias e dá substrato para a consideração posterior, com o surgimento da bioética, dos princípios da autonomia, beneficência e justiça (MYSZCZUK, 2010, p. 181-186)[16].

Mas, de fato, o grande acontecimento biotecnológico que despertou a atenção da comunidade internacional para as consequências desse desenvolvimento foi o Projeto Genoma. Desde o início do projeto surgiram manifestações preocupadas com as vantagens e perigos em relação à pesquisa levada a efeito. Em 1990, ao final do II Seminário sobre Cooperação Internacional para o Projeto Genoma elaborou-se um documento conhecido como Declaração de Valença sobre Ética e o Projeto Genoma Humano. A conclusão a que chegaram os responsáveis pela elaboração da declaração é que o mapeamento e o sequenciamento do genoma humano gerariam benefícios para a saúde e bem-estar de todos, mas que o debate a respeito deve tornar-se público, para além das fronteiras do mundo científico, envolvendo toda a sociedade. De igual modo, logo no início do debate, a noção de respeito à pessoa põe-se em destaque (MEIRELLES; MYSZCZUK).

A primeira manifestação internacional relacionada com questões jurídicas atinentes ao Projeto foi a Declaração de Bilbao, de 1993. Nessa declaração reconheceu-se que nunca, desde o advento da fissão nuclear, a humanidade presenciou dilemas e oportunidades de tamanha magnitude e complexidade como as proporcionados pelo Projeto e que o conhecimento inovador produzido pode ser utilizado para dividir grupos e violar direitos humanos fundamentais. Por essa razão, consideraram os membros da reunião que alguns princípios deveriam necessariamente ser observados.

Ainda que o documento seja desprovido de caráter jurídico e não tenha sido levado a

[16] Cf. para uma relação de questões bioéticas com o Pacto Internacional dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais: MYSZCZUK, Ana Paula. Instrumentos de defesa dos direitos humanos e do genoma humano em face do biopoder: o pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In:* IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coords.). *Direitos humanos na ordem contemporânea*. Proteção nacional, regional e global. Curitiba; Juruá, 2010, v. IV, p. 179-205.

efeito sob os olhos e mãos da Organização das Nações Unidas, tem desde logo destaque a ideia de que as sociedade modernas são baseadas no princípio fundamental de respeito à dignidade humana, instrumento de proteção dos direitos humanos individuais.

Não por acaso, também, nessa declaração encontra-se já a preocupação de que o avanço científico esteja vinculado ao trabalho em solidariedade pelo benefício das futuras gerações e da espécie humana, o que posteriormente seria relembrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e das Gerações Futuras, de 1997, à qual será feita posterior menção.

As questões tratadas abordaram, ainda, a necessidade de acesso universal aos resultados do Projeto e, por consequência, a possibilidade de patenteamento das informações por particulares ou grupos restritos, o que exigiria a reconsideração dos princípios básicos da lei de propriedade intelectual; a regulamentação por parte dos governos e do direito internacional, da experimentação com seres humanos (FUNDACION BBV, 1993, p. 4-5).

Por sua vez, as conclusões do encontro, expressadas na Declaração de Bilbao citam alguns dos que, naquele momento, identificavam-se como sendo os principais problemas jurídicos relacionados ao Projeto Genoma Humano. São eles: a proteção e a confidencialidade da informação genética do indivíduo e a previsão de exceções apropriadas; as implicações de predisposições genéticas na noção de culpabilidade no direito penal e na concepção de livre vontade na qual a lei é baseada; o patenteamento de genes humanos; a previsão, pelo direito internacional e nacional, de claros limites à engenharia genética; garantia de procedimentos para permitir o controle de testes genéticos como prova de identidade; a utilização de informações genéticas por companhias de seguros; a limitação de testes genéticos para contratação de empregados; a tensão entre liberdade científica e a proteção de outras liberdades humanas (FUNDACION BBV, 1993, p. 5-6).

A declaração não passa ao largo, também, da questão do consentimento informado e do reconhecimento que, embora muitos países tenham suas próprias regulamentações concernentes à genética e o Projeto Genoma Humano, será necessário a atuação do direito internacional. Admitindo que se esteja diante de uma nova era para a humanidade, destaca a declaração que os cientistas e juristas de hoje devem responder ao desafio dessa nova era com humildade, imaginação e senso de justiça global (FUNDACION BBV, 1993, p. 7).

> Esta declaração, que não é um texto normativo no sentido estrito ao que vimos fazendo alusão, tem a virtude de haver sido o primeiro texto internacional que aborda, de forma global e específica, os diversos aspectos relacionados ao genoma humano, fundamentalmente, desde o ponto de vista do Direito, e apela, de forma expressa, à conveniência da elaboração de acordos internacionais, assim como de

instauração de um controle supranacional (CASABONA, 1999, p. 44).

A partir de então, os anos seguintes foram marcados pela intensa produção de instrumentos cujo objetivo maior é proporcionar a reflexão acerca da relação do ser humano com o desenvolvimento científico[17].

O ano de 1997, por exemplo, brindou o mundo com alguns dos mais importantes documentos dessa seara: *Declaration on the Responsibilities of the Presents Generations towards Future Generations* e *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights,* criadas sob a égide da UNESCO, e a *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of Human Being regard to the Application of Biology and Medicine: Convention of Human Rights and Medicine,* de responsabilidade do Conselho da Europa.

O primeiro deles, refletindo uma preocupação já externada na Declaração de Bilbao com as condições de vida das futuras gerações em face dos desafios vitais do próximo milênio – tal como destacado em um dos considerandos – estabelece que as gerações presentes têm a responsabilidade de assegurar que as necessidades e interesses das presentes e futuras gerações sejam plenamente salvaguardados. Trata-se, em verdade, de um claro enunciado de solidariedade, estampado logo no início do documento.

Maior destaque merece o artigo 3° do documento, o qual prevê que "the present generations should strive to ensure the maintenance and perpetuation of humankind with due respect for the dignity of the human person. Consequently, the nature and form of human life must not be undermined in any way whatsoever (UNESCO, 1997a)[18].

Especificamente acerca do genoma humano, o artigo 6° estabelece, relacionando-o com a dignidade humana e os direitos humanos, a necessidade de sua proteção e salvaguarda da biodiversidade. Complementa: "scientific and technological progress should not in any way impair or compromise the preservation of the human and other species" (UNESCO, 1997a)[19]. Há aqui clara preocupação com características naturais da espécie, com a

[17] Há, em momentos diversos, outros documentos que podem ser lembrados, como por exemplo: a) Declaração de Helsinque, firmada pela Associação Médica Mundial em junho de 1964 e emendada em 1975, 1983, 1989, 1996, 2000, 20002, 2004 e 2008, a qual elenca diversos princípios éticos para pesquisa envolvendo seres humanos, direcionada, principalmente, a médicos, apesar de o próprio texto da declaração encorajar outros participantes da pesquisa médica envolvendo seres humanos a adotá-la. O texto integral em inglês, pode ser encontrado em: < http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/17c.pdf>; b) A declaração sobre patente de genes, adotada pelo *International Council of Scientific Unions,* em 1992; c) A Convenção sobre Biodiversidade, aprovada no Rio em 1992; d) Declaração de Caxambu – Encontro Norte-Sul sobre o Genoma Humano, de 1992. Esses instrumentos são referidos por Casabona (1999, p. 43).

[18] Tradução livre: As gerações atuais devem se esforçar para garantir a manutenção e perpetuação da humanidade com o devido respeito pela dignidade da pessoa humana. Consequentemente, a natureza e a forma de vida humana não deve ser prejudicada de forma alguma.

[19] Tradução livre: O progresso científico e tecnológico não deve de forma alguma prejudicar ou comprometer a

manutenção de uma natureza eminentemente humana, preservada em face do poder gerado pelo desenvolvimento biotecnológico[20].

Destinada especificamente a tratar do tema do genoma humano, a *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights,* é resultado do trabalho iniciado pelo Comitê Internacional de Bioética e foi apresentado na 29ª Conferência Geral da UNESCO, ocorrida de 21 de outubro a 12 de novembro de 1997. Costuma-se dizer ser esse documento o mais significativo do ponto jurídico, destacando-se, dentre os elementos a permitir grandes esperanças a partir dela o fato de ser justamente um instrumento jurídico em sentido estrito, o que não se verificara até aquele momento; ter um caráter universal internacional; tratar especificamente sobre o genoma humano e adotar uma forma conhecida do Direito Internacional (CASABONA, 1999, p. 39).

Uma leitura perfunctória do texto da Declaração, no mínimo, extrairia um paradigma central. Salta aos olhos a eleição clara da dignidade humana como questão nodal no debate. Ao aprofundar-se a leitura, tem-se a certeza de que a preocupação maior é a proteção do ser humano e sua dignidade.

Os quatro artigos iniciais estão relacionados com a dignidade e o genoma humanos. De início caracteriza o genoma humano como aquilo que subjaz de mais fundamental e comum a todos os membros da família humana; é verdadeiro patrimônio da humanidade. O respeito à dignidade e aos direitos humanos de cada indivíduo deve ser indiferente e independente às suas características genéticas, de modo que justamente a consideração da dignidade inerente a cada um traduz-se como um imperativo a impedir a redução do ser às suas características genéticas – estatui o artigo segundo. A dignidade aqui, apesar de ontologicamente considerada, não se reveste de caráter exclusivamente biológico, como ressaltado em linhas anteriores com base no que escreve Ingo Sarlet (2005).

O genoma humano – e isso reconhece o artigo terceiro da Declaração – está sujeito à evolução natural e mutações, e expressa em seu conteúdo potencialidades as quais, em diversos ambientes naturais e sociais, vão manifestar-se de forma distinta e, (pode dizer talvez seja uma das grandes afirmações do documento), em seu estado natural, não está sujeito à apropriação que vá gerar ganhos financeiros (UNESCO, 1997b).

Sob essas bases a Declaração Universal do Genoma Humano apresenta diretrizes a

preservação da espécie humana e outros.

[20] Além disso, a Declaração se preocupa também com a diversidade e o patrimônio cultural (art. 7º), com o patrimônio comum da humanidade (art. 8ª), com a paz (art. 9º), o desenvolvimento e educação (art. 10º) e a não discriminação (art. 11).

serem observadas quando da pesquisa e manipulação do conhecimento genético. Tais nortes passam, necessariamente, e como corolário da defesa da dignidade humana, pelo reconhecimento da autonomia do sujeito envolvido, com a necessidade de informações precisas e claras e a obtenção do seu consentimento para a realização dos experimentos, nenhum dos quais, nos termos do art. 10°, "should prevail over respect for the human rights, fundamental freedoms and human dignity of individuals or, where applicable, of groups of people"[21] (UNESCO, 1997b).

O desenvolvimento científico e a exploração das características genéticas contidas no genoma humano impeliram a que se estabelecesse, diante da nova forma como as pessoas podem ser classificadas e/ou organizadas ou individualizadas, que ninguém deverá ser objeto de discriminação baseada em seus caracteres genéticos. O código de seu DNA não pode ser utilizado como motivo para infringir, ou exercer o efeito equivalente à infração, dos seus direitos, liberdades ou, novamente, de sua dignidade. A previsão está elencada no art. 6º do referido documento.

Vale destacar a expressa menção – e proibição – na Declaração, da clonagem reprodutiva de seres humanos (art. 11) e das intervenções nas células germinativas (art. 24).

Para além de tais considerações, encontra-se também nos textos recomendações para que os Estados signatários envidarem melhores esforços a fim de garantir a promoção dos princípios elencados no documento, inclusive por meio da educação em bioética, dirigida, sobretudo, aos responsável pelas políticas científicas (UNESCO, 1997b).

E não é outro o espírito que move a *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of Human Being regard to the Application of Biology and Medicine: Convention of Human Rights and Medicine,* realizada em um âmbito regional – Europa – mas aberta à todos os países do globo que manifestem a vontade de a ela aderir.

A referida convenção dedica um capítulo (o segundo) à questão do consentimento e nesse aspecto pode-se destacar a previsão do conhecido *living will* americano, quando estabelece, no art. 9º, que "the previously expressed wishes relating to a medical intervention by a patient who is not, at the time of the intervention, in a state to express his or her wishes shall be taken into account"[22] (COUNCIL OF EUROPE, 1997).

O tema genoma humano também é abordado pela convenção, especificamente no

[21] Tradução livre: [...] não devem prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for o caso, de grupos de pessoas.
[22] Tradução livre: A vontade relacionada com uma intervenção médica anteriormente manifestada por um paciente que não está, ao tempo da intervenção, em condições de expressar sua vontade, deve ser levada em conta.

capítulo 4, quando proíbe, de forma expressa, qualquer forma de discriminação – no esteio de Declaração Universal – a qualquer pessoa ou grupo em razão da herança genética e condiciona toda modificação do genoma a fins preventivos, diagnósticos ou terapêuticos e se – e somente se –, não introduzir modificações no genoma de quaisquer descendentes. Outra questão que emerge da manipulação genética é a escolha de sexo de futuras crianças, o que a convenção também expressamente proíbe (art. 14).

Além do mais, traça normas claras e específicas a serem observadas no caso de pesquisa com seres humanos (art. 16) e para proteção das pessoas sem capacidade para consentir (art. 17), bem como do embrião, cuja criação pra fins exclusivos de pesquisa é proibida (art. 18).

O documento merece destaque por se tratar de convênio vinculante aos países signatários, com força de lei tal qual aquela produzida pelos respectivos parlamentos nacionais e por ter enfrentado diretamente inúmeras questões que causam situações de alta complexidade ética e jurídica. As normas são claras e as proibições todas, tal como apontado alhures, estão relacionadas com proteção da dignidade da pessoa humana, sobrelevada em face dos propósitos meramente da pesquisa científica ou objetivos de lucros com a manipulação de dados genéticos.

Anos mais tarde, já com os debates em tornos das questões bioéticas tendo se desenvolvido[23], novamente a UNESCO se encarrega de encabeçar as reflexões e de provocar a sociedade internacional para a relação dos direitos humanos e os avanços biotecnológicos e científicos.

Os trabalhos iniciados pela referida Comissão culminaram, em 19 de outubro de 2005, na *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*[24]*,* cujos considerandos iniciais demonstram a consciência de que o ser humano é portador de uma capacidade única de refletir sobre sua própria existência e seu ambiente, de perceber injustiças, evitar perigo e assumir responsabilidades e atentam para o fato de que o desenvolvimento tecnológico resulta em uma demanda por responsabilidade global referente às implicações éticas desse

[23] Outros documentos produzidos posteriormente ao ano de 1997 podem ser mencionados, tais como a Declaração Bioética de Gijón, aprovada no I Congresso Mundial de Bioética, realizado em Gijón, na Espanha, de 20 a 24 de junho de 2000; a Carta de Direitos Genéticos, emitida pelo *Council for Responsible Genetics* (Conselho para uma Genética Responsável) e publicado no *Bulletin of Medical Ethics* em maio de 2000; a Declaração Latino-Americana sobre Direito, Bioética e Genoma Humano, também chamada de Declaração de Manzanillo, aprovada em 1996 e revisada em Buenos Aires em 1998 e em Santiago em 2001 (ROSPIGLIOSI, 2002, p. 240). Pode-se destacar também a *International Declaration on Human Genetic Data,* proveniente da UNESCO em 16 de outubro de 2003.

[24] Para uma análise detida acerca do processo de elaboração da Declaração, com o debate acerca do conteúdo de seus esboços, vale conferir: MORAN, Luis González. *De la bioética… al bioderecho.* Libertad, vida y muerte. Madrid: Dykinson, 2006, p. 57-80

desenvolvimento. Reconhece, ainda, que o avanço científico deve ser examinado, novamente e sempre, tendo em vista o respeito à dignidade da pessoa humana e o direitos humanos e liberdades fundamentais (UNESCO, 2005).

Os enunciados desse documento são firmados, de igual modo, na compreensão de que a saúde não depende somente de fatores biológicos, mas está intimamente entrelaçado à questões psicossociais e culturais e que a identidade de uma pessoa é um fenômeno complexo que inclui dimensões biológica, psicológica, social, cultural e espiritual (UNESCO, 2005).

A elaboração dessa Declaração objetivou fornecer substrato ético-principiológico para os Estados (o que não impede seja tomada em consideração quando se trate da ação privada, entre particulares) formularem sua legislação em relação à bioética, sobretudo, protegendo a dignidade humana e os direitos humanos. O documento reconhece a importância do desenvolvimento científico, mas deixa transparecer, como em regra o fizeram outros documentos atinentes a esse tema, que o progresso pelo progresso não é encorajado. Todo avanço biotecnocientífico, segundo as linhas dessa declaração, está condicionado à promoção do bem-estar do ser humano, do benefício à humanidade e respeito à dignidade.

Assim como fez a Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, o documento ora analisado coloca os interesses e bem estar dos indivíduos em preponderância aos exclusivos interesses da ciência ou da sociedade (art. 3º, 2).

Observa-se a incorporação dos princípios bioéticos delineados no tópico anterior, como os da beneficência e não-maleficência, consoante a previsão do art. 4º, ao passo que destaca também a proteção e necessário respeito à autonomia e ao consentimento, destinando especial atenção para as situações de capacidade diminuída (arts. 5º, 6º e 7º).

Na esteira de sua antecessora, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos protege a privacidade e a confidencialidade das informações pessoais e ressalta, novamente, a igualdade fundamental de todos os seres humanos em dignidade e direitos, sujeitos que demandam um tratamento justo e igualitário, que respeite a diversidade cultural e o pluralismo que marcam não somente o mundo globalizado mas se manifestam no interior de cada nação (arts. 10, 11 e 12).

Outra preocupação externada diz respeito à responsabilidade social e a promoção da saúde e o compartilhamento dos benefícios da pesquisa. É a democratização do conhecimento e dos benefícios que o desenvolvimento pode trazer para a humanidade, garantindo para as presentes e futuras gerações – recapitulando o que havia feito documento anterior, relacionado com os direitos das gerações vindouras – que se dê a devida atenção para os impactos das transformações operadas pela ciência, protegendo-se o meio ambiente, a biosfera e a

biodiversidade.

A necessidade de uma educação bioética é recorrente, assim como as luzes que apontam para a criação de comitês de ética. O objetivo é fortalecer, incentivar e proporcionar o debate. Romper a clausura do mundo científico e quebrar as barreiras das fronteiras nacionais. Os efeitos atingem toda a humanidade e o debate não deve acontecer (quando acontecer) somente em níveis regionais ou de âmbito interno. A conversa é multi, transnacional. E esse objetivo parece estar claro no texto da Declaração de 2005.

O estudo e análise dos documentos internacionais, portanto, demonstra a aproximação do pensamento jurídico com a reflexão bioética. Um olhar atento ao texto das declarações referidas, sejam aqueles provenientes dos organismos formados no seio das Nações Unidas, sejam das reuniões da sociedade civil, permite perceber-se a incorporação, ao direito internacional e aos direitos humanos, dos princípios bioéticos primordiais, enunciados claramente no Relatório Belmont.

Muito embora as declarações não tenham, em sua maioria, força vinculante em relação aos signatários, o efeito de sua força pode ser verificado a longo prazo. "Soft law presents the great advantage of allowing countries to gradually become familiar with the commonly agreed standards before they are confronted with the adoption of enforceable rules at the national or international level"[25] (ANDORNO, 2009, 225-226).

Afinal, mesmo desprovidas de força vinculante, essas normas contidas em declarações tantas representam o acordo internacional em torno de determinado tema e, no caso específico dos assuntos da seara bioética observa-se a confluência ao redor do núcleo essencial do ser humano, ou seja, sua dignidade. E os motivos para esse recurso recorrente à dignidade pode ser explicado porque a biomedicina está relacionada com os direitos mais básicos, como o direito à vida, à integridade física, privacidade, acesso à cuidados de saúde, dentre outros; a dignidade é a última barreira contra a alteração de características básicas da espécie humana que podem resultar de processos como clonagem reprodutiva e porque os direitos humanos pertencem a indivíduos existentes, não a humanidade em si, ao que se pode atribuir dignidade (ANDORNO, 2009, 227-228).

E a dignidade considerada nesses documentos é a dignidade do indivíduo, da pessoa humana, como também a dignidade da humanidade como um todo, do gênero humano, a dignidade humana, abstratamente considerada. Busca-se colocar a pessoa em lugar de

[25] Tradução livre: *Soft law* apresenta grande vantagem por permitir que os países se familiarizem gradualmente com as normas acordadas antes de serem confrontados com normas vinculantes em nível nacional ou internacional.

destaque e incorpora-se a longa construção em torno do conceito de dignidade para protegê-las nas variadas formas e dimensões nas quais pode ser concebida. Não somente o indivíduo encontra resguardos nesses documentos internacionais, no que tange à sua particularidade, intimidade, seu código genético, como a humanidade encontra-se protegida contra a desumanização, a descaracterização do que é humano. E não se preocupam, exclusivamente, com a noção individual, pois reconhece que o homem é sua biologia e suas relações, sua cultura, é parte da sociedade em que vive. As alterações do genoma humano, a experimentação com seres humanos não afetam apenas e tão somente os diretamente envolvidos, mas toda a sociedade, o conjunto, o outro.

Entretanto, o recurso à dignidade não é suficiente. Ela sozinha, apesar de trazer consigo um forte contexto e um histórico que merece atenção, não é capaz de oferecer todas as respostas. Por isso, observa-se, a preocupação bioética está atrelada de forma umbilical à afirmação dos direitos humanos. Concretizados, respeitados e garantidos, os direitos humanos asseguram o respeito à dignidade.

O estudo de tais documentos que tratam da bioética demonstra ser preciso atenção. Mais do antes, é preciso debater. Tanto quanto antes, é preciso esclarecer. Menos, bem menos do que antes, deve-se omitir.

5 GLOBALIZATION VS. EGALISATION: UM NOVO DEBATE

O processo conhecido como globalização tem sua marca indelével em assuntos econômicos e financeiros. "The concept of globalization argues for the interdependence of nations, the shared nature of their economies, the mutuality of their interests, and the shared benefits or their exchanges" [26] (PETRAS; VELTMEYER *apud* CALLINCOS, 2007, p. 63).

Em análise do conceito pode-se também destacar tratar-se de uma forma de organização que desconhece as fronteiras estatais, de modo que no viés exclusivamente econômico, "consists of the breaking down of state borders in order to allow the free flow of finance, trade, production and labour"[27] (FEYTER, 2005, p. 7).

Em regra, ao utilizar-se esse vocábulo está-se referindo a um complexo fenômeno que aproxima as economias ao redor do mundo, permitindo que as decisões macroeconômicas

[26] Tradução livre: O conceito de globalização argumenta pela interdependência das nações, o compartilhamento natural de suas economias, a mutualidade de seus interesses e a divisão dos benefícios ou suas trocas.
[27] Tradução livre: [...] consiste na derrubada das fronteiras dos estados a fim de permitir o livre fluxo de finanças, produção, comércio e trabalho.

de relevância mundial sejam tomadas por pequenos grupos centralizados em países chamados desenvolvidos, que conglobam as grandes corporações do planeta.

Todavia, sabe-se que a via de manifestação dessa intensa aproximação entre os países não é exclusivamente econômica. Além das questões associadas à globalização da economia verifica-se um já desenvolvido mecanismo de troca de experiências culturais e, sobretudo, de difusão ao restante do mundo da cultura americana, do *american way of life*, mormente porque apesar do crescimento econômico de países como a China, os Estados Unidos se mantém como a maior economia e liderança mundiais.

A globalização econômica necessita e depende da promoção de uma ideologia consumerista, um projeto que objetiva persuadir as pessoas "to consume not simply to satisfy their biological and other modest needs but in response to artificially created desires"[28] (SKLAIR *apud* FEYTER, 2005, p. 10). Por essa razão, desenvolveram-se instrumentos de homogeneização como propagandas de um estilo de vida ou difusão de um idioma como linguagem universal (FEYTER, 2005, p. 11).

Esse fenômeno também afeta diretamente a capacidade dos Estados nacionais exercerem a soberania em seus respectivos territórios. O direito internacional, resultante de um mundo globalizado confere direitos aos indivíduos os quais são exercidos pelo Estado em seu nome. "Acording to the law, the government freely decides both domestic and foreign policy. As a consequence of globalization, these decisions are, in fact and to some extent in law, affected by external actors. They include not only companies and organizations that operate across borders, but also other influential states"[29] (FEYTER, 2005, p. 11).

Para além desse viés, em razão da fácil interação entre os diversos atores internacionais, verifica-se nos dias que se seguem uma preocupação com uma regulamentação normativa de nível mundial satisfatoriamente empregada na defesa dos seres humanos. O direito internacional dos direitos humanos apresenta-se nesse cenário como a maior força de proteção da pessoa humana contra abusos, sejam provocados por ameaças internas de cada país ou resultantes de violações internacionais dos direitos das pessoas[30]. A dignidade da

[28] Tradução livre: [...] a não consumir simplesmente para satisfazer suas necessidades biológicas e outras modestas, mas em resposta aos desejos criados artificialmente".

[29] Tradução livre: De acordo com a lei, o governo decide livremente tanto a política interna e externa. Como consequência da globalização essas decisões são, de fato e de certa forma de direito, afetadas por atores externos. Elas incluem não apenas as empresas e organizações que operam através das fronteiras, mas também outros estados influentes.

[30] Muito embora a importância dos direitos humanos seja inegável para a proteção dos indivíduos, "current human rights law shares some of the general weakness of international law. The enforcement of compliance is not its greatest strength. Although considerable progress has been achieved over the last fifty years, success remains dependent on the political will of (powerful) governmental and private actors" (FEYTER, 2005, p. 3). Tradução livre: […] o atual direito internacional dos direitos humanos compartilham de algumas fraquezas

pessoa humana emerge como ponto de nodal importância e apresenta-se como o fundamento maior de proteção do ser humano.

Nesse particular aspecto, tem importância salientar que as questões debatidas na seara bioética transcendem as fronteiras dos países que abrigam avançados laboratórios de pesquisa biotecnológica. As implicações decorrentes do desenvolvimento biotecnocientífico têm potencial para atingir um número indeterminado de pessoas e mesmo alterar a composição genética das futuras gerações, trazendo à baila para debate a possibilidade de alteração da própria natureza humana.

O objetivo ao apresentar-se esse debate centra-se em demonstrar que a globalização econômica pode ser vista como um ponto de partida para se promover o adequado desenvolvimento dos direitos humanos, independentemente dos interesses de Estados específicos ou de grupos econômicos, seja em países desenvolvidos ou em desenvolvimento (FEYTER, 2005, p. 21).

> But we must be careful not to confuse growth with economic and social rights, especially in countries where the economic growth has been less dramatic and sustained. Human rights are about assuring minimum distributions of goods, services and opportunities to all, something that is by no means assured by economic growth[31] (DONELLY, 1999, p. 95).

Assim como os interesses econômicos devem ser, nos tempos atuais, pensados em uma perspectiva globalizada, as respostas aos questionamentos surgidos do encontro das ciências biológicas com as reflexões morais e éticas devem servir de padrão para análise em qualquer país do globo vez que, independentemente do lugar, o questionamento apresentado tem o mesmo fundamento e deve ter a mesma preocupação, qual seja, proteger o ser humano.

Enquanto o mundo estava afastado e quase não havia comunicação entre os povos, quando o desenvolvimento concedia ainda poucos poderes do homem sobre a natureza e sobre o próprio homem, a necessidade de um pensamento global sobre bioética não se fazia presente. Isso porque, como demonstrado, apesar de ser possível observarem-se preocupações passíveis de enquadramento em um possível debate bioético, a "ética da vida", tal como se a conhece hodiernamente provém de experiências relativamente recentes no desenvolver

gerais do direito internacional. O esforço para seu cumprimento não é sua maior força. Ainda que tenha verificado muitos progressos nos últimos cinquenta anos, o sucesso continua dependendo da vontade política dos (poderosos) atores governamentais e privados.

[31] Tradução livre: Mas temos de ter cuidado para não confundir crescimento com os direitos econômicos e sociais, especialmente em países onde o crescimento econômico tem sido menos dramático e sustentado. Os direitos humanos estao assegurando distribuições mínima de bens, serviços e oportunidades para todos, algo que não é de forma certa asseguradoo pelo crescimento econômico.

histórico. Desde a II Guerra Mundial, quando o poder da ciência sobre o homem e a capacidade de um ser humano desconsiderar a igual condição do seu semelhante tornou-se evidente, a sociedade mundial tornou-se mais próxima, e mostrou-se necessário pensar na proteção não somente de cidadãos de determinadas etnias ou países, mas de cidadãos do mundo.

> As long as people lived for themselves, and the next valley was several days on foot or horse-back away, warm inclusive feelings for all inhabitants of the Earth had little chance to develop. The situation changes, however, when people get closer. Then even love stories may emerge. Although we do not literally enter into a love relationship with the rest of the global village's inhabitants (or extraterrestrials for that matter), their coming closer makes them relevant to us as people who we compare us with, as people we would like to get recognition from, and as people who humiliate us when they do not respect us (LINDNER)[32].

Os limites entre os diversos estados tornaram-se menos visíveis com o processo globalizatório mas isso não impediu que o direito internacional dos direitos humanos enfrentasse (e enfrente) árduo debate que contrapunha universalismo versus relativismo em seu fundamento.

O ceticismo, entretanto, pode ser superado, pois a proteção oferecida pelos direitos humanos em questões relacionadas à bioética é albergada sob o manto de um paradigma principialista que defende a autonomia, a beneficência, a não-maleficência e a justiça, sempre fundada na dignidade da pessoa humana e refere-se à pessoas cuja realidade independe das especificidades culturais.

De fato, em questões bioéticas tais como as relativas à assistência médica, o momento da morte, o exercício da autonomia individual faz-se necessário o temperamento frente ao relativismo sócio-cultural, evitando-se a instauração de um imperialismo ético.

As decisões bioéticas tomadas como base em um paradigma principialista universal devem levar em consideração as especificidades sociais e culturais, mas não podem sucumbir aos particularismos a ponto de permitirem esvair-se a essência de proteção da dignidade humana.

A bioética permite seja retomado o debate acerca do fundamento dos direitos humanos em novas condições, que consideram os pontos em que o processo de globalização

[32] Tradução livre: Enquanto as pessoas viviam para si, e o vale seguinte estava há vários dias a pé ou a cavalo, sentimentos de reciprocidade para com todos os habitantes da Terra tiveram pouca chance de se desenvolver. A situação muda, porém, quando as pessoas se aproximam. Então, até mesmo histórias de amor pode surgir. Embora não tenham entrado literalmente em uma relação de amor com o resto dos habitantes da aldeia global (ou extraterrestres, para discussão), sua aproximação os torna relevante para nós como pessoas com quais nós nos comparamos, como as pessoas das quais gostaríamos de obter reconhecimento, e como as pessoas que humilham-nos quando não nos respeitam.

afeta a seara daqueles direitos.

O universalismo do paradigma bioético não se opõe ao processo de globalização. Ao contrário, acompanha o mesmo ritmo das facilidades da realidade do mercado mundial e serve como ponto de equilíbrio entre a visão imperialista do neoliberalismo econômico em face da um ideal comunitário de relativismo cultural.

A globalização bioética apresenta-se, portanto, como realidade dos tempos atuais. O paradigma principialista foi incorporado à doutrina do direito internacional dos direitos humanos. Entretanto, outro debate tem início.

Isso porque, segundo se afirma, "globalization" não veio acompanhada da necessária "egalisation" (LINDNER)[33]. Ambos estão intimamente relacionados, mas um precede ao outro e a reticência de implementação do segundo causa, em geral, grande sofrimento.

> Globalisation (understood here as the coming-together of humankind) has not yet merged with egalisation. […] The term egalisation is meant to avoid claiming that everybody should become equal and that there should be no differences between people. Egality can coexist with functional hierarchy that regards all participants as possessing equal dignity; egality cannot coexist, though, with hierarchy that defines some people as lesser and others as higher beings. Globalisation is driven by technology, while egalisation is driven by ethical decisions. If we imagine the world as a 'container' with a height and a width, globalisation addresses the horizontal dimension, the shrinking width. Egalisation, on the other side, concerns the vertical dimension; human rights call for a flat 'container', for all of us to dismantle the high 'container' of masters at the top and underlings at the bottom. As of yet, we still live in a 'high container,' or in an undignified and ramshackle global village were millions suffer. Human rights defenders work for globalisation to 'marry' egalisation, in other words, for a dignified and decent global village for all[34].

Egalisation, palavra ainda sem tradução no léxico brasileiro, portanto, é a nova face do debate acerca da globalização, especialmente na seara bioética. O mundo foi aproximado em economia e culturas, mas ainda se observa a perpetuação de injustiças e a desigualdade

[33] Esse termo foi cunhado por Evelin Lindner, um cientista social, da Universidade de Columbia, em Nova York. Ela possui dois PhDs, um em medicina sociais e outro em psicologia social e realizou estudos acerca do conceito de humilhação tendo por base o genocídio, a guerra e os conflitos armados. Em suas palavras: "I coined the term egalisation to match the term globalisation and at the same time differentiate from words such as equality, equity, or egalitarianism because the main point is equal dignity" (LINDNER).

[34] Tradução livre: Globalização (entendida aqui como a aproximação da humanidade) ainda não se fundiu com *egalisation*. [...] O termo *egalisation* é utilizado para evitar a afirmação que todos devem ser iguais e que não deve haver diferenças entre as pessoas. *Egality* pode coexistir com a hierarquia funcional que considera todos os participantes como possuindo igual dignidade; *egality* não podem coexistir, entretanto, com a hierarquia que define algumas pessoas como menores e os outros como seres superiores. A globalização é impulsionada pela tecnologia, enquanto *egalisation* é impulsionada por decisões éticas. Se imaginarmos o mundo como um "recipiente", com uma altura e uma largura, a globalização aborda a dimensão horizontal, a largura. *Egalisation,* por outro lado, refere-se à dimensão vertical; direitos humanos demandam um 'recipiente' plano para todos nós, para desmantelar o alto 'recipiente' de mestres na parte superior e de subordinados, na parte inferior. Até o momento, ainda vivemos em um 'recipiente alto', ou em uma aldeia global indigna e desorganizada onde milhões sofrem. O trabalho dos defensores dos direitos humanos é para 'casar' globalização com *egalisation*, em outras palavras, por uma aldeia global, digna e decente para todos.

desmascarada. Os princípios bioéticos mostram-se centrados, como afirmado, na proteção das pessoas, no respeito à sua condição e autonomia.

Um debate universal acerca das questões bioéticas apresenta-se como caminho inevitável e as discussões a esse respeito tem argumentos suficientes para conduzir e colaborar na construção de um sociedade globalizada e realizada em *egalisation,* na qual os direitos humanos sejam respeitados e promovidos.

CONCLUSÃO

Em termos gerais, o complexo fenômeno da globalização está associado a questões econômicas e financeiras, com observáveis consequências na seara social e cultural. As distancias diminuíram e os povos de longínquos rincões do planeta trocam informações em tempo instantâneo e em velocidade nunca antes imaginada. Entretanto, como demonstrado, a processo globalizatório pode ser observado sob uma diferente perspectiva, a bioética.

Resultado de uma tentativa de aproximar as ciências biológicas de uma reflexão valorativa, a bioética hoje lida com as mais variadas discussões relativas ao início e fim da vida, bem como as consequências do desenvolvimento biotecnológico. As preocupações externadas relativas ao resultado de pesquisas realizadas nos mais variados laboratórios ao redor do globo estão para além das fronteiras nacionais.

Os documentos internacionais relativos à bioética, produzidos todos no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos externam a preocupação com questões de validade universal pois afetam a todos os seres humanos, dizem respeito, vezes tantas, à própria espécie. Desse modo, vê-se que o desenvolvimento que proporciona a realização e construção de um mundo globalizado, conectado de várias maneiras, por outro lado produz consequências cujo tratamento de igual modo deve se dar de forma global. Os resultados do desenvolvimento biotecnocientífico que movimenta bilionários complexos industriais afetam o seres humanos, por vezes, como no caso da engenharia genética, em esferas íntimas e pessoais e podem mesmo alterar as características da espécie.

Por essa razão, argumenta-se que os princípios bioéticos da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça, fundados sempre na dignidade da pessoa humana apresentam-se como um paradigma de validade universal. Pois tratam do respeito aos seres humanos independente de suas nacionalidades e de quão difundida seja sua cultura. Tratam da defesa dos seres humanos por serem humanos.

Nesse sentido, tem razão a afirmativa de que a globalização não veio

necessariamente acompanhada de um processo respectivo de *egalisation*, ou seja, de promoção e proteção da igualdade e dignidade daqueles que, antes longe, agora estão pertos. Não basta estar próximo, não bastam lucros ou alternativas entre produtos nacionais ou importados. É preciso respeito; respeito à vida, à liberdade, igualdade, autonomia, em suma, aos direitos humanos.

Um paradigma bioético de validade universal fundado na dignidade da pessoa humana mostra-se como instrumento eficaz para a discussão das consequências do desenvolvimento biotecnocientífico (em parte somente possível em razão da globalização econômica que o precedeu) e mostra-se como a marca de que o processo globalizatório alcançou também a bioética e os direitos humanos afirmados internacionalmente como reduto principal para proteção da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics. *Journal of Medicine and Philosophy.* 2009, v. 34, n. 3, p. 223-240.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica.* Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BELMONT REPORT (1979). *The Belmont Report:* Ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research. The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. 18 abr 1979. Disponível em: <www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>. Acesso em 02 set 2012.

CALLINICOS, Alex. Globalization, imperialism and capitalista world system. In: HELD, David; McGREW, Anthony. *Globalization theory.* Cornwall: Polity, 2007, p. 62-78.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Do gene ao direito:* sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBCCrim, 1999.

CLOTET, Joaquim. Por que bioética? *Revista Bioética*, Brasília, v.1, n.1, 1991. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/474/291>. Acesso em: 02 set 2012.

CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. *In*: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Orgs). *Fundamentos da bioética.* São Paulo: Paulus, 1996a, p. 30-50.

_____. Alteridade como critério fundamental e englobante da bioética. *In*: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Orgs). *Fundamentos da bioética.* São Paulo: Paulus, 1996b, p. 68-74.

COSTELL, Elvira Durán. A reflexão ética diante do avanço da biotecnologia. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.) *Biotecnologia, direito e bioética.* Perspectivas em

direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 285-289.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine.* 1997. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>. Acesso em: 20 mar 2012.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito.* 5.ed, rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONELLY, Jack. Social construction of human rights. In: DUNNE, Tim; Wheeler, Nicholas J. *Human rights in global politics.* Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ENGELHARDT JR, H. Tristam. *Fundamentos da bioética.* Trad. José A. Cheschin. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos.* Teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FEYTER, Koen de. *Human rights.* Social justice in the age of the market. Nova Scotia: Fernwood, 2005.

FUNDACION BBV. International workshop on the human genome Project legal aspects. *Closing statement The Declaration of Bilbao & Conclusion.* Bilbao, 26 may 1993. Disponível em: <http://www.michaelkirby.com.au/images/stories/speeches/1990s/vol29/1010 Fundacion_BBV_-_Closing_Statement_-The_Declaration_of_Bilbao_and_Conclusions.pdf>. Acesso em: 25 jun 2012.

HECK, José N. Bioética: contexto histórico, desafios e responsabilidade. *Etich@,* Florianópolis, v.4, n. 2, dez/2005, p. 123-139.

_____. Principialismo bioético. A posição de R. Dworkin sobre aborto e eutanásia. *Etich@,* Florianópolis, v. 6, n. 2, dez/2007, p. 217-237.

LINDNER, Evelin Gerda. *The concept of human dignity.* Disponível em: <http://www.humiliationstudies.org/documents/evelin/TheConceptofHumanDignityforNoelle Quenivets.pdf>. Acesso em 14 fev 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Bioética y Bioderecho*. Rosário, v. 5, p. 27-47, 2000.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal; MYSZCZUK, Ana Paula. *Limites éticos e jurídicos na manipulação genética humana:* análise à luz da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.porto.ucp.pt/lusobrasileiro/actas/Jussara%20Meirelles.pdf>. Acesso em: 12 jul 2012.

MYSZCZUK, Ana Paula. Instrumentos de defesa dos direitos humanos e do genoma humano em face do biopoder: o pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In:* IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coords.). *Direitos humanos na*

ordem contemporânea. Proteção nacional, regional e global. Curitiba; Juruá, 2010, v. IV, p. 179-205.

MORAN, Luis González. *De la bioética... al bioderecho.* Libertad, vida y muerte. Madrid: Dykinson, 2006.

PESSINI, Léo. O desenvolvimento da bioética na América Latina. Algumas considerações. *In:* PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Fundamentos da bioética.* São Paulo: Paulus, 1996a, p. 9-29.

_____. Os princípios da bioética. Breve nota histórica. *In:* PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Fundamentos da bioética.* São Paulo: Paulus, 1996b, p. 51-55.

REICH, Warren Thomas. *Encyclopedia of bioetichs.* New York: Mcmillan, 1995, v. 1.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. La bioética en las constituciones del mundo. *Acta Bioethica* Santiago, v. 8, n. 2, 2002, p. 239-253. Acesso em: 16 out 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade.* Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005, p. 13-43.

UNESCO. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. *Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations.* 1997a. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220e.pdf#page=75>. Acesso em: 20 mar 2012.

_____. *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights.* 1997b. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220e.pdf#page=47>. Acesso em 20 mar 2012.

_____. *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights.* 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001428/142825e.pdf#page=80> . Acesso em 20 mar 2012.

UNITED STATES OF AMERICA. *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10,* Vol. 2, pp. 181-182. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1949.

VARGA, Andew C. *Problemas de bioética.* Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

VEATCH, Robert. Modelos para una medicina ética en una época revolucionaria. *In:* LUNA, Florencia; SALES, Arleen. *Decisiones de vida y muerte:* eutanasia, aborto y otros temas de ética médica. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2000, p. 56-62.

PROTEÇÃO DAS GERAÇÕES FUTURAS: UM DIÁLOGO ENTRE A BIOÉTICA E A EDUCAÇÃO

PROTECTION DES GÉNÉRATIONS FUTURES: UN DIALOGUE ENTRE LA BIOÉTHIQUE ET L'ÉDUCATION

Vanessa Vieira Pessanha*

RESUMO
O presente artigo tem como escopo discutir a necessidade de pensar na proteção das gerações futuras e como a educação pode auxiliar no processo de divulgação da Bioética, difundindo as noções dessa ciência. Para tanto, a partir da perspectiva hermenêutica, são apresentadas algumas linhas acerca da formação da Bioética, suas peculiaridades no contexto da América Latina (e, consequentemente, do Brasil), o fundamento jurídico do direito à educação, sua relevância para a sociedade, seu papel informador e formador, a íntima relação que estabelece com a cidadania e, dessa forma, aproxima-se do tema central, compreendendo a Bioética como parte relevante para a formação ampla do cidadão. Como reflexão mais direta do trabalho, procura-se demonstrar como a educação pode auxiliar na concretização da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em especial no que diz respeito à proteção das gerações futuras.
PALAVRAS-CHAVE: Bioética; Educação; Proteção das gerações futuras.

RÉSUMÉ
Cet article est de discuter de la nécessité de réfléchir à la protection des générations futures et comment l'éducation peut contribuer à la diffusion de la bioéthique, l'étalement des notions scientifiques. Par conséquent, du point de vue de l'herméneutique quelques lignes au sujet de la formation de la bioéthique, les particularités dans le contexte de l'Amérique latine (et, par conséquent, Brésil), la base juridique du droit à l'éducation et sa pertinence pour la société, leur informateur et le rôle de formateur, d'établir une relation étroite avec la citoyenneté et donc aborde le thème central, comprenant la bioéthique dans le cadre relatives à la formation du citoyen large. Comme un reflet plus direct du travail, nous cherchons à démontrer comment l'éducation peut aider à la mise en œuvre de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, en particulier en ce qui concerne la protection des générations futures.
MOTS-CLÉS: Bioéthique; Éducation; Protection des générations futures.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo primordial a discussão acerca da concepção de proteção das gerações futuras – cada vez mais difundida, especialmente por conta da

* Bacharel em Direito (Unifacs). Licenciada e Bacharel em Letras Vernáculas (Ufba). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (Faculdade Baiana de Direito). Mestre em Direito Privado e Econômico (Ufba). Doutoranda em Relações Sociais e Novos Direitos (Ufba). Advogada. Docente em cursos presenciais e EaD. Coordenadora dos cursos de Pós-graduação *Lato Sensu* das áreas de Educação e Comunicação (Unifacs). E-mail: vanessapessanha@ymail.com

degradação do meio ambiente e da evolução da manipulação genética – com fundamento na promoção de uma educação em Bioética – proposta que já vem ganhando força, em função da relevância do tema e da necessidade de divulgação –, com base em uma perspectiva de amplitude das ideias de educação justa, igualitária e universal.

No intuito de alcançar a finalidade acima proposta, faz-se menção também à questão da evolução tecnológica, tendo em vista a estreita relação que é estabelecida entre os avanços tecnológicos e a possibilidade de violação dos direitos das gerações futuras.

O tema tem como entusiasmo criador a leitura da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

Os arts. 16 e 19, IV da referida Declaração inspiraram a conjugação dos interesses que serão analisados nesse artigo, bem como a parte introdutória da Declaração – tão carregada de significados e direcionamentos acerca da concepção, dos anseios e dos fins do referenciado documento. Como será melhor apresentado, o preâmbulo da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos fornece bases bastante sólidas e fundamentais para o direcionamento da forma de tratar a Bioética nas sociedades.

Com o fito de tratar o tema exposto, inicialmente será apresentada uma breve síntese do contexto de formação e expansão da Bioética. Em virtude do considerável diálogo entre a Bioética da intervenção e a proposta do presente trabalho, algumas linhas são para tratamento específico do tema, de tamanha relevância no contexto dos denominados países emergentes.

Em seguida, a educação passa a ser o foco, com ponderações importantes para o desenvolvimento da ideia de educação como caminho para mudanças oportunas.

Logo após, passa-se a cuidar do tema propriamente dito, analisando-o de maneira a propor reflexões a respeito da inevitável evolução das ciências, da contingência de resguardo das gerações futuras e o papel da educação em Bioética dentro desse contexto de grandes reflexos sociais, cuja estrutura vem sendo bastante discutida, precisando passar ao plano das ações para a promoção de reais garantias àqueles que ainda estão por vir – aos futuros habitantes do planeta, portanto.

Bioética, educação e proteção das gerações futuras: como estabelecer uma relação entre esses elementos?

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO BIOÉTICO

Nesta seção, tratar-se-á brevemente da constituição da Bioética e de seus contornos,

em especial no espaço da América Latina.

2.1 FORMAÇÃO DA BIOÉTICA

De acordo com Débora Diniz e Dirce Guilhem (2006, p. 10), a Bioética não é fruto de um acontecimento isolado, mas sim resultado de uma série de fatores concorrentes para o seu surgimento.

Um dos grandes marcos históricos da matéria é a obra de Van Rensselaer Potter, intitulada *Bioética: uma ponte para o futuro*. A doutrina diverge acerca da criação do neologismo (bioética), contudo:

> Segundo a história da bioética contada por ele [Thomas Reich] e por outros pesquisadores simpáticos à sua argumentação, a bioética teria tido seu nascimento em dois locais: na Universidade de Wisconsin, em Madison, com Potter, criador do conceito; e na Universidade de Georgetown, em Washington, Andre Hellegers, que, diante da existência do neologismo, teria sido o primeiro a utilizá-lo institucionalmente com o intuito de designar uma nova área de atuação, esta que atualmente conhecemos como a bioética (DINIZ; GUILHEM, 2006, p. 11).

Daury Cesar Fabriz (2003, p. 73) ensina que, para Potter, "a proposta de uma Bioética ligava-se às preocupações com problemas ambientais inerentes às questões de saúde. Apesar de seu uso restrito [...], a proposta [...] concedia um sentido macro, interdisciplinar [...]. Potter imprimiu ao termo a idéia de uma ciência da sobrevivência".

A doutrina especializada aponta a década de 1960 como sendo um foco importante para a genealogia da Bioética, em virtude do incremento das tecnologias e da aquisição de direitos civis, como relatam Diniz e Guilhem (2006, p. 13):

> Por um lado, um grande desenvolvimento tecnológico fez surgir dilemas morais inesperados relacionados à prática biomédica [...]. Por outro, os anos 1960 foram também a era da dos direitos civis, o que fortaleceu o ressurgimento de movimentos sociais organizados, como o feminismo, o movimento hippie e o movimento negro, entre outros grupos de minorias sociais [...].

Pode-se afirmar, destarte, que o contexto social, como ocorre habitualmente no campo jurídico, exerceu significativa influência no desenvolvimento dos preceitos bioéticos, como forma de respeito à alteridade e de compreensão da necessidade de impor limites ao gradativo processo tecnológico.

O artigo da jornalista Shana Alexander – *Eles decidem quem vive, quem morre* –, publicado em 1962 na revista *Life*, é também considerado como um acontecimento relacionado à história da Bioética, pois relatou o que ocorria no Comitê de Admissão e

Políticas do Centro Renal de Seattle (localizado em Washington, Estados Unidos), comitê responsável por deliberar acerca das preferências de uso dos recursos disponíveis. Entende a doutrina que ocorreu um claro rompimento entre a bioética e a ética médica tradicional a partir desse fato (DINIZ; GUILHEM, 2006, p. 14-15).

Foi por meio das publicações de Beecher, médico anestesista que produziu um artigo com relatos de pesquisas realizadas com seres humanos (ainda que consideradas *inferiores*, a exemplo de idosos e adultos com deficiências mentais), que foram divulgadas as atrocidades que vinham ocorrendo com recursos públicos:

> Mesmo em um período pós-guerra, manteve-se a referência à ética utilitarista como justificativa para a experimentação científica com seres humanos. Em parte, esse fenômeno se justificava porque as possibilidades de benefícios eram consideradas muito maiores que os prejuízos, mas também porque, como regra geral, não havia discursos sociais contrários a esse tipo de ética da pesquisa científica (DINIZ; GUILHEM, 2006, p. 11).

Bruno Torcuato de Oliveira Naves (2002, p. 130) assegura que as publicações de Beecher fortaleceram o imperativo de criação de mecanismos para um controle adequado das pesquisas.

Outro acontecimento que ficou bastante conhecido foi o Caso Tuskegee (que ocorreu no Alabama, Estados Unidos, entre a metade da década de 1930 e o início da década de 1970), em função do grau de violação dos direitos de pessoas negras portadoras de sífilis.

Vale pontuar, ainda, o primeiro transplante de coração, realizado na África do Sul por Christian Barnard, fato que desencadeou uma série de discussões acerca da necessidade de estabelecer critérios para a morte cerebral[1].

A modificação no processo de compreensão e aceitação dessas situações configurou-se como a consequência direta de um novo olhar sobre a bioética, como afirmam Diniz e Guilhem (2006, p. 19):

> Talvez, no que se refere à pesquisa biomédica, um elemento decisivo para essa mudança de mentalidade tenha sido a formação de um discurso crítico com relação à pesquisa científica, não aceitando mais a premissa de que o desenvolvimento da ciência estaria acima de qualquer suspeita para o bem estar e a saúde da humanidade. Começaram, portanto, a surgir dúvidas, dos pontos de vista ético, jurídico, econômico e mesmo político, sobre certos avanços relacionados à experimentação humana, ao controle comportamental, à engenharia genética, à saúde reprodutiva, ao transplante de órgãos, dentre outros tantos temas atualmente analisados pela bioética.

[1] Apesar do caráter de breves linhas desse tópico acerca do desenvolvimento da Bioética, é interessante pontuar que há uma divergência doutrinária nesse ponto. O professor José Goldim, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), escreve sobre o tema informando se tratar de um conceito forjado o de morte cerebral, defendendo que a ciência tem condições de rever, na atualidade, esse quadro de saúde.

Heloísa Helena Barbosa (2003, p. 53) explica que “talvez esse (sic) o maior mérito da Bioética: sistematizar (ou ao menos tentar) o tratamento de questões diversas, mas que devem guardar entre si, necessariamente, princípios e fins comuns”.

Tendo em vista a repercussão negativa que os acontecimentos relacionados ao tema produziram, em 1974 foi criada, nos Estados Unidos, a Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e Comportamental. O trabalho de cerca de quatro anos dessa Comissão resultou no Relatório Belmont, cujo reconhecimento normativo o torna marco fundamental na história da Bioética. Os dilemas morais que se apresentassem na vida humana, de acordo com a proposta do relatório, poderiam ser resolvidos com base em três princípios éticos ditos universais: respeito pelas pessoas, beneficência e justiça.

Essa quantidade de princípios não é consenso entre os doutrinadores da área e outros pontos foram alvo de críticas (a exemplo do conceito do princípio de respeito às pessoas), contudo, sem dúvida, esse relatório funcionou como uma primeira demarcação formal de limites às práticas médicas.

Segundo Diniz e Guilhem (2006, p. 25), foi com a obra de Tom Beauchamp e James Childress, publicada em 1979 – *Princípios da Ética Biomédica* –, que a Bioética teve a sua concretização teórica. Como decorrência dos estudos, surge o consentimento informado como uma forma de proteção do paciente. Entretanto, como lembram as supracitadas autoras (2006, p. 38):

> Apesar da sedução instrumental da teoria [principialista] justificar grande parte de sua hegemonia, os limites da teoria tornaram-se gradativamente mais explícitos. E, nesse movimento crítico iniciado por Clouser e Gert, pesquisadores oriundos de países periféricos da bioética têm assumido um papel fundamental. Coube aos periféricos enumerar as incompatibilidades locais diante dos princípios éticos eleitos por *Princípios da Ética Médica* como universais. Pela primeira vez, o discurso multiculturalista surgiu com um contraponto crítico às propostas universalizantes da ética filosófica.

É dessa maneira que a Bioética vem caminhando ao longo de sua recente história, já conquistando diversos espaços e um destaque vultoso, especialmente pela ligação direta com questões vitais para o homem.

Francesco Bellino (1997, p. 77) assevera que “a ciência cultural, também chamada pós-moderna, caracteriza-se pela emergente centralidade da pergunta e da reflexão ética”. A ética configura-se, efetivamente, como ponto central na atualidade.

Em relação à Bioética no âmbito do Brasil, vale citar Diniz e Guilhem (2006, p. 44):

> A bioética brasileira está marcadamente vinculada à pratica médica em todos os sentidos: pela eleição de seus temas de estudo e pela trajetória acadêmica e

> profissional de seus pesquisadores. O Brasil, por ter uma medicina bastante periférica, importa teorias e práticas de países centrais da medicina. [...] Seguramente, no âmbito da técnica (sic) essa importância acrítica da medicina deve apresentar problemas menores que no campo da moral. [...]
> Essa escassez crítica da bioética brasileira é também conseqüência da estruturação tardia entre nós. Somente nos anos (sic) 1990 o tema começou a ensaiar seus primeiros passos sólidos no país.

Afirma-se que foi o surgimento dos comitês locais de ética em pesquisa que iniciaram o imperioso processo de difusão da Bioética pelo Brasil. Acrescente-se a isso a formação de disciplinas e núcleos de estudo em Bioética que vêm surgindo nas universidades brasileiras (assunto que será melhor explorado na seção 4 deste trabalho).

Maria do Céu Patrão Neves e Mauro Prado (2003, p. 143) verificam mais contribuições:

> Como iniciativas da comunidade em geral tem-se a atenção da sociedade civil organizada que começa a conscientizar-se a respeito da contribuição da Bioética em suas atividades e causas. Já há, inclusive, organizações não governamentais que encampam a disciplina em seus projetos. Começa, também, a haver certa participação do Estado, que de forma direta ou indireta converge para o campo da Bioética. Exemplificando esse fato, podem ser citadas as importantes regulamentações brasileiras relativas à ética na pesquisa, a existência das comissões da Conep e CTNBio, a atuação da Anvisa e a movimentação em torno da criação de uma Comissão Nacional de Bioética.

Todavia, como se procurou demonstrar na seção 4 do presente artigo, essa iniciativa é ainda incipiente diante da obrigação – pela relevância, como já se afirmou – de propagação do tema para a maior quantidade possível de pessoas.

Verificar-se-á, agora, a Bioética no contexto da América Latina e, consequentemente, do Brasil.

2.2 BIOÉTICA NA AMÉRICA LATINA

Em que pese toda a importância histórica da chamada Bioética principialista, outras concepções surgem e passam a ganhar força na pesquisa e difusão da Bioética, valendo ressaltar, para a proposta desse trabalho, a Bioética da participação e da inserção – faceta fundamental para a compreensão de problemas que afetam diretamente a América Latina, região na qual está inserido o Brasil.

É interessante trazer as considerações de Roberto Luiz d'Avila (2003, p. 51):

> Como a Bioética teve início tardio no Brasil, no começo dos anos 90, a metodologia que mais trouxe encantamento para o médico, em seu dia-a-dia, foi exatamente a bioética principialista, aquela que mais facilitou a introdução de um pensamento reflexivo sobre justiça, beneficência, não-maleficência e autonomia, muito embora

> estejamos longe da autonomia anglo-saxã. Sem dúvida nenhuma, nosso problema mais urgente, premente e latino é exatamente a questão do princípio da justiça, que traz embutida dois outros subprincípios: igualdade e eqüidade.

Percebe-se, portanto, a raiz da grande importância atribuída à Bioética principialista no Brasil, em que pese sua localização não só geográfica, como também (e principalmente) de interesses, no contexto dos debates da Bioética atualmente mais discutida na América Latina.

Maria do Céu Patrão Neves e Mauro Prado (2003, p. 139) demonstram a proximidade inicial da teoria principialista por parte do Brasil, passando pela questão de absorção acrítica da teoria principialista:

> As afinidades histórico-culturais e religiosas entre Portugal e o Brasil são incontestáveis e certamente deverão justificar algumas proximidades no pensamento bioético. Por outro lado, deve-se considerar que os modelos teórico-práticos norte-americanos da Bioética, incluindo o principialismo, nunca dominaram acriticamente na Europa, ao contrário do ocorrido em sua fase inicial de desenvolvimento na América do Sul. Simultaneamente, os diferentes problemas que afetam a Europa e a América do Sul no âmbito da ética aplicada à vida, particularmente o nível científico-tecnológico e o nível social das populações, determinam distintos temas e perspectivas de reflexão.

A Bioética da participação e da inserção é considerada como própria da América Latina. Trata-se de uma releitura, de uma interpretação dos preceitos bioéticos sob a ótica das necessidades que tanto afligem os considerados países emergentes.

Essa releitura fica bem demonstrada no seguinte trecho:

> Ainda que proteger os que suportam a ordem estabelecida, a custa da expropriação de seus corpos e vidas, e defender sua integridade frente aos que usufruem todos os benefícios dessa divisão espúria seja uma ação que pode melhorar sua qualidade de vida, restringir a possibilidade de intervir na realidade à proteção aos menos favorecidos não deixa de ser uma concessão com a manutenção da desigualdade, dos privilégios e da exclusão. Por isso, deve-se considerar a proteção como um princípio, essencial para a construção da justiça social, mas que não deve ser alçado à condição de matriz teórica (GARRAFA, 2005, p. 124).

Entendem os estudiosos que consiste em uma Bioética mais política que principiológica, uma vez que discute questões diretamente relacionadas à Bioética das situações persistentes.

Essa nova visão tem representação importante no Brasil, como apresenta Volnei Garrafa (2005, p. 125):

> A bioética social, para ser efetiva, além de disposição, persistência e preparo acadêmico, exige uma espécie de militância programática e coerência histórica por parte do pesquisador. De minha parte, é o que venho tentando fazer há alguns anos com a linha de pesquisa que denominei inicialmente de Bioética Dura (hard bioethics) e posteriormente Bioética de Intervenção (GARRAFA, 2000; GARRAFA & PORTO, 2003). A Encyclopedia of Bioethics, no capítulo dedicado à América Latina, em sua última edição, traz comentários positivos do responsável pela matéria, prof. José Alberto Mainetti, sobre o surgimento da Bioética Dura na região.

O autor demonstra a participação efetiva do Brasil dentro de um contexto diferenciado de discussão sobre a Bioética, mais voltado para a realidade pátria. O caráter político também é mencionado:

> [...] após a consagração da Declaração, com o considerável avanço logrado no conteúdo referido ao campo social, pretendo passar a incorporar a Bioética de Intervenção, definitivamente, à "Bioética Social", uma vez que já terá sido alcançado um dos principais motivos de sua criação, ou seja, a necessária visibilidade política ao tema (GARRAFA, 2005, p. 125-126).

Ainda sobre a questão política, Miguel Kottow (2005, p. 110) afirma que há um "actual esfuerzo por facilitar el acercamiento de la bioética a la política, dentro de la propuesta de la derivación de los conflictos bioéticos a la arena política, ante todo los que se relacionan con la pobreza, la inequidad social y la exclusión".

No contexto brasileiro, Maria do Céu Patrão Neves e Mauro Prado (2003, p. 142) afirmam:

> A Bioética que se pratica no país procura estender seu conteúdo e campo de ação para além das situações emergentes, com pleno exercício de análise crítica sobre os modelos teóricos atuais e busca de formulações que possibilitem melhor mediação dos problemas vividos na realidade dos países periféricos – aí incluído o Brasil.

Volnei Garrafa (2005, p. 123) apresenta os contornos dos estudos em Bioética atualmente no Brasil:

> Nos países latino-americanos, de modo geral, e no Brasil, especificamente, o tema da justiça sanitária faz parte da agenda bioética. As imensas desigualdades no acesso aos recursos - a tudo que caracteriza a qualidade de vida - tornam esse tema efetivamente orgânico quando se pretende aplicar a ética para garantir a dignidade da vida humana.

É justamente em função da realidade na qual o Brasil está inserido e da consequente necessidade de uma maior discussão acerca dos temas mais relacionados à Bioética das situações persistentes, que o presente trabalho se propõe a debater o quanto se faz imperioso tratar da proteção das gerações futuras, tratamento esse que, conforme se procura demonstrar, pode passar por uma educação em Bioética.

A prática inclusiva é um ponto forte no discurso da Bioética Dura, como avigora Volnei Garrafa (2005, p. 129):

> Para a Bioética de Intervenção, a inclusão social é a ação cotidiana de pessoas concretas e precisa ser tomada na dimensão política, como um processo no qual os sujeitos sociais articulam sua ação. Na medida em que a ação cotidiana direciona as escolhas não apenas em função de uma inclinação pessoal, mas considerando a dimensão do todo - a necessidade de garantir a existência das pessoas e de todas as formas de vida - ela se torna inclusiva, tendendo, como decorrência, à maior simetria.

Estabelecendo melhor os contornos da Bioética da Intervenção, afirmam Márcio

Rojas da Cruz e Etelvino de Souza Trindade (2006, p. 483):

> O Brasil, país de grande desigualdade social, apresenta pequena parcela da população com acesso aos mais recentes avanços da tecnologia médica e grande parcela desta mesma população que vive a incerteza de uma possível refeição. Diante da situação de interação de fatores responsáveis por dificuldades diversas, desde os problemas mais caros do ponto de vista financeiro até os mais caros do ponto de vista da dignidade humana, a Bioética de Intervenção estabelece conceitos necessários para integrar ações concretas: bioética das situações emergentes e persistentes; países centrais e periféricos; ética e moral; eqüidade e igualdade; empoderamento, libertação e emancipação; e imperialismo moral. Como fundamentos, são elencados: a concentração de poder; a globalização; a finitude dos recursos naturais; a corporeidade, o prazer e a dor; os direitos humanos; os "4 Ps" (prudência, prevenção, precaução e proteção); a solidariedade crítica; e a responsabilidade. A Bioética de Intervenção impele ações de forma a almejar a diminuição das iniqüidades sociais por meio de práticas intervencionistas duras conforme sugere a denominação original desta corrente: *hard bioethics*.

Compreender o surgimento da Bioética, a expansão de seus estudos (quantitativamente e em relação à intersecção com outros ramos do conhecimento) e sua configuração atual figura como fator extremamente relevante para a análise proposta nesse trabalho, uma vez que a difusão da Bioética, enquanto disciplina potencializadora de mudanças nos rumos éticos das sociedades, pode ser um dos caminhos para a formação de uma sociedade mais justa e mais humana – desejo concebido como parte do imaginário e do senso comum social.

Passe-se, agora, ao estudo do direito à educação.

3 EDUCAÇÃO: CIDADANIA E DIREITO SOCIAL

A educação é um direito fundamental, classificado na doutrina como direito fundamental de segunda dimensão, uma vez que se trata de direito social. De acordo com Ana Cristina Meireles (2005, p. 90), "[...] as normas de direitos sociais surgem como direitos de segunda dimensão, eis que sucedem os clássicos direitos de liberdades, tidos como espécies normativas de primeira dimensão".

Segundo Jairo Schäfer (2005, p. 30-31):

> Os direitos fundamentais de segunda geração são [...] os direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais o Estado assume uma indiscutível função promocional, satisfazendo ativamente as pretensões dos cidadãos, tendo por objetivo concretizar os primados da igualdade material.

Os direitos sociais representam uma conquista democrática e configuram um dos motivos pelos quais se convencionou chamar a Carta Magna vigente de "constituição cidadã".

Amplamente difundida é a previsão constitucional dos direitos sociais, no *caput* do art. 6º da Constituição Federal de 1998 (CF/88), *in verbis*: "**são direitos sociais a educação**, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL, 1998, grifo nosso).

Faz-se imperioso citar José Eduardo Faria (2004, p. 269):

> A principal justificativa desse direito 'social' parte da premissa de que, se por um lado atualmente é impossível negar a existência dos conflitos coletivos inéditos decorrentes da exclusão social gerada pela transnacionalização da economia, por outro seria possível desenvolver determinados mecanismos jurídico institucionais para tentar amortecer ou desarmar essa 'explosividade'[...].

O supracitado autor continua a discorrer sobre o tema, asseverando que "uma das principais características desse 'direito social' [...] está no fato de que muitas das suas normas e princípios tratam de valores metafisicamente incomensuráveis [...]".

Regina Maria Fonseca Muniz (2003, p. 154-159) apresenta o direito à educação como parte integrante do direito à vida e como um direito natural do homem, fundamentando seu raciocínio de maneira esclarecedora:

> O direito à vida era compreendido como um direito à simples sobrevivência ou conservação física da pessoa. Hoje, entretanto, não se trata somente de um direito à vida do corpo humano, da preservação do homem quanto ao seu físico, dos direitos relativos à inviolabilidade corporal, mas da pessoa humana em toda a sua realidade existencial, em todo o seu valor transcendente: a tutela jurídica amplia-se e justifica-se na condição humana.
> [...]
> A vida, portanto, deve ser entendida no seu sentido integral. De fato, quando nos esforçamos apenas com o intuito de prolongar nossas funções biológicas, estamos, de certa maneira, renunciando à nossa condição de seres humanos autênticos.
> [...]
> Por essas razões, o direito à vida não pode ser visto sob o prisma estático, mas no dinâmico e social, isto é, uma ida digna em condições de sanidade física, psíquica e moral adequadas à dignidade da pessoa, ao livre desenvolvimento da personalidade.
> Todo ser quer atingir o seu pleno desenvolvimento. Contudo, é somente através da educação que ele consegue buscar a verdade, descobrir seu fim último [...].
> É assim, antes de tudo, direito natural obrigando o respeito e o reconhecimento de todos, independentemente de sua positivação. Positivado, é direito fundamental e da personalidade, ínsito no direito à vida.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) trata da educação na Seção I (Da Educação) do Capítulo III (Da Educação, da Cultura e do Desporto) do Título VIII (Da Ordem Social).

Na visão de Wilson Donizeti Liberati (2004, p. 210):

> Com essa concepção, predominantemente social, nossa ordem jurídica contempla, definitivamente, a educação como direito fundamental da pessoa humana, tutelado e garantido pela força da organização e controle social – características próprias do Estado de Direito, que prima pela desobediência à lei.

Murillo José Digiácomo (2004, p. 277) assegura que “mais do que um direito fundamental de toda criança e adolescente, no entanto, o direito à educação se constitui num verdadeiro direito natural inerente à pessoa humana, sejam quais forem sua idade ou sua condição social”.

Para Paulo Bezerra (2007, p. 185), “a educação [...] é um direito humano, no sentido de que é inerente a todo ser humano como tal, e fundamental, da espécie, a um tempo social e cultural”.

Complementando a exposição de fundamentos para a compreensão da grandeza do tema da educação dentro do contexto social, vale trazer as palavras de Maria Cristina de Brito Lima (2003, p. 121): “não resta dúvida (sic) que a educação tem papel de destaque no resgate da cidadania, pois visa a possibilitar a realização pessoal dos indivíduos numa sociedade”.

Já estabelecendo um diálogo com o tema a ser tratado no próximo item deste trabalho (seção 4), a educação efetivamente deve procurar moldar-se ao tempo sócio-cultural no qual está inserida e esse raciocínio leva à compreensão da introdução da Bioética nas escolas como algo que venha a complementar a formação da criança e do adolescente dentro desse contexto cultural no qual vive – repleto de novidades tecnológicas que influenciam não só a educação em si, mas o mundo como um todo, incluindo as relações nitidamente tratadas pela Bioética.

Pensando também na educação como um fator que legitima o discurso da Bioética da inserção, vale trazer à baila os comentários de Orlando Rochadel Moreira (2007, p. 84):

> Inobstante a escola seja apresentada como instrumento de emancipação, grande parcela da população não tem sequer acesso às primeiras letras, já que a idade contemporânea está marcada por extremos. De um lado países com um expressivo desenvolvimento educacional, econômico e humano; de outro, nações em que o simples fato de se fazer três refeições ao dia é motivo de comemoração.

Marisa Timm Sari (2004, p. 75) apresenta as finalidades da educação:

> Quanto à finalidade da educação, a Constituição Federal (art. 205) e a LDB (art. 2°) mantêm a proposta da Lei da reforma de Ensino de 1971: o ‘pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho’. Já os princípios explicitados no art. 3° da LDB mantêm coerência – apesar de algumas alterações – com os indicados na Constituição federal, destacando-se dois importantes aspectos. Conforme o já expresso no art. 1°, reafirma e apresenta como princípios a valorização da experiência extra-escolar e a vinculação da educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Note-se que a legislação apresenta dois elementos que abarcam perfeitamente a formação de uma educação em Bioética desde o período escolar, quais sejam, o preparo para o exercício da cidadania e a vinculação da educação escolar às práticas sociais. O

conhecimento dos preceitos bioéticos perpassa a formação de um cidadão completo, mais consciente de seus direitos e dos acontecimentos do mundo, ao mesmo tempo em que os fatos relacionados à bioética fazem parte do que se pode denominar como práticas sociais.

É oportuno reforçar a importância da educação enquanto direito do cidadão. Nas palavras objetivas de Pierre Toussaint Roy (2006, p. 30),

> [...] é um direito exigível, inalienável, indispensável, universal, independente, indivisível e integral. Pois é um direito do cidadão e um dever do Estado, reconhecido tanto pelas constituições de quase todos os países da América Latina como por diversos pactos e convenções internacionais.

Finalizando a demonstração por parte da doutrina acerca da educação e seu papel fundamental na vida humana, Orlando Rochadel Moreira (2007, p. 106) estende a visão acerca da prestação desse direito social por parte do Estado, assegurando que:

> O direito à educação é um direito fundamental e prioritário, devendo ser focado não somente no aspecto quantitativo, ou seja, na existência de vagas em número suficiente nas escolas, mas, também, no aspecto qualitativo, qual seja, com escolas equipadas, professores bem remunerados e currículos adequados.

Afirma Regina Maria Fonseca Muniz (2002, p. 199):

> Os fins buscados e percebidos por quaisquer instituições jamais poderão ser alcançados sem a educação da pessoa, ente primeiro e necessário para a sua constituição e em função da qual existem para o seu bem-estar.

Dessa forma, pensar o indivíduo e sua realização dissociada da educação é incorrer em um significativo equívoco, uma vez que, para alcançar a plenitude e, inclusive, conseguir ter voz e fazer valer seus direitos no meio social, a pessoa tem na educação uma grande arma de proteção, ação e, até mesmo, descoberta do mundo que a circunda.

Nesse sentido, é possível perceber o quanto esse instrumento pode ser útil na tentativa de promover debates e estudos sobre os preceitos bioéticos, auxiliando ainda mais esse processo de desenvolvimento pleno do indivíduo.

A discussão sobre o entrelaçamento entre *Bioética* e *Educação* (acrescendo-se mais alguns pontos relevantes) prossegue no item que vem a seguir.

4 PROTEÇÃO DAS GERAÇÕES FUTURAS: EDUCAÇÃO EM BIOÉTICA

Vale iniciar o presente item com uma afirmação de Ricardo Timm de Souza (2005, p. 13):

> [...] a ética é o fundamento de todas as especificidades do viver, em suas mais complexas relações e derivações, das ciências e da tecnologia, da história das comunidades e da própria filosofia. Ética é o fundamento da vida humana – e não apenas enquanto refletida, mas, exatamente, no núcleo mais profundo de sua humanidade propriamente dita, concretude e conteúdo inconfundível, único, em relação a toda e qualquer formalidade vazia.

Pode-se inferir, a partir da assertiva acima transcrita, que a ética não deve ser algo distante da realidade humana, uma vez que a acompanha e auxilia diretamente no processo das relações sociais.

A visão de Marco Segre (2003, p. 57) agrega valor à citação acima, na medida em que dialogam sobre a ética, com uma aplicação, nesse momento, no contexto da Bioética:

> A Bioética, ética aplicada a situações atinentes à existência, não pode ser doutrina nem religião, muito menos conjunto de normas. Bioética é reflexão e discussão de situações pensadas e "sentidas" por pessoas diferentes, de crenças e vivências distintas, nas quais, existindo confronto de idéias (principalmente na esfera afetiva), se tentará estabelecer algum consenso a partir do mesmo – donde, mediante esse parcial consenso, serão estabelecidas as normas de convívio. Assim, a reflexão ética é, tanto quanto possível, anterior às normas.

Roberto Luiz d'Avila (2003, p. 54, grifo nosso) aponta o problema atual:

> O avanço científico e tecnológico, que nos trouxe muitos questionamentos, nos colocou num conflito entre o aquilo que posso fazer (que a tecnologia me permite) e o se devo fazer. Não há dúvidas de que esse avanço científico chegou a uma evidência que dispensa argumentação, mas também não há discordâncias de que existe franca deterioração dos padrões éticos na prestação dos serviços médicos. Ou seja, **o que ganhamos em tecnologia perdemos em humanismo**.

A reflexão é bastante complexa, uma vez que, de fato, pensar em ética é retomar o caráter humano das relações, muitas vezes olvidado nos tempos atuais.

Volnei Garrafa (2005, p. 130) apresenta a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, fonte de inspiração inicial para a produção do presente trabalho:

> Embora se saiba que uma Declaração Internacional deste tipo contenha apenas normas não vinculantes, que não podem ser consideradas como lei, servem como guias futuros para a construção das legislações nos diferentes Estados. Neste sentido, o documento construído em Paris pode ser considerado um avanço extraordinário para os países em desenvolvimento. Sua construção mostra um preâmbulo substancial composto de vários considerandos, onde são mencionados como referência documentos e tratados internacionais já aprovados pelas Nações Unidas. Posteriormente, vem a Declaração propriamente dita, com 28 artigos, divididos em cinco capítulos: um capítulo introdutório com as disposições gerais que incluem o escopo e objetivos da bioética (dois artigos), seguido de outros dois que trazem os princípios (em número de 15) e sua aplicação (quatro artigos), além de duas partes finais relativas a sua implementação e promoção (quatro artigos), finalizando com as considerações finais (três artigos).

A respeito da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), de pronto é

relevante destacar a inicial diferença ideológica estabelecida entre os países ricos (cujas discussões se restringiam às biotecnologias e questões biomédicas) e países pobres (debates deveriam abordar também os campos sanitário, social e ambiental). Há relatos de que o Brasil exerceu uma importante influência no processo de negociação para a ampliação das discussões. A razão dessa visão diferenciada parece clara, uma vez que são os países ricos que, em geral, mais se interessam por uma produção que vise cada vez mais ao lucro e ao acúmulo de riquezas e, para que isso ocorra, não medem esforços e não querem encontrar barreiras – sendo as questões ambientais as mais atuais e emblemáticas.

A ampliação conceitual demonstrada pela nomeação do encontro *Bioética, Poder e Injustiça* é também um avanço considerável, tendo em vista a necessidade de discussão sob um ponto de vista macro, haja vista sua influência direta em diversos segmentos da vida em sociedade.

É interessante o quanto a Declaração também vem acrescentar à noção de apoio às comunidades mais vulneráveis, sendo essa uma demonstração da ampliação da Bioética e da necessidade de preocupação com questões que transcendem a ética médica, embora também, de uma certa forma, irradiem dela.

Os traços cada vez mais fortes da ética dentro dos estudos e discussões sobre a Bioética, portanto, restam evidenciados pela criação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

Pensando na relação do conteúdo da referida Declaração com o presente artigo, um dos primeiros pontos que já chamam a atenção é a parte inicial do documento, que menciona os avanços tecnológicos como fatos a serem analisados por conta da sua influência na matéria.

O tema ora discutido é a proteção às gerações futuras sob o ponto de vista da Bioética e da Educação, tendo surgido justamente de uma leitura sistemática do referenciado documento.

Enquanto “instrumento à disposição da democracia no sentido do aperfeiçoamento da cidadania e dos direitos humanos universais”[2], a educação consegue estar inserida nesse contexto da Declaração, tanto de maneira ideológica, quanto expressamente.

Muitos são os dilemas que a ciência e a tecnologia impõem aos seres humanos a partir dos inegáveis e bastante significativos avanços vislumbrados de maneira cada vez mais rápida. Por essa razão, faz-se imprescindível estabelecer as responsabilidades e criar uma

[2] Trecho do preâmbulo da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

espécie de código de conduta pelo qual seja possível nortear os comportamentos, caminho para uma Bioética mais justa e humanizada.

O trecho abaixo dialoga bastante com essa proposta de produção escrita:

> Considerando o papel da UNESCO na identificação de princípios universais baseados em valores éticos compartilhados para o desenvolvimento científico e tecnológico e a transformação social, de modo a identificar os desafios emergentes em ciência e tecnologia, levando em conta a responsabilidade da geração presente para com as gerações futuras e que as questões da bioética, que necessariamente possuem uma dimensão internacional, devem ser tratadas como um todo, inspirando-se nos princípios já estabelecidos pela Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e pela Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos e levando em conta não somente o atual contexto científico, mas também desenvolvimentos futuros.*

Segue outro excerto fundamental para a compreensão do espírito da Declaração em análise, especialmente no que tange à questão da ciência:

> Reconhecendo, com base na liberdade da ciência e da pesquisa, que os desenvolvimentos científicos e tecnológicos têm sido e podem ser de grande benefício para a humanidade inter alia no aumento da expectativa e na melhoria da qualidade de vida, e enfatizando que tais desenvolvimentos devem sempre buscar promover o bem-estar dos indivíduos, famílias, grupos ou comunidades e da humanidade como um todo no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e no respeito universal e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.*

Cada artigo da referida Declaração apresenta um (ou mais) princípio(s) proposto(s) no intuito de estabelecer diretrizes para a vida em sociedade, de maneira mundial, relacionadas às questões bioéticas.

É interessante transcrever uma das considerações finais da Declaração:

> Artigo 26 – Inter-relação e Complementaridade dos Princípios
> A presente Declaração deve ser considerada em sua totalidade e seus princípios devem ser compreendidos como complementares e interrelacionados.
> Cada princípio deve ser interpretado no contexto dos demais, de forma pertinente e adequada a cada circunstância.

É possível afirmar, desse modo, que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos traz em seu bojo inúmeras diretrizes fundamentais para a compreensão e aplicação da Bioética de maneira mais humana, fraterna e justa.

Nas palavras de Volnei Garrafa (2005, p. 131):

> [A Declaração] consubstanciou uma ação efetiva de intervenção no sentido de conformar a realidade a partir de parâmetros de eqüidade, inclusão social e justiça. Mais do que isso, porém, a criação desse documento traçou uma orientação universal e objetiva a partir da qual a bioética pode lutar pelo empoderamento, pela libertação e pela emancipação dos 'condenados da terra'.

* Trecho do preâmbulo da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos preceitua, em seu artigo 16: “Artigo 16 – Proteção das Gerações Futuras. O impacto das ciências da vida sobre gerações futuras, incluindo sobre sua constituição genética, deve ser devidamente considerado”.

A proteção das gerações futuras é expressamente mencionada na referida Declaração, fato que anuncia a preocupação com os rumos que as descobertas científicas vêm tomando.

Roberto Andorno (1998, p. 80) apresenta a necessidade de total vigilância em relação aos poderes que vêm sendo alcançados com os avanços tecnológicos, chamando atenção especialmente para as questões que dizem respeito à manipulação do genoma humano, ao afirmar que “[...] en este juego todos corren el riesgo de perder: la humanidad futura, en lugar de beneficiarse con la selección de los mejores caracteres, podría verse sacrificada, al tornarse un objeto de los de los manipuladores de hoy”.

Muitas discussões surgem a respeito do tema, uma vez que se trata de algo passível de afetar diretamente a espécie humana, criando-se um poder exacerbado do homem em relação ao futuro de sua própria geração. São inúmeros os questionamentos.

Como freio natural desse processo, conforme já se mencionado oportunamente (item 2), surge a bioética, buscando apresentar preceitos capazes de nortear as relações humanas nesse contexto de exclusão do outro e de inúmeras possibilidades de manipulação da vida humana.

É no inciso IV do artigo 19 que, por sua vez, está mencionada a educação: “Artigo 19 – Comitês de Ética. Comitês de ética independentes, multidisciplinares e pluralistas devem ser instituídos, mantidos e apoiados em nível adequado com o fim de: [...] (iv) promover o debate, a educação, a conscientização do público e o engajamento com a bioética”.

Pensando na questão da diversidade, de grande valor quando se trata de Bioética, Hassan Zaoual (2003, p. 31) aborda o tema de maneira a abarcar questões diversas:

> Graças à diversidade e à generalização da hibridização ligadas aos percursos e aos empréstimos de horizontes diversos, inclusive àqueles que encontram sua origem na globalização, as sociedades locais e nacionais, emergindo dos escombros da mundialização, desvendam incontestavelmente uma mesclagem, cujo tratamento pressupõe uma concepção muito mais híbrida e diferente dos imperativos impostos pelo pensamento único.

A pluralidade social é, sem dúvida, fato constatado. Lidar com essa diversidade é um mote interessante, pois engloba não só a educação, como também, de maneira bastante pensada na atualidade, pontos que envolvem a Bioética diretamente.

Note-se que a educação está inserida na questão da diversidade, fato que reporta a inúmeras possibilidades de trabalho da educação no intuito de discutir sobre a Bioética

enquanto tema que interessa a todos individualmente e à sociedade como composição resultante dessa diversidade. Corroborando essa percepção, Marco Segre (2003, p. 58) assevera: “cada bioeticista [...] leva para a Bioética as marcas daquilo que o atingiu, daquilo que o sintonizou com a discussão de valores em sua vida”.

Comunga-se do mesmo pensamento de Harry Vieira Lopes (2002, p. 58):

> [...] [o] instrumento humano e social depende, na sua infinita reconstrução e mudança, das colaborações criativas, do acréscimo, por assim dizer, da contribuição individual e das mudanças coletivas que procuram resolver questões historicamente emergentes.

A educação em bioética desde o período escolar, portanto, pode figurar como uma colaboração criativa de produção de mudanças coletivas na população brasileira acerca do tema, levando informação e ajudando a edificar uma consciência ética, cada vez mais rara e desejada nos dias atuais.

É possível, inclusive, pensar o estudo da bioética como uma aplicação prática do fenômeno do incremento tecnológico como grande modificador das relações sociais. Essa linha de raciocínio contempla uma ligação bastante interessante da Bioética com o ensino em geral, mais uma vez demonstrando sua relevância e possibilidade de tratamento no âmbito escolar.

A Bioética, tradicionalmente, esteve relacionada apenas ao campo médico. Contudo, até mesmo nesse âmbito, os estudiosos clamam por mudanças:

> O ensino da Ética nas escolas de Medicina do país ainda caracteriza-se por uma visão marcadamente deontológica, o que não mais atende às necessidades de formação do profissional exigidas pelo atual momento. A busca de respostas aos novos desafios da contemporaneidade haverá de passar não só pela reestruturação do aparelho formador (sic) mas, particularmente, pela identificação de uma metodologia de ensino que atenda as autênticas postulações da sociedade moderna. Acima de tudo, deverá privilegiar o respeito à autonomia do ser humano enfermo, na sua complexa realidade biopsicossocial e espiritual (SIQUEIRA, 2003, p. 33).

É interessante pontuar o que Diniz e Guilhem (2006, p. 19) preceituam:

> Por ser a bioética um campo disciplinar compromissado com o conflito moral na área de saúde e da doença dos seres humanos e dos animais não-humanos, seus temas dizem respeito a situações de vida que nunca deixaram de estar em pauta na história da humanidade. Mudaram-se apenas certas especificidades em decorrência da tecnologia e do progresso da ciência. No entanto, a estrutura de pensamento que suporta a bioética, um discurso que visa garantir os interesses de grupos e indivíduos socialmente vulneráveis, aqueles imersos em quadros de hierarquia social eu os impedem de agir livremente, é algo absolutamente novo no campo da teoria moral aplicada.

Para Francesco Bellino (1997, p. 86), “ao invés de restringir a competência ética, a tecnociência hoje alargou-a (sic) e colocou em crise a dissociação entre ciência e valores,

própria da idade moderna".

Imídio Giuseppe Nérici (1991, p. 20-21) já concebia a educação como sendo composta pelos seguintes aspectos fundamentais: pessoal, metodológico, pragmático, social e ético.

A reflexão de Francesco Bellino (1997, p. 77) expressa, de maneira contundente, a preocupação que reina atualmente acerca dos avanços tecnológicos:

> Se a possibilidade e o poder tornam-se o critério de moralidade, não há limite algum ao poder além da sua possibilidade técnica e concreta de se realizar (sic) portanto tudo é possível, logo, permitido ao homem. Do tudo é permitido ao homem ao tudo é permitido sobre o homem o passo é breve.

Uma vez sendo abordado o tema da ciência e, por consequência, das pesquisas que vêm sendo desenvolvidas, vale mencionar, ainda, a questão dos pesquisadores periféricos, até por conta de essa realidade estar diretamente relacionada ao Brasil:

> Os conceitos de central e periférico foram originalmente desenvolvidos nas ciências humanas por Roberto Cardoso de Oliveira, um antropólogo dedicado à análise do conhecimento antropológico e de suas formas de difusão pelo mundo. O modelo analítico de Cardoso de Oliveira para a antropologia, a relação entre países centrais e periféricos na produção do conhecimento antropológico, mostrou-se também de muita valia para o mapeamento do pensamento bioético e de sua propagação nos mais diversos centros de ensino e pesquisa. [...]
> As bioéticas periféricas seriam aquelas desenvolvidas nos países periféricos da bioética, isto é, países em que a disciplina surgiu mais tardiamente e onde os estudos vêm se caracterizando pela importação de teorias dos países centrais, aqueles onde originariamente nasceu e se consolidou (DINIZ; GUILHEM, 2006, p. 38-39).

Ainda que o Brasil possa ser considerado um país periférico no que tange à ideia de absorção das produções sobre bioética que vêm dos países com tradição na área, isso não retira a relevância do tratamento do tema cada vez em um âmbito mais amplo, devido à sua já mencionada relevância dentro do contexto sócio-cultural e tecnológico da atualidade.

Além disso, torna-se valioso entender também que "a bioética, antes de tudo, refere-se a direitos e conquistas, não a imposições ou restrições em nome de valores considerados éticos e moralmente bons para alguns" (DINIZ; GUILHEM, p. 2006, p. 69). Dessa forma, embora periférica, a produção brasileira na área muito provavelmente contempla essa diferença natural que existe entre os centros e a realidade do Brasil, fator que fornece um incremento de valor ao trabalho dos pesquisadores e, além disso, aumenta o mister de divulgação da Bioética em território nacional.

Tratando-se mais especificamente da difusão da bioética, vale citar os seguintes dados:

> Em uma iniciativa absolutamente pioneira no mundo, e com o objetivo de popularizar e divulgar a bioética entre os médicos do Brasil, de 1998 a 2000 foi

> divulgado o primeiro e ainda único programa educativo veiculado pela mídia televisiva sobre bioética, tendo sido produzidos 77 vídeos educativos sobre os mais variados temas (DINIZ; GUILHEM, 2006, p. 46).

É interessante pontuar que a realidade portuguesa, no que tange ao ensino de Bioética fora do contexto do nível superior, se assemelha bastante à situação pátria: "nos estabelecimentos de ensino secundário [...], é excepcional a apresentação de temas desta natureza – embora algumas escolas incluam nos seus programas uma disciplina de Ética" (OSSWALD, 2003, p. 29).

Informa Walter Osswald (2003, p. 29):

> Em Portugal, o esquema geral do ensino da Bioética parece obedecer simultaneamente às duas grandes correntes anteriormente referidas: a ministração do curso a estudantes de Medicina (incluindo a dentária), objeto de outra comunicação a este Simpósio; e o ensino praticado sobretudo nos cursos de mestrado e de pós-graduação - cujos participantes só minoritariamente pertencem à classe médica: a maioria dos mestrandos e estudantes pós-graduados provém da Enfermagem, das Ciências Humanas e Sociais, do Direito e da Teologia.

O supracitado autor noticia ainda que as iniciativas de ensino da Bioética iniciaram na década de 1990 e as reuniões, os seminários, os congressos e as produções escritas acerca do tema funcionam como uma demonstração do interesse em discussões na área que, para Osswald, só tende a crescer.

Maria do Céu Patrão Neves e Mauro Prado (2003, p. 141) também reconhecem discussões sobre Bioética fora do âmbito médico:

> Além de estudiosos e profissionais das ciências biológicas e da saúde (médicos, enfermeiros, cirurgiões-dentistas, farmacêuticos, bioquímicos, nutricionistas e outros), há importante contribuição de filósofos, teólogos, juristas, antropólogos, sociólogos, pedagogos e economistas, por exemplo.

As contribuições que advêm da expansão da bioética para outros ramos do conhecimento são consideráveis e louváveis, uma vez que outras perspectivas passam a ser pesquisadas, fornecendo às questões debatidas um caráter multidisciplinar muito interessante – trazendo, portanto, outras possibilidades. O direito, por exemplo, ao promover sua análise, transporá os conceitos biológicos, passando a avaliar situações anteriormente pouco (ou nada) questionadas.

Essa expansão acompanha a tendência atual de atuação mais ampla, como explica Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 40-41):

> O conhecimento universitário – ou seja, o conhecimento científico produzido nas universidades ou instituições separadas das universidades, mas detentoras do mesmo ethos universitário – foi, ao longo do século XX, um conhecimento predominantemente disciplinar cuja autonomia impôs um processo de produção relativamente descontextualizado em relação às preemências do quotidiano das sociedades.

> [...]
> Ao contrário do conhecimento universitário [...], o conhecimento pluriuniversitário é um conhecimento contextual, na medida em que o princípio organizador da sua produção é a aplicação que lhe pode ser dada.

Nesse sentido, a expansão da Bioética, além de ser bastante benéfica sob o ponto de vista de uma discussão mais completa, vem assegurando também a quebra desse pensamento disciplinar fechado e, de certa forma, promovendo estudos que são voltados para a sociedade.

Não se trata mais do conhecimento pelo conhecimento. A Bioética está acompanhando essa mudança de paradigma, visto que vem apresentando estudos nitidamente voltados para a aplicabilidade, para a produção de conhecimento direcionada à sociedade.

Os autores apresentam seu posicionamento acerca dessas discussões:

> O papel da reflexão acadêmica nas universidades dos diversos estados da Federação é da máxima importância para a Bioética brasileira porque forma e capacita recursos humanos que funcionam como células aplicadoras e multiplicadoras de conhecimentos bioéticos. Os centros universitários contribuem através de disciplinas nos cursos de graduação e pósgraduação, pesquisas científicas e cursos de extensão e pós-graduação específicos para a formação em Bioética - ou mesmo com módulos da disciplina inseridos em outras formações afins (NEVES; PRADO, 2003, p. 142).

Há dados concretos da realidade no Brasil fornecidos por Diniz e Guilhem (2006, p. 46) que estabelecem uma ligação direta com a educação:

> Com eles [os primeiros passos estruturais dados para a consolidação da bioética no Brasil], algumas conquistas acadêmicas também vêm sendo feitas. A primeira, e talvez mais importante, é a legitimação do campo disciplinar. Os primeiros passos de ensino da bioética nas universidades brasileiras definiram-se pela construção de sua identidade perante ouras disciplinas, como no caso da ética médica. No início, o ensino da bioética foi muito marcado por sua identidade contrastiva perante a ética médica, reforçando antes as diferenças que as próprias características. Já a segunda conquista foi a criação de núcleos e centros de pesquisa destinados exclusivamente à bioética. Apesar de novos, esses núcleos, em médio prazo, terão papel decisivo para a estruturação definitiva da disciplina no país, uma vez que, por meio deles, os pesquisadores poderão agregar-se em torno de temáticas comuns, e novos pesquisadores surgirão.

O âmbito do nível superior, portanto, já iniciou sua caminhada de conhecimento e pesquisas a respeito da Bioética, fato que só tende a crescer em números, haja vista o natural efeito multiplicador das defesas acerca de diversas áreas de conhecimento que vão ganhando vulto com o passar do tempo.

Neste trabalho, defende-se, contudo, uma expansão ainda maior desse estudo.

Entende-se que – devido à sua relevância e ao desconhecimento por grande parte da população acerca de seus direitos e de informações um pouco mais técnicas sobre o que pode ocorrer em alguns procedimentos e/ou das questões éticas ali presentes – a Bioética deveria ser estudada durante o processo escolar regular, como forma de divulgar as bases éticas e o conhecimento até então alcançado. Esse processo possivelmente auxiliaria na formação de

cidadãos mais conscientes e, consequentemente, na formação de uma sociedade mais justa, humana e igualitária.

A título de reflexão acerca da importância da difusão dos preceitos bioéticos, Marco Segres (2003, p. 59) apresenta seu posicionamento: “Bioética não se ensina. Podemos apenas discutir e sensibilizar as pessoas, nossos alunos, nossos ouvintes, para que sintam que o ser humano é algo mais que um conjunto de genes ou de órgãos, ou de qualquer coisa. O ser humano é um ser humano”.

Percebendo a Bioética sob essa nova perspectiva, outros autores apontam questões a serem trazidas para uma discussão mais ampla, dada a sua relevância no mundo contemporâneo:

> Durante longo processo de evolução, o ser humano sempre conseguiu adaptar-se às agressões externas, adquirindo novas habilidades para viver. O Século XX, entretanto, favoreceu dramáticas mudanças comportamentais. Nossos propósitos de edificar sociedade solidária e pacífica perderam- se em diferentes e estranhos caminhos. O século dos enormes avanços tecnológicos permitiu o crescimento da riqueza para poucos, enquanto condenou à marginalização, exclusão e vulnerabilidade enorme contingente de pessoas. A geração de privilegiados dedica-se apenas a cultivar valores individuais, desconsiderando os comunitários. Outrossim, é preciso despertar para a necessidade da construção social em rede, o que deve caracterizar o comportamento humano neste início do novo milênio (SIQUEIRA, 2006, p. 220).

Wilson Donizeti Liberati (2004, p. 210, grifo nosso) faz a seguinte assertiva: “é por isso que se diz que ‘**educação é poder**’, permitindo concluir que ela é a chave para estabelecer e reforçar a democracia, promover o **desenvolvimento humano sustentável** e contribuir para uma paz baseada no respeito mútuo e na justiça social”.

Enquanto poder social, a educação pode auxiliar o processo de reflexão sobre questões humanas tão fundamentais, como as levantadas pela Bioética, proporcionando uma difusão das ideias e um pensar coletivo sobre temas de tanta importância para a vida em sociedade.

A noção apresentada pelo referido autor – desenvolvimento humano sustentável – também dialoga de maneira bastante direta com o tema da bioética, o que, mais uma vez, demonstra o quanto a educação pode auxiliar nesse processo de conhecimento e difusão da matéria.

A iniciativa de difusão da bioética nas escolas passa pela concepção bastante difundida de democratização do ensino, promovendo à maior parte possível da população o acesso a informações com esse grau de relevância (tratando, em última análise, de suas próprias vidas), na medida em que há também o projeto de erradicação do analfabetismo e de

conseguir que estejam em instituições de ensino todas as crianças e adolescentes em idade escolar.

Um tema que precisa ser mais difundido é o que diz respeito aos sujeitos de pesquisas médicas, a fim de que se evite (ou minore) situações absolutamente degradantes dos indivíduos, muitas vezes sem ter uma compreensão adequada do que está ocorrendo. Para Susana Maria Vidal (2005, p. 386), é interessante analisar:

> [...] las responsabilidades del Estado en la protección de los derechos humanos, particularmente los derechos de los sujetos de investigación que pueden verse vulnerados por intereses, en especial financieros y la forma en la que los sujetos, las instituciones y el propio Estado deben ser protegidas de ellos.

Em relação à atual conjuntura político-social, Franklin Leopoldo e Silva (2005, p. 141-142) esclarece:

> [...] do ponto de vista tecnocientífico, militar e da centralização econômica, que caracteriza a globalização, temos evidentemente um imperialismo, o qual considero sem precedentes. Trata-se da continuação da política colonial que tolhe até mesmo a chance de reação a isso, uma vez que a colonização não é mais explicitamente política e sim totalmente ideológica. Temos a subordinação ética das nações periféricas às centrais, mediada pelos organismos econômicos que controlam a política e os planos governamentais dos países de capitalismo periférico.

A respeito da nítida diferença de tratamento dos cidadãos nos países ricos e pobres, preceitua Regina Maria Fonseca Muniz (2002, p. 92):

> Ora, se a natureza humana é uma só, os direitos que emanam dela são os mesmos para todos. As necessidades dos países pobres são as mesmas que as dos habitantes dos países ricos. As exigências de dignidade humana são independentes das circunstâncias de tempo e lugar, permanecem vigentes tanto nas sociedades ricas como nas pobres.

Diniz e Guilhem (2006, p. 13), por sua vez, asseveram que "esses diferentes movimentos sociais [os da década de 1960] adotaram como bandeira e trouxeram à tona questões relacionadas à diversidade de opiniões, ao respeito pela diferença e ao pluralismo moral".

Em um momento em que se discutem tanto as políticas de ações afirmativas, a compreensão do outro como *igual* e a valorização das mais diversas culturas, torna-se bastante oportuna a defesa da implantação da Bioética enquanto disciplina escolar, visto que a diversidade é um tema naturalmente relacionado à matéria: respeito ao outro (não permissão de diferenciação em *seres humanos inferiores*), países centrais e periféricos (difusão de uma doutrina dita universal, contudo é preciso contemplar as particularidades de cada localidade), dentre outros aspectos.

A reflexão de Octavio Ianni (2005, p. 27-28) é bastante oportuna:

> No limiar do século XXI, são muitos os que se empenham em saber onde está o indivíduo, a pessoa, o eu, a identidade, o cidadão. Tantos os que vivem (sic), padecem ou desfrutam das mais diversas situações, como os que se empenham em

> compreender e explicar o que vai pelo mundo, todos estão empenhados em refletir sobre a formação, a conformação e a transformação do indivíduo [...]. Empenham-se em esclarecer as condições e as possibilidades do indivíduo, como ser social, ator social, consciência social, discernimento de perspectivas, participação nas atividades sociais [...]. O indivíduo pode ser uma figura particularmente heurística, para o esclarecimento das formas de sociabilidade e dos jogos das forças sociais.

A diversidade, destarte, pode ser considerada um valor que perpassa a vida contemporânea e, dessa forma, figura como uma variável de fundamental análise para uma compreensão mais aprofundada das relações sociais atuais.

António Teodoro (2003, p. 139) é categórico em relação à realidade brasileira: "o Brasil é mais do que um país. É uma imensa região marcada por profundas assimetrias e desigualdades econômicas e sociais, regionais e éticas [...]". Essa pluralidade brasileira promove, dentre outros aspectos, o crescimento do imperativo de difusão das ideias abordadas pela Bioética, em virtude da necessidade de tratamento das singularidades do país também nesse campo.

Outrossim, pensar no respeito à diversidade cultural remonta também à Bioética, como vem sendo afirmado. "A bioética é, então, parte de um desses processos de tolerância na diversidade", passando-se pela noção de que "a essência dos conflitos morais é, além da diferença, o sofrimento" (DINIZ; GUILHEM, p. 2006, p. 67-68).

Nas palavras de Reinaldo Pereira e Silva (2003, p. 24), "todos os seres humanos são titulares das mesmas prerrogativas humanitárias, muito embora vinculados a diferentes culturas".

Como explica Carlos V. Estêvão (2004, p. 80), "de facto, a escola enquanto organização que educa tem o direito e a obrigação de comprometer-se com a necessidade de buscar o sentido para as suas acções e interacções". Ao pensar na Bioética no âmbito escolar, pressupõe-se, de imediato, o entendimento do significado da presença dessa disciplina nas discussões, tendo em vista, por exemplo, os acontecimentos sociais pelos quais qualquer pessoa está sujeita a passar.

O trecho a seguir da obra de Janete M. Lins de Azevedo (2004, p. 68) dialoga diretamente com a ideia de que a educação pode apoiar o processo de mudança de valores pelo qual a sociedade vem passando por conta do desenvolvimento, fatos que refletem a realidade da Bioética:

> Tais considerações ganham importância, sobretudo, quando se tem por parâmetro a fase atual por que passam as sociedades, onde os rumos do desenvolvimento vêm se apoiando na disseminação e (re-)construção de novos sistemas valorativos, para que se mantenha a mesma ordem injusta e desigual. Neste contexto, não se pode esquecer que se tratam de processos em que a educação, as políticas e as (re-)formas

concernentes, estão sendo alocadas como elemento fundamental.

Para exemplificar esse processo de mudança como algo que pode partir do poder público, é interessante trazer à baila o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003). Em seu art. 22, preceitua: "nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal serão inseridos conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso, de forma a eliminar o preconceito e a produzir conhecimentos sobre a matéria."

A iniciativa de fomento, por parte do legislador, de uma reflexão social acerca de aspectos relacionados ao envelhecimento figura como uma demonstração de que é possível promover esse tipo de iniciativa, bem como é por meio da educação que as discussões acerca dos grandes temas sociais podem ser desenvolvidas, visando a uma melhor difusão acerca das ideias ou, no mínimo, alertando a população a respeito de fatos que interferem diretamente na vida em sociedade – de extrema relevância para um convívio humano pautado na ética e solidariedade.

Analisando a relação histórica entre o homem e a natureza, Franklin Leopoldo e Silva (2005, p. 122) preceitua: "o fato é que a compreensão causal da natureza proporciona aquilo que hoje chamamos de seu manejo, ou seja, a maneira como podemos dominá-la. Conhecer a natureza é, portanto, dominá-la, vencê-la, estabelecer o império do homem sobre o mundo natural".

Compreendendo os caminhos de alcance do conhecimento como forma de dominação, verifica-se uma apropriação humana de diversos processos cujos resultados – ainda não sabidos, mas já bastante temidos – são considerados grandes avanços e, concomitantemente, são vistos com bastante receio pela humanidade.

Franklin Leopoldo e Silva (2005, p. 127) dá continuidade à análise da questão:

> Na verdade o ritmo de expansão imperialista do homem sobre a natureza nunca esteve dissociado da questão política ou ético-política da dominação e da exploração. Já vimos que não é por acaso que a modernidade se inicia com os adventos, ao mesmo tempo, da tecnociência e da colonização como exploração econômica.
> A vida, patrimônio comum de valor não demarcado, tornou-se recurso, isto é, algo a ser explorado, mercantilizado, e à qual se atribui, então, valor econômico. O patrimônio comum do bioplaneta começa a ser dividido em propriedades. Primeiramente de países, depois de indivíduos, depois de corporações. O que estamos vivendo hoje é talvez a última etapa da colonização exploradora: a vida na sua dimensão molecular, que permite a apropriação de patrimônio que até há pouco não era de ninguém e ao qual não era atribuído valor.

A complexidade do processo de avanço tecnológico é tema de muitos estudos na área de Bioética, tendo em vista a estreita ligação do tema com a realidade que se vive nos dias atuais e suas inevitáveis consequências no futuro.

A respeito dos avanços tecnológicos, as reflexões de José Renato Nalini (2000, p. 60-61) são provocadoras:

> A luta incessante pela vida e pelo bem-estar gerou soluções para muitos males aparentemente invencíveis. Vacinas foram produzidas. A prevenção converteu-se em rotina e, adequadamente observada, evita enfermidades. Praxes cirúrgicas reduzem o tempo de internação. Prolonga-se a expectativa de vida. A bioética avançou por domínios inexplorados, trazendo a fecundação *in vitro*, a clonagem, reprodução humana assistida, a manipulação genética e todas as questões concernentes ao estatuto antropológico do embrião humano. [...]
> As indagações éticas se multiplicam e se diversificam. [...] Para essas questões vitais, a ética não tem qualquer resposta.

Como ilustrou o supracitado autor, muitas foram (e são) as descobertas, contudo muitas são também as indagações acerca do caminho ético a ser percorrido.

As conclusões a que chega Flanklin Leopoldo e Silva (2005, p. 127) são significativas para a compreensão do estágio atual da relação entre o sujeito e a tecnociência:

> As grandes corporações do Hemisfério Norte estão preocupadas em estruturar juridicamente a questão da propriedade intelectual. Não é pelo saber, pelo conhecimento que isso possa trazer, mas pela propriedade industrial que tal conhecimento vai gerar. Nesse sentido, a OMC (Organização Mundial do Comércio) tem cumprido fielmente o seu papel de gerenciadora da exploração. A colonização do virtual, a colonização da vida na dimensão molecular da informação, esses são os passos que o capitalismo dá na direção do futuro. Com isso completa-se e radicaliza-se a destituição do sujeito.
> Esse já viu anulada sua autonomia dos pontos de vista político, social, econômico e cultural. Agora o sujeito está destituído de si mesmo, na estrutura mais íntima da sua própria dimensão vital. O que nos leva a concluir que o avanço da tecnociência é proporcional à regressão ética da consciência que o homem tem de si mesmo, do seu lugar na comunidade humana e da sua relação com o *habitat*.

Como não poderia deixar de ser, também no Brasil as discussões acerca dos avanços tecnológicos fazem parte da pauta de atuação da Bioética, como explicam Maria do Céu Patrão Neves e Mauro Prado (2003, p. 143):

> A temática da pesquisa científica, especialmente em situações que envolvem a participação de seres humanos, está associada à própria gênese da disciplina. No Brasil, representa pólo fundamental de implantação e desenvolvimento da Bioética, como bem demonstra capítulo específico do estudo. No campo da pesquisa, com forte influência dos fundamentos bioéticos, pode-se verificar a importância do sistema brasileiro (Sistema CEP/Conep) de avaliação ética e acompanhamento de investigação envolvendo sujeitos humanos - tanto por seu papel protetor e consideração aos diversos atores (sujeitos, comunidade, pesquisadores, patrocinadores e governo) como pelo estabelecimento de nova mentalidade com relação à pesquisa com seres humanos no país, verificada pela ampla adesão ao sistema e resultados práticos e concretos da ação de suas instâncias.

Faz-se mister perceber, ainda, que os interesses vão, em um processo praticamente natural, condicionando os estudos e, da mesma maneira, os avanços tecnológicos. Para compreender essa afirmação, a proposta é relembrar a queda pela qual a noção de neutralidade vem passando no cenário das pesquisas sobre ciência.

No intuito de demonstrar a proporção da relação entre as sociedades e a conservação do planeta e da espécie humana, segue um exemplo interessante:

> O caso recente do Protocolo de Kyoto revela violência economicista do imediatismo nunca vista. Coisa verdadeiramente insana, de governos e empresas cujo poder não é contestado. Assim, é plausível – e hoje já se fala nisso com tranqüilidade, apesar do paradoxo – a hipótese do puro e simples desaparecimento da espécie humana. Não somente devido à ameaça nuclear ou a acidente nuclear que possam vir a ocorrer, mas de um modo muito regular pela atividade predatória, em estilo *high-tech* (que acelera muito essa atividade predatória), que hoje caracteriza a conduta do homem em relação ao planeta (SILVA, 2005, p. 126-127).

Dentro desse contexto, Roberto Andorno (1998, p. 52) relembra o quão fundamental é pensar o sujeito enquanto pessoa, tendo em vista as biotecnologias e as consequentes incertezas do homem acerca de si mesmo e de seu destino. Explica Roberto Andorno (1998, p. 52): “en el fondo, lo que está en juego en los nuevos dilemas bioéticos, es la esencia misma del hombre como sujeto, que se resiste a la coisificación hacia la cual parece ser empujado”.

Essa noção de coisificação do homem vem sendo bastante discutida. Trata-se de um problema que ganhou vulto com o advento dos avanços da biotecnologia, uma vez que, como explana Andorno, dentro de todo esse processo e desenvolvimento da ciência, o ser humano passa a questionar seu papel – será sujeito ou objeto?

Imerso em todos esses questionamentos apresentados (e diversos outros), o homem procura soluções éticas para conviver e estabelecer um juízo de ponderação acerca do processo de evolução das tecnologias e sua afetação direta – por vezes desconhecida e muito temida – nas gerações futuras.

É vital que não se perca a noção de relevância da diversidade dentro do contexto da humanidade, bem como, por outro lado, se perceba que a Bioética não deve sufocar a individualidade. Trata-se, sobretudo, de uma tentativa de harmonizar a valorização da individualidade dentro da diversidade.

Para tanto, pensando na Bioética voltada para as questões persistentes, que vem avançando em pesquisas no Brasil, o próprio Volnei Garrafa (2005, p. 128-129) cita Paulo Freire, de modo a demonstrar o quão fundamental é a educação no processo de libertação do homem.

Para proteger as gerações futuras muito ainda precisa ser refletivo e promovido – e a educação pode ser uma saída viável para gerar uma cultura de raciocínio acerca do tema, levando as discussões a níveis mais profundos, de maneira a trazer possibilidades de solução para o enfrentamento de tantos problemas éticos que se colocam dentro desse contexto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente artigo, almejou-se demonstrar a possibilidade de uso da educação como veículo de promoção e disseminação da Bioética de maneira mais democrática, contribuindo-se, dessa forma, para a proteção das gerações futuras.

Para tanto, foi apresentada uma retrospectiva histórica da Bioética, com os eventos mais conhecidos e determinantes na formação desse campo de estudo, concluindo-se que, na atualidade, o grande parâmetro e a palavra de ordem é a busca pela *ética* pautando todos os procedimentos médicos – especialmente os que tanta polêmica causam, a exemplo das pesquisas com seres humanos. A Bioética da intervenção ganhou especial destaque nessa explanação, tendo em vista a realidade brasileira e a interação entre suas ideias e a proposta deste texto.

No que tange à educação, foram fornecidos seus contornos e alguns aspectos jurídicos, a fim de situar o processo educacional no âmbito dos direitos sociais, demonstrando sua relevância para a vida em comunidade e para a pessoa, individualmente. A formação ampla do indivíduo foi posta em relevo, evidenciando-se a relevância da educação nesse processo.

Construídas as premissas iniciais, a discussão voltou-se para a possibilidade ou não de proteção das gerações futuras tomando como base a educação em Bioética, tendo em vista sua capacidade multiplicadora, levando a sociedade a pensar acerca dos desenvolvimentos tecnológicos (que nem sempre funcionam como positivos no contexto social) e da sua própria diversidade, totalmente natural, contudo muitas vezes raiz da criação de grandes problemas de cunho ético, chegando ao campo da Bioética.

Temas como ética, tratamento mundial das questões relativas à Bioética (com ênfase na realidade pátria) – a exemplo da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos –, países periféricos e suas realidades, tecnociência, biotecnologia, diversidade cultural, expansão da Bioética para outros ramos do conhecimento e a educação como instrumento de libertação foram discutidos na seção 4 do presente trabalho, buscando perceber a ligação que é possível estabelecer entre os assuntos, em virtude de sua complexidade e relação com a vida humana.

Por tudo quanto exposto, acredita-se que a educação pode, perfeitamente, ser uma grande ferramenta de auxílio no desenvolvimento e expansão de uma conscientização acerca dos temas relacionados à Bioética, com especial atenção para a proteção das gerações futuras.

Para finalizar, vale deixar registrada uma reflexão: “considerando-se que temos hoje nos voltado para a democratização da escola, para a formação da cidadania, direito de todos,

podemos supor que esperamos criar bases para a construção de um mundo onde poderemos nos situar com plenitude" (LOPES, 2002, p. 63).

REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. ***Bioética y Dignidad de la persona***. Versión española del propio autor. Madrid: Tecnos, 1998.

AZEVEDO, Janete M. de Lins. **A educação como política pública**. 3. ed. Campinas, SP: Autores Asociados, 2004.

BARBOZA, Heloísa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética:** aspectos antropológicos e morais. Nelson Souza Canabarro (trad.). Bauru, SP: EDUSC, 1997.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Temas atuais de direitos fundamentais**. 2. ed. Ilhéus: Editus, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2013.

BRASIL. Estatuto do idoso (2003). **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 10 mar. 2013.

CRUZ, Márcio Rojas da; TRINDADE, Etelvino de Souza. Bioética de intervenção – uma proposta epistemológica e uma necessidade para sociedades com grupos sociais vulneráveis. In: **Revista Brasileira de Bioética**, n. 4, vol. 2, p. 483-500, 2006.

D'AVILA, Roberto Luiz. O Conselho Federal de Medicina e o ensino da Ética e da Bioética. In: **Revista Bioética**, n. 2, vol. 11, p. 51-52, jul./dez., 2003. Brasilia: Conselho Federal de Medicina, 2003.

DIGIÁCOMO, Murillo José. Instrumentos jurídicos para a garantia do direito à educação. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). **Direito à educação:** uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é Bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

ESTÊVÃO, José Carlos. **Educação, justiça e democracia:** um estudo sobre as geografias da justiça em educação. São Paulo: Cortez, 2004.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARRAFA, Volnei. Inclusão social no contexto político da Bioética. In: **Revista Brasileira de Bioética**, n. 2, vol. 1, p. 122-132, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Conteúdo material do directo à educação escolar. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). **Direito à educação:** uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

IANNI, Octavio. O cidadão do mundo. In: LOMBARDI, José Claudinei; SAVIANI, Demerval; SANFELICE, José Luís (orgs.). **Capitalismo, trabalho e educação.** 3. ed. Campinas, SP: Autores Asociados, 205.

KOTTOW, Miguel. Bioética y Biopolítica. In: **Revista Brasileira de Bioética**, n. 2, vol. 1, p. 110-121, 2005.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

LOPES, Harry Vieira. Os direitos humanos e o ensino de língua. In: MURRIE, Zuleica de Felice (org.). **O ensino do português:** do primeiro grau à universidade. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2002.

MEIRELES, Ana Cristina. **As normas programáticas de direitos sociais e o direito subjetivo.** Dissertação de Mestrado/UFBa, 2005.

MOREIRA, Orlando Rochadel. **Políticas públicas e direito à educação.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **O direito à educação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NALINI, José Renato. Reflexões sobre a ética médica. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito & Medicina:** aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NAVES, Bruno Torcuato de Oliveira. Introdução ao Biodireito: da zetética à dogmática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NÉRICI, Imídio Giuseppe. **Superação pela educação.** São Paulo: Ibrasa, 1991.

NEVES, Maria do Céu Patrão; PRADO, Mauro. Apresentação do projeto “Origem e evolução da Bioética em Portugal e Brasil: a questão da identidade”. In: **Revista Bioética**, n. 2, vol. 11, p. 139-148, jul./dez., 2003. Brasilia: Conselho Federal de Medicina, 2003.

OSSWALD, Walter. O ensino da Bioética fora do âmbito das facultades de medicina. In: **Revista Bioética**, n. 2, vol. 11, p. 27-31, jul./dez., 2003. Brasilia: Conselho Federal de Medicina, 2003.

ROY, Pierre Toussaint. Um direito inalienable, universal e integral. In: **A EDUCAÇÃO na América Latina**: direito em risco. São Paulo: Cortez, 2006. (Campanha Nacional pelo Direito

à educação).

SARI, Marisa Timm. A organização da educação nacional. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). **Direito à educação:** uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

SEGRE, Marco. Ensino de Bioética lato sensu. In: **Revista Bioética**, n. 2, vol. 11, p. 57-60, jul./dez., 2003. Brasilia: Conselho Federal de Medicina, 2003.

SHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais:** do directo geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Flanklin Leopoldo e. [Visão histórico-conceitual sobre o homem e o meio ambiente]. In: OSELKA, Gabriel Wolf; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de (coords.). **Doente Terminal. Destino de pré-embriões. Clonagem. Meio ambiente.** São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Centro de Bioética, 2005. (Série Cadernos de Bioética).

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito:** a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003.

SIQUEIRA, José Eduardo de. Ensaio sobre a vulnerabilidade humana. In: **Revista Brasileira de Bioética**, n. 2, vol. 2, p. 220-236, 2006.

_____. O ensino da Bioética no curso médico. In: **Revista Bioética**, n. 2, vol. 11, p. 33-42, jul./dez., 2003. Brasilia: Conselho Federal de Medicina, 2003.

SOUZA, Rafael Timm de. Bases filosóficas da Bioética e sua categoria fundamental: visão contemporânea. In: **Revista Bioética**, n. 2, vol. 13, p. 11-30, jul./dez., 2005. Brasilia: Conselho Federal de Medicina, 2006.

TEODORO, António. **Globalização e educação**: políticas educacionais e novos modos de governação. São Paulo: Cortez, 2003.

VIDAL, Susana Maria. Conflicto de interés y políticas públicas. In: **Revista Brasileira de Bioética**, n. 4, vol. 1, p. 386-400, 2005.

ZAOUAL, Hassan. **Globalização e diversidade cultural**. São Paulo: Cortez, 2003.

TRÁFICO DE ÓRGÃOS, PATERNALISMO JURÍDICO E DIREITO À INTEGRIDADE MORAL: A DIGNIDADE HUMANA TEM PREÇO?

TRÁFICO DE ÓRGANOS, PATERNALISMO JURÍDICO Y DERECHO A LA INTEGRIDAD MORAL: ¿LA DIGNIDAD HUMANA TIENE PRECIO?

Gisele Mendes de Carvalho[1]

Karla Jezualdo Cardoso[2]

Resumo: O presente artigo tem por escopo analisar a Lei 9.434/1997, que regulamenta os transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo, especialmente quanto à responsabilidade jurídica pela realização dos mesmos, e alguns pontos polêmicos dessa legislação, relativos à possível legalização do comércio de órgãos humanos. Para tanto, o trabalho faz um conciso esboço sobre os direitos da personalidade, enfatizando o direito à vida e a integridade física, frente ao direito pessoal de disposição ao próprio corpo e seus limites legais, constantes do art. 13 do Código Civil. É apresentado breve delineamento histórico da legislação, especificamente quanto à problemática da legitimidade do consentimento para a doação *post mortem*. O artigo dedica-se ainda a apurar a possibilidade um certo traço de paternalismo jurídico na legislação nacional, que limita o exercício da autonomia pessoal, com vistas à proteção da integridade física. O foco principal é encontrar o fundamento da proibição do tráfico de órgãos, tecidos e partes do corpo humano no Brasil, e se este fundamento pode justificar a atitude paternalista (e, para alguns, moralista) do legislador. Por fim, a análise aos artigos que abrangem as condutas tipificadas na Lei 9.434/97 como crime, demonstra que a intenção do legislador ao incriminar o tráfico de órgãos não foi uma simples proteção paternalista da integridade física, e tampouco a tutela da saúde pública, mas sim o resguardo da própria dignidade humana, concretizada especificamente em um novo e importante direito da personalidade: a integridade moral do ser humano, que ao ser tratado como coisa perde sua própria essência, colocando em risco a dignidade da humanidade como um todo.
Palavras-chave: transplantes de órgãos; tráfico de órgãos; integridade física e moral; consentimento.

Resumen: El presente artículo tiene la finalidad de analizar la Ley 9.434/1997, que reglamenta los trasplantes de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, especialmente en cuanto a la responsabilidad jurídica por la realización de los mismos, y algunos puntos polémicos de esta legislación, relativos a la posible legalización del comercio de órganos humanos. Para ello, el trabajo hace un conciso estudio de los derechos de la personalidad, destacando el derecho a la vida y a la integridad física, ante el derecho personal de disposición del propio cuerpo y sus límites legales, constantes del art. 13 del Código Civil. Se presenta un corto delineamiento histórico de la legislación, específicamente en cuanto a la problemática de la legitimidad del consentimiento para donación *post mortem.* El artículo se dedica asimismo a apurar la posibilidad de un cierto rasgo de paternalismo jurídico en la legislación nacional, que limita el ejercicio de la autonomía personal, con el fin de protección de la integridad física. El principal foco es encontrar el fundamento de la prohibición del tráfico de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano en Brasil, y si este fundamento puede justificar la actuación paternalista (para

[1] Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza, Espanha. Professora da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).
[2] Bacharel em Direito e Mestranda pelo CESUMAR. Advogada. Especialista em Direito Constitucional (IDCC).

algunos, moralista) del legislador. Por fin, el análisis de los artículos que tipifican algunas conductas como crimen demuestra que la intención del legislador al incriminar el tráfico de órganos no ha sido una mera protección paternalista de la integridad física, y tampoco de la salud pública, sino el resguardo de la propia dignidad de la persona, concretada específicamente en un nuevo e importante derecho de la personalidad: la integridad moral del hombre, que al tratarse como cosa pierde su propia esencia, colocándose en riesgo la dignidad de la humanidad en general.
Palabras-clave: trasplantes de órganos; tráfico de órganos; integridad física y moral; consentimiento.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade individual é um dos bens mais preciosos que possui o ser humano. No entanto, constata-se que o direito de disposição do próprio corpo encontra limites quando conflitante com outros direitos da personalidade, que são fundamentais à sua própria subexistência, como a vida e a integridade física, não se olvidando ainda a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF).

Observe-se, porém, que as características de indisponibilidade e intransmissibilidade da integridade física são relativas, posto que o ordenamento jurídico brasileiro, no art. 13 do Código Civil, permite a autolesão nos casos em que não sejam contrários aos bons costumes, e quando a mesma não importar diminuição permanente da integridade física, ou para fins de transplante, conforme legislação vigente.

Destarte, embora o procedimento de transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo[3] seja praticado entre pessoas desde tempos remotos, a sua legalidade é muito recente no País, pois se trata de assunto disciplinado constitucionalmente, conforme o art. 199, § 4º, da Constituição Federal, e é atualmente normatizado pela Lei 9.434 de 1997, que apresenta uma considerável evolução nessa realidade frente às leis que antes trataram deste tema.

Imprescindível a abordagem desse tema, tendo em vista que embora todos busquem uma vida longa, saudável, e a princípio sejam favoráveis à doação de órgãos, escassos são os consentimentos para doação em prol da grande quantidade de pacientes que correm risco de morte, na longa lista única de espera existente no Brasil.

[3] A palavra "transplante" vem do verbo transplantar, que significa transferir órgão, ou porção deste, de um indivíduo morto ou vivo para outro indivíduo. Sua origem vem da junção da preposição latina "trans" (além de, para lá) e "plantare" (plantar, semear). Os *implantes*, por sua vez, são realizados com material não-orgânico (ex., fios sintéticos de cabelo). Os *autotransplantes* são aqueles realizados com partes do próprio corpo (p. ex., pontes de safena), enquanto os *homotransplantes* são feitos entre diferentes pessoas e os *heterotransplantes* (ou *xenotransplantes*) implicam a transferência de órgãos ou tecidos entre o homem e um animal (p. ex., válvulas cardíacas de boi). Vide, a respeito, CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini. Transplante de Órgãos. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). *Legislação penal especial.* São Paulo: RT, 2010, p. 1136-1137.

Com o início das realizações de transplantes de órgãos e tecidos no País e as antigas legislações que pouco normatizavam a respeito, diversos foram os crimes cometidos contra a vida e integridade física da pessoa humana para a remoção e comercialização de órgãos humanos, o que resultou em medo e insegurança da sociedade. Por outro lado, diante da cada vez maior lista de espera, algumas vozes se levantam em prol de um debate a respeito da possibilidade de legalização da compra e venda de órgãos no Brasil[4].

Nesse sentido, resulta importante a elucidação sobre os limites da Lei 9.434/1997, com vistas a aprofundar o conhecimento sobre a nova sistemática de normatização da referida legislação, apresentando suas problemáticas e esclarecimentos sobre a morte encefálica, a validade e legitimidade do consentimento do doador ou de seus familiares, entre outros requisitos de cumprimento obrigatório, que, inclusive, se forem desrespeitados, são tipificados como crime. Mas também necessário se faz questionar se, tendo em conta o respeito à autonomia pessoal, por um lado, e à dignidade humana, por outro, estariam corretos aqueles que defendem uma intervenção mais tímida do legislador nesta seara, com vistas a autorizar o comércio de órgãos no País. Sobre todos esses interessantes pontos tratar-se-á a seguir.

2 OS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O PATERNALISMO JURÍDICO

2.1 Os direitos da personalidade e a tutela jurídica da integridade física

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa desde a sua existência, que objetivam proteger os bens e os valores essenciais do indivíduo, seja no plano físico, moral ou intelectual, resguardando a dignidade da pessoa humana.

Para Antônio Chaves, são características dos direitos da personalidade:

> (serem) direitos originários ou inatos, por se adquirirem pelo simples nascimento; são, em princípio, direitos subjetivos privados, correspondendo aos indivíduos como simples seres humanos; são absolutos ou de exclusão, tendo em vista a sua oponibilidade *erga omnes*; são pessoais, ou melhor, extrapatrimoniais; são intransmissíveis e não suscetíveis de disposição pelo titular. São irrenunciáveis e imprescritíveis[5].

[4] Vide, por exemplo, SCHWARTZMAN, Hélio. Mercado de órgãos. *Folha de S. Paulo.* http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/41535-mercado-de-orgaos.shtml. Acesso em: 8 maio 2012. O argumento, porém, não é recente. Já na década de 70 salientava Jesse DUKEMINIER que a necessidade constante de se contar com uma fonte de tecidos e órgãos para a realização de transplantes constitui um argumento prático em favor da onerosidade (vide Supplying organs for transplantation. *Michigan Law Review,* n. 5, 1970, p. 68-84).

[5] CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 168.

Em análise dessas características, pode-se observar que são direitos ínsitos a pessoa humana, de modo que o próprio titular dos mesmos sofre limitações ao seu exercício, tendo em vista que, salvo os casos previstos em lei, são intransmissíveis, pela impossibilidade de serem deslocados à esfera jurídica de outrem, irrenunciáveis, porque não pode haver renúncia de forma absoluta e irreversível, e indisponíveis, não podendo o seu titular deles dispor (art. 11 do Código Civil).

Em síntese, são direitos fundamentais que o indivíduo tem sobre si mesmo, existindo a partir do nascimento com vida, para só se extinguirem com sua morte, valendo ressaltar que alguns deles são protegidos até mesmo após a morte do seu titular, como ocorre com o direito autoral, o direito à honra e o direito a partes separadas do próprio corpo, entre outros[6].

Dentre todos os direitos personalíssimos, o direito à vida, que tem garantida sua inviolabilidade na Constituição Federal, art. 5º, *caput*, tem importância primordial, por ser essencial ao ser humano, e por dele dependerem todos os demais direitos da personalidade.

Nesse sentido, são ilustrativas são as palavras de Zulmar Fachin:

> A vida, protegida pela Constituição, é a vida humana. Mais do que isso: a vida humana vivida com dignidade. A vida é o bem mais precioso da pessoa humana. Somente quem a tem pode exercer direitos. Logo, o direito á vida é um pressuposto para o exercício dos direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico de um País.[7]

Além do direito à vida digna, também é reconhecido como direito da personalidade o direito à integridade física, sintetizado por Ana Cláudia Pirajá Bandeira do seguinte modo:

> O direito à integridade física decorre do reconhecimento jurídico do interesse que cada indivíduo e a sociedade têm, em princípio, de manter, sem diminuições e alterações, as qualidades inerentes à pessoa. Trata-se de um direito essencial da pessoa, por ser um direito de personalidade. Busca-se a proteção à intangibilidade do sujeito, desde o começo até o término da vida, advindo daí ser o direito à integridade corporal um bem em si, protegido pelo Direito[8].

A integridade física possui todas as características comuns aos direitos da personalidade. No entanto, sua inviolabilidade e indisponibilidade são relativas, pois o ordenamento jurídico, especificamente no art. 13, do Código Civil, salvo por exigência médica, repele as agressões corporais que importarem diminuição permanente da integridade física ou que contrariarem os bons costumes.

---

[6] RODRIGUES, Ivana Bonesi. *Responsabilidade Civil por Danos Causados aos Direitos da Personalidade.* Revista de Direito Privado**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 02, nº 09, p.119-141, jan-mar de 2002.
[7] FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 227.
[8] BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos.* Curitiba: Juruá, 2001, p. 77.

Além dos casos mencionados, este preceito possibilita a disposição do próprio corpo, mesmo que cause diminuição permanente, para fins de transplante entre pessoas vivas, com amparo constitucional no art. 199, §4º, CF, que delega à Lei 9.434/1997 a missão de dispor sobre a remoção de órgãos, tecidos e substâncias do corpo humano para tais fins, exceto quanto ao sangue, óvulo e esperma, que são disciplinados por outros diplomas normativos[9].

A Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos define o transplante como um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão ou tecido de uma pessoa doente (receptor) por outro órgão normal de um doador, morto ou vivo. É um tratamento que pode prolongar a vida com melhor qualidade, ou seja, é uma forma de substituir um problema de saúde incontrolável por outro sobre o qual se tem controle[10].

A tutela dos transplantes leva em consideração a integridade física, a liberdade e a solidariedade humanas[11], por isso permite-se somente a doação por pessoas vivas quando comprovada a indispensabilidade do transplante para o receptor, e, ainda, a doação somente de órgãos duplos (p. ex. rins), parte de órgãos regenerativos (p. ex. fígado) ou tecidos (p. ex. medula óssea, pele), e de partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e desde que não lhe represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável (art. 9º, § 3º, da Lei 9.434/97).

Nas doações *post mortem,* estas devem ser sempre precedidas do diagnóstico de morte encefálica, conceituado pela American Society of Neurobiology como:

> o estado irreversível de cessação de todo o encéfalo e funções neurais, resultante de edema e maciça destruição dos tecidos encefálicos apesar da atividade cardiopulmonar poder ser mantida por avançados sistemas de suporte vital e mecanismos de ventilação. [12]

---

[9] A Lei 10.205/2001 regula a doação de sangue humano, estabelecendo desde o princípio, em seu art. 1º, que "esta Lei dispõe sobre a captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, *vedada a compra, venda ou qualquer outro tipo de comercialização do sangue,* componentes e hemoderivados, em todo o território nacional, seja por pessoas físicas ou jurídicas, em caráter eventual ou permanente, que estejam em desacordo com o ordenamento institucional estabelecido nesta Lei" (grifou-se). A doação de gametas humanos (óvulos e espermatozoides) não possui regulação legislativa, mas é objeto da Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que em seu Capítulo IV, 1, determina que "a doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial".

[10] BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá, op. cit., p. 28.

[11] Do ponto de vista econômico, o custo de um transplante de rim, por exemplo, não chega à metade do valor que um paciente renal gasta anualmente com o seu tratamento. Por outro lado, do ponto de vista da solidariedade, considera-se que a realização de um transplante, indubitavelmente, supera qualquer previsão utilitária, pois o recebimento do órgão pode significar uma garantia de vida para o enfermo, ou aumentar consideravelmente suas expectativas, em detrimento da hemodiálise. Trata-se de uma autêntica reabilitação humana, familiar e social do doente (vide ROMEO CASABONA, Carlos M. *Los trasplantes de órganos.* Barcelona: Bosch, 1979, p. 12).

[12] SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 41.

Com a morte, extinguem-se a personalidade e os direitos a ela realtivos. o termo final da vida humana foi por muito tempo identificado com a cessação das atividades pulmonares e da circulação sanguínea[13]. Todavia, os avanços operados na Medicina, mormente no campo da reanimação, e o desenvolvimento de aparelhos aptos a substituir as funções cardíaca e respiratória (os batimentos cardíacos passaram a ser estimulados e mantidos por marcapassos e a respiração foi substituída pela ventilação mecânica) demonstraram que essas atividades podem ser artificialmente mantidas durante longos períodos, o que levou à necessidade de se abandonar o conceito clássico de morte[14]. Destarte, teve lugar a elaboração do conceito de morte com lastro na extinção das funções cerebrais em sua totalidade (córtex cerebral e encéfalo). A morte encefálica requer a falência completa da atividade daquele órgão central – desse modo, lesões cerebrais, ainda que gravíssimas, como nos casos de inconsciência irreversível ou morte cortical, seriam insuficientes para sua decretação.

A morte encefálica consiste, portanto, na cessação definitiva das funções cerebrais e do tronco do encéfalo, independentemente do fato de que sejam artificialmente mantidas as atividades cardiorrespiratórias. A manutenção artificial das funções vegetativas só se justifica quando se visa conservar órgãos para transplantes e apenas durante o tempo estritamente necessário. Do exposto, ressai que o próprio conceito legal de morte vem a corroborar a qualificação da vida humana como dependente de critérios valorativos, não sendo o corpo

[13] De uma perspectiva histórica, tem-se que a primeira definição clássica dos signos do falecimento se deve a Hipócrates, que na obra intitulada *De morbis*, datada de 500 a.C., descreveu as sucessivas modificações operadas no rosto no período imediato após a morte, expressão que ficou conhecida como *facies hipocratica*. Entre os gregos, a morte era determinada pela parada cardíaca. O cristianismo trouxe a noção de que a morte viria sempre acompanhada pela ausência de respiração – o ser humano morria quando exalava seu último suspiro (pneuma). A primeira definição científica de morte, porém, só vem a lume no século XVII, quando François Bichat (*Recherche sur la vie et la mort*) afirma que o homem está morto no momento em que se verificam, simultaneamente, a cessação dos batimentos cardíacos, a ausência de movimentos respiratórios e a destruição traumática do sistema nervoso central – a denominada trípode de Bichat, na qual as funções vitais do organismo humano são sustentadas pelo coração, pulmão e cérebro. A partir de então, o estudos dos signos da morte foram em grande parte impulsionados pela necessidade de critérios fiáveis que indicassem com precisão o diagnóstico da morte. Na Europa, durante o século XVIII, eram frequentes os casos de enterramentos em vida. Tanto que em 1793, na Alemanha e na Itália, são criadas as chamadas câmaras mortuárias de espera. A partir do século seguinte, a práxis médica e a teoria jurídica cuidaram de assinalar os primeiros parâmetros do momento da morte, que fixavam o desaparecimento das funções circulatória e respiratória de forma definitiva como o sinal inconfundível da inviabilidade de restauração dos sinais vitais. Essa fórmula, que ficou conhecida por "conceito clássico de morte", permaneceu inquestionável até meados da década de 60 (vide SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo, Saraiva, 1992, p.07-09).

[14] O critério decisivo para a substituição do conceito clássico foi o da reversibilidade do processo da morte cardiorrespiratória. Isso porque as diferentes células do corpo humano possuem prazos de reanimação diversos, vale dizer, o período de sobrevivência sem afluxo de sangue oxigenado varia segundo as diferentes espécies de células. Assim, o cérebro morre dentro de três a quatro minutos após a cessação da circulação (à exceção dos neonatos, cujo prazo de sobrevivência é de oito a quinze minutos); outros órgãos, como o fígado, o pulmão, a vesícula, o coração e os rins, resistem ainda de trinta a noventa minutos, enquanto que as córneas falecem em até seis horas. Essa diferença nos prazos de sobrevivência das diversas células faz com que uma reanimação tardia possa restabelecer a circulação e a respiração, enquanto o cérebro remanesce irreparável em todas as suas funções (vide LÜTTGER, Hans. *Medicina y Derecho Penal.* Trad. Enrique Bacigalupo. Madrid, Edersa, 1984, p.97 e ss.).

humano um mero repositório de órgãos e tecidos, uma vez que, ainda que conservadas funções biológicas (respiração e circulação), já não mais existe vida digna de proteção quando verificada a morte encefálica, de modo que a vida humana se afirma como algo mais que um processo puramente biológico.

Viu-se que o sujeito nasce com todos os direitos da personalidade e esses possuem suas características, como é o caso da inviolabilidade a irrenunciabilidade, entre outras. Sanadas as considerações com respeito à personalidade, bem como sobre os direitos à vida digna e à integridade física, em conexão com o instituto dos transplantes de órgãos e tecidos, passa-se a um breve estudo sobre o paternalismo jurídico e sua relação com o respeito à autonomia.

2.2 O paternalismo jurídico e o conflito com a autonomia individual

De modo geral, pode-se destacar como clássica a definição de paternalismo dada por Gerald Dworkin, que o conceitua como:

> a interferência na liberdade de ação de uma pessoa que se justifica por razões referidas ao bem-estar, bem, felicidade, necessidades, interesses ou valores da própria pessoa coagida[15].

Embora a definição de Dworkin sintetize os principais elementos do conceito de paternalismo, isso não exclui a necessidade de se realizar uma análise um pouco mais detalhada dos matizes que caracterizam esse fenômeno.

De modo geral, portanto, é possível afirmar que o paternalismo aparece sempre que se adote uma medida de limitação da autonomia pessoal de alguém com o fim de protegê-lo de um mal, isto é, de algo que o sujeito paternalista considera prejudicial ao sujeito cuja liberdade é limitada, de acordo com o seu próprio ponto de vista. Do ponto de vista da Filosofia moral, o termo "paternalismo" é empregado especialmente com o fim de aludir a uma atuação que opera uma restrição da autonomia dos indivíduos. Contudo, essa limitação da liberdade individual não acontece de forma injustificada, mas fundamenta-se precisamente na promoção do bem-estar do sujeito cuja autonomia é restringida.

Assim, um dos traços principais do paternalismo, e que teoricamente lhe serve de justificação, é o propósito beneficente da medida coercitiva imposta: a intervenção se dá sempre com o fim de proteger o "bem" ou os "interesses" do indivíduo protegido, inclusive quando este "bem" não coincida com o que o próprio indivíduo entenda ser o melhor para si mesmo (p. ex., quando o sujeito pretende vender algum órgão em troca de dinheiro). Daí

[15] DWORKIN, G. Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (Eds.). *Philosophy of Law.* California: Dickenson, 1975, p.175.

porque esse propósito beneficente venha sempre acompanhado de uma limitação da liberdade individual, pois essa intromissão na esfera de liberdade alheia é, muitas vezes, a única forma de garantir a realização desse "bem".

Dentro da concepção de paternalismo, destaca-se que o *moralismo jurídico* é conceituado como a limitação da autonomia individual por parte do Estado com o fim de promover uma determinada concepção moral positiva[16]. Nesse sentido, pode-se identificar o moralismo como uma espécie de "paternalismo moral negativo", pois através dele trata-se de evitar o mal que um sujeito possa causar-se a si mesmo, com a única peculiaridade de que esse dano não é físico, mas sim moral[17].

Se o propósito de evitação de um dano é um dos traços característicos do paternalismo jurídico, cabe agora averiguar que classe de danos é possível evitar através da aplicação de medidas paternalistas. Para responder adequadamente a esta indagação, impõe distinguir entre as intervenções justificadas pelo chamado princípio do dano a terceiros (*harm to others principle*) e aquelas motivadas pela evitação de um dano que o indivíduo possa causar a si mesmo (*harm to self*)[18]. Nesse sentido, insta recordar que o paternalismo consiste essencialmente em adotar medidas com o fim de evitar que o sujeito protegido cause danos a si próprio, e não a terceiros.

No que diz respeito ao conteúdo do princípio do dano a terceiros, vale registrar que as contribuições mais significativas em seu favor, e consequentemente contrárias ao paternalismo, constituem os escritos de John Stuart Mill em sua obra *On liberty* (Sobre a liberdade), de 1859. Na obra, Mill se dedica a investigar a natureza e os limites do poder que pode ser exercido livremente pela sociedade sobre os indivíduos, e nessa trilha proclama que o princípio geral que deve reger de modo absoluto a conduta da coletividade com respeito a cada um dos seus cidadãos é o seguinte: o único fim legítimo que autoriza os homens, individual e coletivamente, a usar da força contra um membro de uma comunidade civilizada é o de impedir que ele prejudique os outros. O bem-estar deste mesmo indivíduo, seja físico ou moral, não é razão suficiente para que a sociedade limite sua liberdade de ação[19]. A consequência deste

[16] Como destaca LAPORTA SAN MIGUEL, o moralismo, em sua vertente jurídica, propõe que as normas jurídicas devem incorporar as pautas de moralidade positiva vigentes em uma determinada sociedade, ou, dito de outro modo, "sugere que o fato de que certas pautas morais sejam assumidas e vividas em uma comunidade constitui razão suficiente para que as normas jurídicas lhes emprestem sua mecânica de coação e as imponham forçosamente" (LAPORTA SAN MIGUEL, Federico. *Entre el Derecho y la Moral.* México: Distribuciones Fontamara, 1993*,* p.48).

[17] Nessa linha, vide, por exemplo, GARZÓN VALDÉS, Enrique. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa.* Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, 1988, p.156.

[18] Sobre essa distinção, vide com maior detalhe FEINBERG, Joel. *Harm to Self* (vol.III da coleção intitulada *The Moral Limits of Criminal Law).* New York: Oxford University Press, 1986, p.22 e ss.

[19] Vide MILL, John Stuart. *Sobre la libertad.* Trad. Josefa Sainz Pulido. Madrid: Aguilar, 1972, p.17.

pensamento é que, em palavras do próprio Mill, "sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano" e que "cada um é o melhor guardião de sua própria saúde, seja ela física, mental ou espiritual"[20].

Contudo, até mesmo a postura antipaternalista de Mill admite algumas exceções. Um importante exemplo oferecido por Mill para justificar em alguns casos as medidas paternalistas é o do contrato de escravidão. De acordo com o filósofo inglês, o compromisso pelo qual uma pessoa concordasse em ser traficada como escrava de outrem seria absolutamente nulo e sem valor, embora representasse manifestação de sua vontade, e ainda que ela pudesse obter vantagens com isso, pelo simples fato de que, ao vender-se como escravo, o homem abdica de sua própria liberdade, destruindo precisamente a razão pela qual lhe era permitido dispor livremente de sua pessoa[21]. Ao firmar um contrato dessa natureza, o indivíduo não só deixará de ser livre, como permanecerá em uma posição que presumivelmente não é de seu agrado, será tratado como coisa, de modo que seu comportamento passará a ser involuntário.

Do exposto, conclui-se que o paternalismo jurídico impõe a proteção do indivíduo contra atos voluntários praticados por ele que teoricamente resultariam em um dano a si mesmo (não do seu ponto de vista, mas sim do ponto de vista de terceiros), cerceando a sua liberdade. Contudo, viu-se também que até o mais radical dos filósofos antipaternalistas estima que ao ser mercantilizado, escravizado, o homem é tratado como coisa e não se poderia aceitar a sua vontade, mesmo que livremente manifestada, de se submeter a um contrato de escravidão. Isso porque ao ser traficado, ele perderia sua própria essência: a dignidade humana, que o faz diferente de todos os demais seres viventes. Mais adiante se verá como essa conclusão tem conexão com a discussão a respeito do comércio de órgãos e tecidos humanos e qual a melhor postura a ser adotada pelo legislador.

3 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E A CELEUMA DA LEGITIMIDADE DO CONSENTIMENTO

A realização de transplantes de órgãos, tecidos ou partes do corpo no campo da Medicina brasileira teve início por volta de 1967, 1968, e se restringe historicamente a poucas legislações, como as revogadas Leis 4.280/1963, 5.479/1968 e 8.489/1992, todas insuficientes, pois apesar de permitirem os transplantes no País, pouco regulamentavam sobre o seu procedimento.

[20] Idem, ibidem, p. 18 e 22.
[21] Idem, ibidem, p. 152.

Com a ascensão do número de transplantes, gritante se tornou a necessidade de uma regulamentação mais detalhada que as anteriores, promulgando-se então a vigente Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que embora tenha lacunas, imperfeições e polêmicas, significou indubitavelmente um avanço na legislação sobre o tema.

A Lei 9.434/1997 sofreu alterações em seu texto original por meio de medidas provisórias e principalmente pela Lei 10.211, de 23 de março de 2001, quanto ao consentimento para a remoção de órgãos *post mortem*, cuja polêmica instaurou-se logo após a promulgação da Lei de 1997, cuja redação original dispunha, no *caput* do art. 4º:

> Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*.

Este dispositivo instituiu o chamado consentimento presumido, visto que se o *de cujus* não fizesse constar em seus documentos de Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação sua opção expressa como "não-doador de órgãos e tecidos", presumia-se o consentimento e a autorização para a retirada de órgãos, sendo irrelevante a opinião dos familiares.

A imposição legal teve efeito contrário à sua finalidade de incentivo à doação, e a visão da doação compulsória de órgãos pela sociedade e seu consequente aumento geraram muita polêmica e reprovabilidade, principalmente pelo medo de o procedimento facilitar o tráfico e o comércio de órgãos sem o consentimento do doador.

A classe médica vivia um autêntico dilema entre a determinação legal e a contrariedade da família. Nesse sentido, expõe Maria de Fátima Freire de Sá:

> [...] a difícil situação do médico e respectiva equipe [...] posto que uma vez constatada a morte encefálica do paciente nada poderia impedir o procedimento determinado pela Lei (isto se analisarmos, repita-se, o art. 4º apenas quanto à sua redação inicial), no sentido de que fossem notificadas as centrais de notificações [...]. A verdade é que o profissional enfrentou problemas de ética e de consciência, com a Lei de doação presumida. Não lhe seria suficiente invocar o Código de Ética Médica, precisamente seu art. 28, que permite ao profissional da medicina "recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos pela lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência" porque, em face ao sistema de hierarquia, o Código de Ética é ato administrativo normativo, inferior à lei, pelo que deve ser interpretado de acordo com ela, jamais em contrário". [22]

Em análise do contexto fático e legal, restava injustificado o desrespeito à legislação, tanto pelo Código de Ética ser hierarquicamente inferior à Lei 9.434/97, quanto pelo fato de

[22] SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos incluindo o estudo da Lei nº. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº. 10.211/01*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 63.

que a notificação da existência de paciente com diagnóstico de morte encefálica às centrais de notificação e remoção de órgãos tratava-se de ato meramente administrativo, que poderia ser realizado por qualquer funcionário do estabelecimento de saúde.

Em consonância com o exposto, o próprio Código de Ética Médica da época (Res. 1246/88 do CFM), em seu art. 43, vedava ao médico deixar de cumprir legislação específica, nos casos de transplante de órgãos, ou seja, esse descumprimento tratava-se de conduta antiética, e consequentemente feria o direito à vida daqueles que receberiam os órgãos, que, por omissão do médico, seriam descartados por um problema de ética e consciência pessoal.

Registre-se, ainda, que a citada Lei não obrigava o médico a realizar a remoção de órgãos do paciente, pois essa determinação poderia ser considerada arbitrária e contrária aos seus princípios éticos e morais; no entanto, a remoção era realizada por equipes especializadas e autorizadas pelo Ministério da Saúde, nas quais os médicos que a compõem, ingressavam facultativamente por meio de pedido de autorização.

Em uma tentativa de amenizar a desaprovação social ao consentimento presumido, foi acrescentado ao artigo 4º o parágrafo 6º, por meio da Medida Provisória nº 1.718/1998, determinando que "na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção".

A alteração possibilitava que a família se manifestasse contrariamente à remoção dos órgãos se o *de cujus* não houvesse se manifestado, mas se a família silenciasse, em tempo falhamente não regulamentado, novamente presumia-se a concordância pela doação e surgiam dúvidas quanto ao consentimento dos entes familiares (se havia uma ordem de preferência ou se o consentimento de todos deveria ter igual valor).

Na sequência, o art. 4º foi revogado pela Medida Provisória 1.959-27, que em 24 de outubro de 2000 eliminou de vez a figura do consentimento presumido, preceituando que a disposição *post mortem* "dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte".

A nova redação teve por consequência a revogação da validade de manifestação de vontade do *de cujus*, inclusive em seus documentos pessoais, e condicionou a remoção de órgãos *post mortem* ao consentimento expresso familiar, de qualquer um dos parentes ou dos cônjuges.

A Medida Provisória foi finalmente convertida na Lei 10.211/2001, que novamente alterou o art. 4º da Lei 9.434/97, sendo nela inserido o vigente dispositivo:

> Art. 4º. 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.

Cumpre destacar, neste passo, que a redação tanto do texto anterior, quanto na imposta pela Lei 10.211/2001, deixou de prever e regulamentar o direito de manifestação de vontade em vida pelo próprio *de cujus* sobre a própria doação de seus órgãos, desrespeitando sua liberdade individual e seu direito de dispor do próprio corpo, que ficou a cargo exclusivamente de seus familiares.

O Brasil adota, assim, o sistema do consentimento familiar. São, portanto, três os principais sistemas a respeito do consentimento nos transplantes *post mortem*[23]: 1) o da vontade expressa do *de cujus,* pelo qual qualquer manifestação de vontade do doador em vida deve ser levada em consideração pela equipe médica, ainda que a família pense de forma diversa. Por este sistema, a vontade dos familiares só é levada em conta se não houver nenhum indício do que queria o falecido em vida. É o sistema adotado em diversos países europeus (Itália, Alemanha, Holanda, Noruega, Suíça, Irlanda e Reino Unido) e no Japão; 2) o da prevalência do consentimento dos familiares, pelo qual, ainda que o *de cujus* houvesse manifestado sua opinião em vida, quem tem a palavra final é sempre um parente próximo, em linha de sucessão definida pelo legislador, com vistas a evitar os possíveis conflitos de opinião. Por este sistema, adotado em princípio no Brasil, os familiares podem se opor expressamente à extração dos órgãos, ainda que o falecido tivesse deixado constância de sua vontade de doar durante a vida[24]; e 3) falta de oposição do *de cujus* ou de seus familiares (consentimento presumido): é o sistema adotado inicialmente pela Lei 9.434/97, que instituiu a doação compulsória de órgãos e tecidos do corpo humano, em não havendo oposição expressa do falecido ou de seus representantes legais, mas que foi ulteriormente alterado pela Lei 10.211/2001[25]. A Espanha, campeã mundial de transplantes de órgãos, abraça este sistema, assim como a França, a Bélgica, Grécia, Portugal e Suécia.

---

[23] Vide, a respeito, ROMEO CASABONA, Carlos M., op. cit., p. 71-72.

[24] Para ROMEO CASABONA, "a sociedade delega, em algumas ocasiões, aos familiares a tutela dos interesses do defunto, como representantes máximos da sua vontade. Contudo, frequentemente, a decisão dos familiares não corresponde ao respeito aos supostos interesses do defunto em vida, mas sim aos seus próprios interesses. De fato, muitas vezes chegam a considerar que possuem sobre o corpo do defunto um autêntico direito de propriedade, negando-se, sem mais, talvez pelos sentimentos de dor originados pela perda do ente querido, a toda e qualquer uso do cadáver, sem procurar buscar a verdadeira intenção do falecido. Por essa razão, e porque a sociedade está, sim, mudando, deve-se prescindir, em princípio, da intervenção dos familiares (...). De qualquer modo, *deve-se recordar que a saúde ou a vida de uma pessoa é mais importante que a dignidade de um cadáver, a qual é, em todo caso, respeitada*" (grifou-se) (op. cit., 76).

[25] Segundo ROMEO CASABONA, este último sistema demonstra uma clara tendência a reconhecer a função social do cadáver (op. cit., p.72).

Na opinião de Anderson Schreiber,

> é evidente o retrocesso. Exigir autorização do cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, é impor burocracia que dificulta ao extremo a via já tormentosa do transplante *post mortem.* Pior: como restou vetado o parágrafo único, que dispensava a autorização dos familiares para a retirada dos órgãos diante de registro feito em vida pelo próprio falecido, a nova redação criada pela Lei 10.211 tem sido interpretada no sentido de que o aval da família se faz necessário mesmo nos casos em que o morto tenha deixado expressa autorização para o transplante[26].

Esse autor esclarece, ainda, que semelhante interpretação implicaria um grave atentado ao valor constitucional da dignidade humana, na medida em que subordina a autonomia corporal do indivíduo à vontade de terceiros, atribuindo aos parentes um inusitado "direito sobre o corpo alheio"[27]. Seria uma injustificável e intolerável mostra de paternalismo jurídico presente em nossa legislação. No entanto, a melhor interpretação, segundo o mesmo autor, é no sentido de que o respeito à vontade do falecido está expressamente garantido no art. 14 do Código Civil, que permite a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com finalidade científica e fins altruísticos, ou seja, a qualquer pessoa é garantido dispor gratuitamente de seus órgãos, para fins de transplante, em prol de salvar vidas.

Bem interpretado, portanto, o art. 14 do Código Civil revela-se utilíssimo, pois como esta norma é posterior à Lei 9.434/97, e também à própria Lei 10.211/2001, permite uma construção mais compatível com os valores constitucionais, tais como o respeito à autonomia individual e à dignidade humana[28].

Assim, o art. 4º da Lei 9.434/97 passa a ter sua incidência limitada aos casos em que, não tendo havido manifestação de vontade em vida do doador, serão então os familiares chamados a decidir a respeito do destino dos órgãos do *de cujus.*

Nesse sentido, leciona Maria Celeste Cordeiro Leite Santos:

> que toda pessoa viva, como sujeito de direitos, pode dispor em vida do destino do seu cadáver, no exercício legítimo de um direito da personalidade, estabelecendo as condições de sepultamento, embalsamento, proteção e incolumidade, já que a proteção da personalidade não reside só na pessoa viva, por reverência e respeito, mas no reconhecimento da dignidade humana. Trata-se de ato de disposição de última vontade[29].

Assim, embora a personalidade cesse com a morte, da mesma forma que a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, também resguarda os direitos *post mortem,* haja

[26] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade.* São Paulo: Atlas, 2011, p. 47.
[27] Idem, ibidem, p. 47.
[28] Idem, ibidem, p. 48. O autor lembra ainda que o Código "poderia ter remetido à legislação especial, mas não o fez. Pode-se concluir, portanto, que avocou para si o tratamento da matéria".
[29] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de órgãos e eutanásia.* São Paulo: Saraiva, 1992, p. 176-177.

vista que a manifestação do doador foi realizada em vida, enquanto sujeito de direitos, e após a morte apenas prolonga-se a efetivação dos efeitos dos direitos.

Nessa trilha, foi aprovado na IV Jornada de Direito Civil, o enunciado nº 277 do Conselho de Justiça Federal que:

> "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[30].

Não há previsão de requisitos formais para a expressão de vontade do doador, o que permite considerar que qualquer forma de manifestação de vontade é permitida (verbal, escrita, etc.)[31].

Nessa linha de análise, as revogadas disposições de vontade de documentos pessoais seriam muito eficazes por sua facilidade na visualização da vontade do doador, diferentemente de um testamento, em que muitas vezes sequer se conhece a sua existência.

Além do mais, a praticidade e a rapidez na informação sobre o consentimento do doador são de fundamental importância, tendo em vista que o procedimento de remoção deve ser realizado de forma urgente, devido à rápida deterioração dos órgãos, impossibilitando-se assim o transplante.

Extensivamente, pode-se admitir até mesmo a manifestação verbal do doador, em caráter de exceção, comprovada mediante prova testemunhal[32]. A guisa de exemplo, pode-se citar um paciente que no seu leito de morte, em uma das frases de última vontade, manifesta-se para a família e os médicos no sentido da possibilidade de doação de seus órgãos.

Nos casos em que compete à família a decisão da doação, há outras problemáticas já existentes na Medida Provisória, pois esta não estabelecia uma ordem, simplesmente previa que quaisquer uns dos parentes maiores, até o segundo grau, ou o cônjuge, poderiam autorizar a remoção de órgãos, não regulamentando uma ordem, ou dirimindo os casos de divergência de entendimentos entre os entes familiares.

Como se pode observar, na redação atual, foram retiradas as palavras "qualquer um de seus parentes" e redigida sistematicamente uma relação preferencial, de modo que o primeiro legitimado é sempre o cônjuge, e, na falta deste, serão os demais parentes, obedecida a ordem sucessória, a qual remete ao art. 1.829 do Código Civil, ou seja, primeiramente os

[30] Portal da Justiça Federal: http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf. Acesso em: 20 set. 2011.
[31] SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 49.
[32] Vide, nesse sentido, ROMEO CASABONA, Carlos M., op. cit., p. 73.

descendentes, depois os ascendentes, após, os colaterais de 1º grau, e, por fim, os colaterais de 2º grau.

Este é também o entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá[33], afirmando que a Lei 10.211/2001 modificou o art. 4º da Lei 9.434/97, e determinou ordem de prelação em relação à manifestação da família.

Cumpre salientar que da mesma forma que a Lei legitimou o cônjuge como o primeiro a decidir sobre a doação, deve-se considerar analogicamente o companheiro, reconhecido constitucionalmente como entidade familiar, conforme o art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, proferiu acórdão o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

> [...] 2- As partes do corpo integram a personalidade humana, portanto caracterizadas como coisa *extra commercium* sendo vedado ato de disposição oneroso (art. 199, § 4º, CF, art. 1º, da Lei 9.434/97), admitindo-se a disposição gratuita para fins terapêuticos que não cause prejuízo ao titular do direito. 3- A nova redação do art. 4º, da Lei 9.434/97 alterou a regra que permitia a chamada doação presumida, assim a Lei 10.211/2001 passou a exigir a autorização expressa do cônjuge, companheiro ou parente próximo, se não houve doação em vida pelo titular. [...] (200351010278010 RJ 2003.51.01.027801-0, Relator: Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFACIO COSTA, Data de Julgamento: 20/04/2010, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data:30/04/2010 - Página:351/352). [34]

Inadequado seria esquecer também que a nova redação do art. 4º confirmou a ilegitimidade dos menores de 18 anos para deliberar quanto à autorização dos transplantes, redação um tanto quanto redundante, posto que o juridicamente incapaz, tanto pela menoridade, quanto pelas demais situações de incapacidade civil, não tem discernimento para decidir sobre a disposição de órgãos, conforme a própria Lei delimita em seu texto. Trata-se, porém, de uma manifestação aceitável do paternalismo jurídico, já que teoricamente são os responsáveis legais os que melhor decidem sobre o interesse do menor ou incapaz.

Nos casos em que na linha sucessória haja mais de um parente na mesma classe, com opiniões divergentes, como, por exemplo, filhos (descendentes) e pais (ascendentes), embora a Lei 9.034/97 não tenha exemplificado claramente essa hipótese, levando em consideração a igualdade de direitos, tanto previstos constitucionalmente, quanto nas sucessões, acredita-se que se faça necessário o respeito à negativa, que preserva a integridade física do doador.

Nesse mesmo sentido, é a interpretação de Guilherme de Souza Nucci :

> Não havendo cônjuge ou companheiro (a), busca um parente próximo. Não há necessidade de consenso, o que tornará um dilema, não solucionado pela lei,

[33] SÁ, Maria de Fátima Freire, op. cit. p. 61-62.

[34] Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9203300/apelacao-reexame-necessario-apelreex-00351010278010-rj-20035101027801-0-trf2 Acesso em: 22 set. 2011.

> quando dois filhos, maiores e capazes, entrarem em choque. Um deles autoriza remoção e o outro nega. Pensamos que outra solução não poderá haver, infelizmente, senão negar a remoção. Em igualdade de condições, deve prevalecer a voz de quem não deseja a remoção, visto ser o lucro o bem jurídico tutelado.[35]

A esse respeito, importante lembrar que a legislação envolve direitos conflitantes, de um lado a liberdade individual, e de outro o interesse coletivo, que impõe a tutela do Estado em detrimento da autonomia pessoal, conforme os ensinamentos de Francisco Amaral:

> No caso da lei dos transplantes, seu objetivo é harmonizar interesses, aparentemente contraditórios, o *interesse coletivo*, do desenvolvimento científico e da solidariedade social, que se traduz na possibilidade de aproveitamento do corpo humano, vivo ou morto para fins de transplantes ou tratamento, e o *interesse individual* no tocante ao direito à vida e à integridade física da pessoa, componentes do seu direito geral. [36]

Razoável seria a alteração do art. 4º, para maiores esclarecimentos com vistas a sanar as dúvidas a respeito da legitimidade do consentimento, e ainda prever o respeito à vontade do *de cujus* quanto à sua manifestação em vida, regulamentando abertamente essa possibilidade de expressão, de modo a facilitar formas escritas e até mesmo exceções na forma verbal, e na ausência de manifestação, continuar valendo o consentimento do ente familiar.

4 A VEDAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ÓRGÃOS, TECIDOS E PARTES DO CORPO HUMANO

O tráfico de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano é crime no Brasil. Sejam os mesmos extraídos *post mortem* ou *ex vivo,* não se autoriza, no esteio do disposto no art. 199, § 4º da Constituição Federal, a compra e venda de órgãos e tecidos humanos ou a obtenção de qualquer vantagem em troca da doação dos mesmos. A responsabilidade penal prevista nos art.s 14 a 20 da Lei 9.434/1997 é uma de suas principais inovações, pois a mesma prevê sete tipos penais específicos ao desrespeito aos seus preceitos, que, apesar da pequena quantidade de dispositivos, são muito abrangentes e possuem diversas normas penais em branco, que exige a compreensão de toda lei e até mesmo de outros textos legais.

A vedação constitucional à comercialização de órgãos é fundamento basilar da Lei de transplantes, ratificando-o em seu primeiro artigo, onde se impõe que todas as disposições de

[35] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1213.
[36] AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução.* 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 261.

órgãos, para serem legalmente realizadas, devem ter natureza gratuita, além da observância de todos seus preceitos legais.

É importante frisar que a comercialização "cuida-se, portanto, de um negócio, visando-se lucro, o que confere um indevido caráter mercantilista a uma ação idealmente vista como solidária e fraterna".[37]

Nesse diapasão, consolidando a finalidade altruísta e beneficente da Lei, protegendo a saúde pública e a sociedade, e a fim de evitar a comercialização e tráfico de órgãos[38], há em seu art. 15 a tipificação das seguintes condutas:

> Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:
> Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Além da reprovabilidade da conduta lucrativa de qualquer pessoa que, dolosamente, comercialize ilegalmente órgãos, tecidos ou partes do corpo, há também a punição daquele que, de forma direta ou indireta, colabore com a transação, ou até mesmo aquele que tenha qualquer tipo de vantagem com a ação criminosa (p. ex., a troca de órgãos entre dois indivíduos[39]).

Ao preceituar como conduta criminosa a atuação daquele que "aufere qualquer vantagem com a transação", pode-se identificar a possibilidade do próprio receptor ser o sujeito ativo no crime, pois obterá diretamente uma vantagem com a transação, o recebimento do órgão, e de forma indireta, estaria tendo ilegalmente uma prerrogativa na fila única de espera dos transplantes de órgãos no Brasil.

Torna-se uma conduta razoável a se exigir tendo em vista que todos os pacientes que compõe a fila única de espera estão em risco de morte, em virtude da fragilidade de sua saúde, e ainda a própria política da lista, que tem por fundamento o atendimento daqueles que estão em situação mais grave primeiro, além de requisitos como compatibilidade, tipo sanguíneo e peso, analisados entre doador e receptor.

Embora não seja em princípio cabível a excludente de ilicitude do estado de necessidade (art. 24 do Código Penal), nada impede que o magistrado leve em consideração a situação fática, aplicando uma pena mais branda nesses casos, ou, até mesmo, deixando de considerar criminosa a conduta[40].

---

[37] NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 1221.
[38] CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini, op. cit., p. 1146; fala na necessidade de proteção ao direito à vida (de terceiros, supõe-se) ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial.* 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 620.
[39] CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini, op. cit., p. 1145.
[40] Vide, nesse sentido, ANDREUCCI, Ricardo Antonio, op. cit., p. 621, para quem "em situação de evidente perigo atual, lança-se (por si ou por terceiro) no 'mercado negro' e adquire ilicitamente o órgão de que

A comercialização de órgãos no mercado negro, a corrupção, a fragilidade do sistema judiciário causam em muitas pessoas a desconfiança, o medo e a incredibilidade no procedimento, o que resulta em diversos pacientes na fila de espera frente ao desperdício de órgãos, no momento em que a família não consente na doação, ou até mesmo a falta de estrutura do Estado para coletá-los.

Para haver mudanças nesse quadro, diversas são as modificações necessárias, principalmente na conscientização da população da importância e da falta que faz cada órgão dissipado. Para isso, cabe ao Estado a realização de campanhas, para que a sociedade tenha segurança e transparência nos procedimentos para a realização de transplantes, campanhas estas que devem ser realizadas periodicamente por órgãos do governo, do Sistema Único se Saúde, por meios adequados de comunicação social, conforme regulamenta o art. 11 da própria Lei 9.434/97[41].

Nesse sentido, esclarece Matilde Carone Slaibi Conti que[42]:

> A construção de uma cultura de doação de órgãos depende da organização conjunta de ações governamentais, órgãos de classe, associações de pacientes, imprensa e da sociedade organizada, entendendo o transplante de órgãos como um ato que se inicia na sociedade, na forma de doação, e retorna a ela como qualidade de vida que o transplante proporciona.

É também vedada a utilização dos meios de comunicação social de anúncio por estabelecimentos que desempenham essas atividades, para se promover, fazer propaganda da estrutura institucional, pois o meio de comunicação acabar sendo um veículo de competição entre esses estabelecimentos. E ainda, proíbe-se o apelo público para arrecadar fundos para o transplante em prol de particulares ou para doação à pessoa determinada, neste caso justificado em razão da obediência à fila única de transplantes. A realização de publicação de anúncio ou apelo público, em forma adversa ao disposto no art. 11, caracteriza crime previsto no art. 20, com a penalidade de multa, de 100 a 200 dias-multa.

Tendo em vista a relevância do dispositivo, que tem por objetivo inibir a utilização dos meios de comunicação, como classificados ilegais para publicidade e transação na doação de órgãos, tem-se mais uma sistemática da Lei para impedir a comercialização e valorizar a lista única de espera, a doutrina salienta que a penalidade para essas condutas é branda.

---

necessitava, possibilitando o transplante e salvando sua própria vida. Evidente o estado de necessidade. *Não seria exigível que aguardasse a morte para não violar bem jurídico alheio*" (grifou-se).

[41] Informa-se que, em 2001, foi lançada uma campanha do Ministério da Saúde, em parceria com uma emissora de televisão, para cadastramento de doadores de medula óssea, tendo sido espantoso o resultado: um aumento de 7.803 para 28.127 voluntários cadastrados em apenas um ano (CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini, op. cit., p. 1147, nota 98).

[42] CONTI, Matilde Carone Slaibi. Transplante de Medula Óssea – Aspectos Jurídicos dos Transplantes. *Revista Jurídica.* Porto Alegre, ano 55, nº 352, fev. 2007, p. 116.

Entretanto, nos casos de apelo público para arrecadar fundos para transplante, importante a interpretação de Alaércio Cardoso, para quem, desde que arrecadação não objetive o enriquecimento, sendo apenas valores necessários ao tratamento, e o que sobejar do valor arrecadado seja encaminhado em prol de outras pessoas com a mesma necessidade:

> Esta campanha para arrecadação de recursos é permitida, porém, sem a utilização de meios de comunicação social. A rigor, não se justifica a proibição porque não há repulsa social alguma a essa finalidade, que até estimula a solidariedade humana e, além do mais, se há custos, e se esses custos são elevados, não podendo o doente ou sua família arcar com os mesmos, e se o Estado não oferece alternativa, que mal existe em uma pessoa, seus familiares e amigos, formularem apelo público, até mesmo pelos meios de comunicação, objetivando a arrecadação de recursos necessários?[43]

A remoção de órgãos para fins terapêuticos ou para transplante pode ser realizada por pessoa viva ou *post mortem*, em ambos os casos são determinados requisitos a serem obedecidos na Lei 9.434/1997.

Na disposição *post mortem*, para haver possibilidade de remoção de órgãos, como já destacado, deve ser diagnosticada a morte encefálica, e esta comprovação deve ser constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, ou ainda, se a família assim o exigir, a presença de médico de sua confiança, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por Resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução 1.480/1997).

Aquele que remover órgão, tecido ou partes do corpo, em desacordo aos procedimentos referentes à remoção, incidirá no crime previsto no art. 14, *caput*:

> Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:
> Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

O tipo penal em questão demonstra claramente a permissão da remoção de órgãos para fins de transplante desde que seja feita em conformidade com os seus dispositivos, posto que a remoção em conduta adversa na forma dolosa se torna ilícita, ao agredir a incolumidade pública, especificamente a saúde pública e integridade física da pessoa humana.

O § 1º do art. 14 qualifica a conduta cometida no *caput* quando esta for realizada mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe, com pena de reclusão, de três a oito anos, e multa. Trata-se, aqui, do tráfico de órgãos cometido sem a autorização do pretenso "doador", em tudo reprovável, já que viola a autonomia pessoal visando apenas o lucro. Mais grave ainda seria o ato de provocar a morte do paciente com o fim de extrair os

[43] CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 333.

órgãos para comercialização, fato que caracteriza homicídio qualificado cometido por motivo torpe (art. 121, §2º, I, do Código Penal), tal como o ocorrido em um hospital de Taubaté (SP), na década de 80[44].

Embora proibido no Brasil, o comércio de órgãos e outros derivados do corpo humano é admissível em países como os Estados Unidos, onde a doação de sangue é remunerada[45], e onde recentemente um tribunal decidiu, em demanda movida por um grupo de pacientes com câncer contra a legislação de 1984 que proíbe a compra e venda de órgãos e tecidos humanos, incluindo a medula óssea, que a quantia de três mil dólares é uma recompensa justa a ser paga pelo doador disposto a se livrar da fila de espera. O argumento utilizado pelo magistrado foi o de que o avanço na técnica de extração do material para transplante de medula transformou o procedimento em algo tão simples como a doação de sangue. Ao invés da punção na espinha, o novo mecanismo extrai as células hematopoiéticas diretamente do sangue, em um processo semelhante à hemodiálise, denominado aférese. Quando extraídas dessa forma, para tratamento da leucemia e de linfomas, o juiz norte-americano estimou que as células hematopoiéticas podem ser vendidas livremente[46].

A liberação da compra e venda aparece, assim, como uma solução para a escassez de órgãos no mercado e para a diminuição do perigoso mercado negro, que movimenta bilhões de dólares por ano[47]. Reduziria ainda o tempo médio de espera por um órgão na fila única, que no caso da medula óssea, no Brasil, costuma ser de seis meses, sendo o número de pacientes na

[44] Segundo a acusação, os médicos falsificaram prontuários de pacientes vivos, informando que estavam com morte encefálica para convencer suas famílias a autorizar a retirada dos órgãos para doação, de acordo com a denúncia. A acusação da Promotoria contra os médicos se baseou somente no homicídio doloso. Segundo o promotor Friggi de Carvalho, laudos do Instituto Médico-Legal (IML), da Polícia Técnico Científica e do Cremesp concluíram que os pacientes não estavam mortos antes da retirada dos rins. Durante o processo, testemunhas relataram que até uma espécie de "médium" foi apresentado pelos médicos aos parentes para dizer que havia entrado em contato com o suposto morto no plano espiritual e ele havia pedido para os familiares autorizarem a doação (vide http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/10/medicos-sao-condenados-por-retirar-orgaos-de-pacientes-vivos-em-sp.html. Acesso em: 11 fev. 2013).

[45] Nos países latino-americanos, contudo, a tese da gratuidade tem prevalecido de modo geral. No México, porém, o Código Sanitário de 1973 assinala no art. 206 que o sangue pode obter-se de voluntários que o proporcionem gratuitamente ou de provedores autorizados que o façam mediante retribuição.

[46] Vide a reportagem "Medula óssea a preço de mercado?". *Revista Veja*. São Paulo: Abril, 18 jul. 2012, p. 100.

[47] Segundo dados recentemente publicados pela UNODC (*Expert Group Meeting on Trafficking in Organs*), os órgãos mais procurados no mercado negro do tráfico são os rins e o fígado. Estes números têm crescido consideravelmente com o aumento da demanda por transplantes de doador vivo, em razão do incremento significativo entre as taxas de pacientes com doença renal crônica e de doação de órgãos de doadores falecidos. O mesmo grupo denuncia ainda que cerca de 10% dos transplantes no mundo envolvem órgãos traficados, e que não existe qualquer chance de doadores suficientes para a crescente demanda de doados necessitados (vide www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/egm-vienna-organ-trafficking.html. Acesso em: 11 fev. 2013). No Brasil, sob o pretexto de doações, anunciam-se em jornais rins a preços oscilantes entre 10 e 20 mil dólares, segundo denúncia de BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo.* Brasília: UnB, 1996, p. 38-39 e 84-89). Em 1986, delatava-se que até mesmo presidiários se valiam de tais anúncios para obter lucro (vide PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética.* São Paulo: Loyola, 1994, p. 271).

fila superior a mil. A lógica por trás da legalização do tráfico seria a de que, se um médico e sua equipe podem ser remunerados quando faz, por exemplo, uma sofisticada inseminação artificial, por que o doador deve ser excluído dos lucros?[48] A lista pública seria mantida, mas os que quisessem pagar pelo órgão ou tecido o teria de forma mais rápida e segura, em um procedimento cujo principal objetivo seria salvar vidas.

Contra o sistema norte-americano de venda do sangue, o sociólogo britânico Richard Titmuss escreveu, já em 1970, a obra intitulada "A relação de doação" (*The Gift Relationschip*), em que compara o sistema gratuito de doações de seu país com o vigente nos EUA, argumentando que a comercialização de sangue humano termina sendo mais desvantajosa, pois o sistema leva a escassez crônica, desperdício de sangue, custos mais altos e maior risco de contaminação[49]. Mas o principal argumento utilizado pelo sociólogo contra a compra e venda de sangue humano é que o mercado de sangue explora os pobres, pois os bancos de sangue nos EUA recrutam boa parte de seus doadores entre moradores de bairros pobres e favelas da periferia[50]. Outra objeção apresentada por Titmuss é a de que transformar o sangue em mercadoria corrói o sentimento altruísta que envolve a doação, o que acaba afastando uma boa parte dos doadores voluntários[51]. E alerta ainda para o fato de que o declínio do altruísmo nessa esfera das atividades humanas seja acompanhado de alterações semelhantes em outras esferas dos relacionamentos[52].

Certamente, ao se pensar em tráfico de órgãos e tecidos humanos, o primeiro que se imagina é que apenas os mais humildes e necessitados terminariam se submetendo ao

---

[48] O questionamento é de SCHWARTZMAN, Hélio, op. cit. Na doutrina, posicionam-se há tempos de forma francamente favorável à legalização do comércio de órgãos humanos, por exemplo, na Espanha, REYES MONTERREAL, José María. Problemática jurídica de los trasplantes de órganos. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1969, p. 409; RUIZ VADILLO, Enrique. El transplante de órganos y el ordenamiento jurídico español. *Boletín Informe del Ministerio de Justicia,* n. 777, 1968, p. 10; na Alemanha, vide BUBNOFF, E. Rechtsfrangen zur homologen Organontrasplantation aus der Sicht des Strafrechts. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1968, p. 67.

[49] Vide TITMUSS, Richard M. *The Gift Relationship: from human blood to social policy.* Nova York: Pantheon, 1971, p. 231-232 *apud* SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado.* Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 121-122.

[50] Idem, ibidem, p. 134-135 e 277, *apud* SENDEL, Michael J., op. cit., p. 122. Em sentido parecido, salienta Antonio Chaves a respeito do sistema norte-americano que "os que vendem seu sangue são exatamente os mais pobres e mais carentes. Por conseguinte, os mais vulneráveis a doenças, o que vale dizer transmissores em potencial. Quando o fazem ignoram que estão retirando proteína de suas veias, ou seja, sangue, em troca de algum dinheiro que lhes permita comprar proteína oral, isto é, comida. É um círculo vicioso" (*Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes.* São Paulo: RT, 1994, p. 178-179). Em idêntico sentido, vide CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini, op. cit., p. 1136. De fato, pesquisas feitas em 1996 atestavam que a compra e venda de órgãos na Índia já havia alcançado níveis tais que a maior parte da população indigente do país já havia sido privada de um rim (BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei, op. cit., p. 95).

[51] Como observa Sendel, em comentário à obra de Titmuss, "a partir do momento em que começam a encarar o sangue como uma mercadoria normalmente vendida e comprada, as pessoas sentem-se menos inclinadas a uma responsabilidade moral pela doação", pois "a generalizada compra e venda de sangue desmoraliza a prática da doação gratuita" (op. cit., p. 122).

[52] Idem, ibidem, p. 224, *apud* SENDEL, Michael J., op. cit., p. 122.

procedimento de extração mediante pagamento, pois não haveria porque alguém sem estas mesmas necessidades colocar-se em semelhante risco para a própria vida ou saúde[53]. Nesse sentido, a própria vulnerabilidade dos doadores seria um forte indício de que um certo grau de paternalismo deveria ser aceito, com o fim de proteger a própria dignidade – e mais, a autonomia – de tais "doadores"[54]. Mas contra essa objeção de que apenas as pessoas com dificuldades econômicas entrariam nesse negócio, já que seria praticamente compelidas a venderem uma parte de si mesmas, argumenta-se que muita gente passa por constrangimentos financeiros, mas nem por isso toma, hoje, a decisão de se prostituir ou de vender uma parte do próprio corpo. Cada um seguiria sendo dono da própria moral, ou, em outras palavras, das condições de exercício da própria autonomia[55].

5 A PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE MORAL E A VEDAÇÃO DA COISIFICAÇÃO DO CORPO HUMANO

Conforme já salientado, a doutrina majoritária costuma apontar na vedação ao tráfico de órgãos, tecidos e partes do corpo humano uma necessidade de proteção tanto de interesses individuais (a integridade física, como direito extrapatrimonial da personalidade) quanto coletivos (saúde pública e proteção daqueles que não podem pagar pelos órgãos). Contudo, como destacado no item dedicado à análise do paternalismo jurídico, não resta dúvida de que a proteção da integridade física contra a própria autonomia pessoal, proibindo que o ser humano maior e juridicamente capaz disponha voluntariamente do próprio corpo, é um forte indício da adoção de uma postura paternalista pela legislação pátria. Mais do que isso, em um primeiro momento, só se poderia vislumbrar um ponto de vista claramente *moralista* do legislador que proíbe o tráfico de órgãos humanos quando o doador condiciona a entrega dos mesmos ao receptor à obtenção de alguma vantagem[56]. Não se concorda aqui, portanto, com o fato de que

[53] Como salienta ROMEO CASABONA, não haveria como evitar que "o motivo de sua cessão sejam suas pessoas e urgentes necessidades econômicas, o que poderia lhes inclinar a sucessivas cessões com o consequente perigo para a sua saúde" (op. cit., p. 60).

[54] Segundo a UNODC, maioria das vítimas de que se tem conhecimento vende seus órgãos motivados pelo desespero em acabar com a situação de pobreza (vide www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/egm-vienna-organ-trafficking.html. Acesso em: 11 jan. 2013). No mesmo sentido, vide as considerações FERRACIOLI, Jéssica. Tráfico de pessoas para fins de extração de órgãos, células e tecidos humanos e o Direito Penal brasileiro: uma breve análise. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, ano 19, nº 227, out. 2011, p. 11.

[55] SCHWARTZMAN, Hélio, op. cit.

[56] Nesse sentido, a opinião de ROMEO CASABONA, para quem a liberação do comércio de órgãos acabaria criando um "estúpido mercado de carne humana caracterizado por uma especulação imoral" (op. cit., p. 60) e de Antonio CHAVES, para quem "o que rege a matéria é afinal de contas o sentido da moralidade que prevalece em

a integridade física possa ser protegida em detrimento da liberdade individual, pois em alguns casos resulta defensável que o ser humano possa dispor até mesmo da própria vida[57] – e, com maior razão, deveria também poder fazê-lo com respeito à sua integridade física. Razões puramente morais, e não jurídicas, não poderiam, portanto, justificar uma incriminação como a do art. 14 da Lei 9.434/97.

Poder-se-ia imaginar, destarte, que apenas os fundamentos completamente alheios ao paternalismo, relacionados à tutela de direitos coletivos e a evitação de danos a terceiros (p. ex., a proteção da saúde pública) seriam a verdadeira razão da existência de tal proibição no ordenamento brasileiro. Contra tal argumento, apontam aqueles que se posicionam favoravelmente à legalização do tráfico de órgãos que com a possibilidade de remuneração, só aumentariam as chances de sobrevida de muitos pacientes que se encontram na fila única de receptores e que, mesmo podendo pagar por um órgão, sequer têm a opção de fazê-lo e acabam morrendo à espera do mesmo. Além disso, por incrível que pareça, salienta-se que haveria mais igualdade quanto à distribuição dos órgãos, pois a liberação do tráfico reduziria o comércio ilegal, que hoje movimenta cerca de sete bilhões de dólares por ano, fazendo baixar os preços e estabelecendo certos parâmetros para a compra e venda das partes do corpo humano[58]. Finalmente, aduz-se ainda que a saída dos pacientes com melhores condições econômicas da fila única gratuita liberaria vagas para aqueles sem condições de comprar os órgãos, que alcançariam mais rapidamente o seu objetivo. Ou seja, mesmo do ponto de vista da saúde pública, poderiam ser tecidos vários argumentos em favor da descriminalização desse comportamento.

Diante desse importante e quase irresolúvel dilema, propõe-se aqui analisar novamente a postura paternalista. Como se viu, até o mais liberal dos filósofos, John Stuart Mill, admitia uma certa dose de paternalismo na hipótese do contrato de escravidão, isto é, quando tratasse o

---

uma determinada época, o sentimento dos bons costumes do homem médio, que está, no entanto, sofrendo uma rápida evolução" (op. cit., p. 238).

[57] A respeito do polêmico tema da eutanásia e da disposição da própria vida, recentemente decidiu o Conselho Federal de Medicina, através das Resoluções nº 1.805/2006 e 1.995/2012, que o paciente em estado terminal de enfermidade grave e irreversível pode voluntariamente abandonar o tratamento médico, ainda que vital, ou fazer constar, antes da enfermidade, sua vontade de que essa recusa seja respeitada, em documento de instruções antecipadas, a ser divulgado quando se encontre em estado de inconsciência. A primeira Resolução teve sua constitucionalidade afirmada pela Justiça Federal do Distrito Federal em 2011, em razão de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal em 2007. Sobre o tema, vide CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natalia Regina. Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia: análise das recentes resoluções do c.f.m. e do anteprojeto de código penal de 2012. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho; SILVA, Monica Neves Aguiar da; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI.* Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 379-410.

[58] O argumento encontra-se na reportagem intitulada "Medula óssea a preço de mercado?". *Revista Veja.* São Paulo: Abril, 18 jul. 2012, p. 100.

ser humano de colocar à venda o próprio corpo, coisificando-se e permitindo-se tratar-se a si mesmo como um mero objeto. Assim, quando o homem utilizasse sua autonomia para deixar de ser autônomo, o paternalismo deveria ser aceito ainda que para cercear a liberdade individual, sob pena de perder a humanidade a sua própria essência: a dignidade. Perdendo o homem a sua dignidade, que o diferencia dos demais seres vivos, não teria mais sentido proteger sua liberdade contra os arroubos do paternalismo, pois já não haveria liberdade a ser protegida.

Na Constituição Federal brasileira, a previsão da dignidade da pessoa humana como valor fundante do sistema de direitos fundamentais (art.1º, III, CF) implica o reconhecimento do homem como pessoa e não apenas como cidadão, outorgando-lhe um núcleo de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, como uma verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Nessa trilha, tem-se que a dignidade humana não aparece como simples criação do legislador, pois sua existência é um dado anterior, aferido de modo prévio à normação jurídica. Constitui, portanto, um princípio de justiça material, de validez *a priori*, positivado jurídico-constitucionalmente[59]. De conseguinte, a dignidade da pessoa humana antecede o juízo axiológico do legislador e vincula sua atividade normativa.

Contudo, não se pode olvidar que a dignidade humana não deve ser considerada um direito ou um bem jurídico específico e diferenciado, pois ela constitui uma "síntese da totalidade de dimensões físicas e espirituais específicas da pessoa humana que inspira e fundamenta todos os direitos fundamentais"[60]. Assim, a proteção da dignidade humana, por si só, já implica a tutela de todos os demais direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, visto que é impossível pensar que a lesão de bens jurídicos tão relevantes como a vida e a integridade física e moral não implicasse também, ainda que indiretamente, um atentado à sua dignidade pessoal[61]. Daí porque se diz, com razão, que a proteção da dignidade humana absorve a tutela de todos os direitos fundamentais e, dada sua condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sua consagração implica sem dúvida a proteção da integridade física e moral (art.5º, III, CF) de todos os indivíduos.

[59] A dignidade da pessoa humana é, assim, "uma classe ou categoria que corresponde ao homem como ser dotado de inteligência e liberdade, distinto e superior a todo outro ser criado. Implica um tratamento de acordo com a natureza humana. Atentar-se-á contra a dignidade humana sempre que se esqueça dessa superioridade essencial do homem, considerando-o como qualquer outra parte da natureza" (GONZÁLEZ PÉREZ, Javier. *La dignidad de la persona.* Madrid: Civitas, 1986, p.112).

[60] GRACIA MARTÍN, Luis; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p.419.

[61] Vide MUÑOZ SÁNCHEZ, Javier. *Los delitos contra la integridad moral.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.22-23.

Ante o exposto, a relação entre os conceitos de *dignidade humana* e *integridade moral* resulta evidente. O reconhecimento constitucional da dignidade pessoal implica uma determinada concepção de ser humano, isto é, supõe a consagração de sua qualidade de ser humano em si mesmo, pelo mero fato de sê-lo. Desta afirmação se deduz não apenas a incondicional superioridade do homem frente aos demais seres e objetos da natureza, como também sua condição de igualdade em relação aos demais seres humanos, características que possui toda pessoa e que lhe hão de ser reconhecidas independentemente de circunstâncias pessoais e sociais, de suas capacidades físicas ou mentais, de seu estado de saúde ou de sua própria conduta. Assim, um setor da doutrina costuma inserir o direito fundamental à integridade moral no contexto mais amplo do *direito à integridade ou inviolabilidade pessoal*, junto aos direitos à integridade física e psíquica, conceito que abarca a pessoa humana em suas dimensões física e imaterial, ou como uma realidade moral dotada de um substrato físico, de modo que é possível argumentar que se afeta a integridade moral quando se trata o ser humano como uma "mercadoria" ou "coisa", quando se lhe reduz puramente à sua realidade física, rompendo com a inseparabilidade entre o físico e o moral, que lhe é inerente[62].

Por outro lado, a proteção da dignidade humana implica o reconhecimento da racionalidade do homem, de modo que através de sua tutela o Direito protege a autonomia ou liberdade de decisão pessoal e o respeito devido a todos os indivíduos como seres humanos[63]. Todavia, insta destacar que uma lesão à integridade moral não perderá sua relevância jurídica mesmo diante do consentimento do titular desse bem jurídico. A integridade moral, de acordo com esse entendimento, é um direito *indisponível*, cuja lesão, de forma objetiva, deve de ser avaliada independentemente da concreta sensação de degradação que possa sentir a vítima. Dado o caráter geral da dignidade humana, portanto, será a *integridade moral* que figurará como bem jurídico protegido pela criminalização do tráfico de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, ainda que o doador haja prestado validamente o seu consentimento.

Isso porque sendo a liberdade, ou a autonomia individual, uma manifestação da própria dignidade humana, pode-se argumentar que quando o homem dispõe de sua própria dignidade (ou integridade moral), abdica também da essência que o faz um ser autônomo e racional, distinto de qualquer outro animal ou coisa existente na natureza. Equipara-se, destarte, às

[62] Vide GARCÍA ARÁN, Mercedes. La protección penal de la integridad moral. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.). *La Ciencia del Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p.1251.

[63] Ressalte-se que é da autoconsciência do homem de sua própria dignidade que nasce a idéia de *pessoa,* segundo a qual "não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência" (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 211).

mercadorias, vende-se, instrumentaliza-se em proveito de outros, afastando, assim, a premissa que lhe permite exercer a própria autonomia: a sua dignidade. Essa premissa encontra-se também na obra de outro célebre utilitarista: Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria, que já em seu clássico *Dos delitos e das penas* afirmava que "não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que, em certas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa"[64].

Portanto, também subjaz, por trás da incriminação do tráfico de órgãos, a proteção de um importante direito, mesmo quando seja este praticado com o consentimento de um doador completamente livre de qualquer influência econômica, resulta conformes com o princípio da ofensividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos, com base na proteção de um valor constitucional fundamental –a *dignidade da pessoa humana*– e, concretamente, do bem jurídico *integridade moral*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade são ínsitos a pessoa humana, mas o seu próprio titular sofre limitações ao seu exercício, tendo em vista a sua finalidade de proteger bens e valores essenciais, sendo seu princípio basilar o respeito à dignidade da pessoa humana.

Essa característica da indisponibilidade é relativa quanto à disposição de partes do corpo, havendo permissão na Constituição Federal e no Código Civil que o ser humano disponha de sua integridade física para fins de transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo *inter vivos* e *post mortem*, tendo em vista sua finalidade altruísta e solidária.

A Lei 9.434 de 1997, que regulamenta os transplantes no Brasil, causou grande polêmica quando ao aspecto do titular do consentimento, e continuou causando, mesmo após a sua reformulação pela Lei 10.211/2001; no entanto, é imprescindível entender que a vontade do *de cujus* seja respeitada, conforme garantido no art. 14, do Código Civil, e, na ausência de expressão de vontade deste, é que a família deverá ser titular do direito de consentir.

Na ausência de requisitos formais para a expressão de vontade do *de cujus*, devem-se considerar todas as formas de manifestação, tanto escritas, quanto verbais, enfatizando-se inclusive a praticidade de informação, nos documentos pessoais, que deveriam ser uma faculdade para aquele que solicitar a expressão da sua vontade na doação de órgãos *post mortem*, prezando-se pela respeitabilidade aos efeitos de sua vontade.

[64] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p.73.

Quanto à obtenção do consentimento por representação, deve este ser redigido sistematicamente como uma relação preferencial, na forma de que o primeiro legitimado seja sempre o cônjuge, e, na falta deste, serão os parentes, obedecida a ordem sucessória, a qual remete ao art. 1829 do Código Civil, ou seja, primeiramente os descendentes, depois os ascendentes, após os colaterais de 1º grau, e, por fim, os colaterais de 2º grau.

Nos casos em que exista mais de um parente na mesma classe com opiniões divergentes, como, por exemplo, entre os filhos (descendentes) ou entre os pais (ascendentes), embora a lei não tenha exemplificado claramente essa hipótese, levando em consideração a igualdade de direitos tanto previsto constitucionalmente, quanto nas sucessões, acredita-se que se faça necessário prevalecer a negativa da doação.

Razoável seria a alteração do art. 4º da Lei 9.434/1997, para sanar as dúvidas a respeito da legitimidade do consentimento, e ainda prever o respeito à vontade do *de cujus* quanto à sua manifestação em vida, regulamentando essa possibilidade de expressão, de modo a facilitar as formas escritas e até mesmo as exceções na forma verbal, e, na ausência de manifestação, seguir adotando a obrigatoriedade do consentimento do ente familiar.

A vedação constitucional à comercialização de órgãos, insculpida no art. 199, §4º, CF, é fundamento basilar da Lei de transplantes, que a ratifica em seu primeiro artigo, impondo que todas as disposições de órgãos, para serem legalmente realizadas, devem ter natureza gratuita, além da observância de todos seus preceitos legais.

Para alguns defensores da legalização dessa forma de comércio, que se posicionam de forma bastante crítica com respeito à Lei 9.434/97, a proibição contida no art. 15 da mesma, relativa ao crime de comércio de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, seria mais uma manifestação de paternalismo jurídico – na verdade, uma forma de moralismo inaceitável. Mas acontece que o principal bem jurídico protegido nesse delito não se trata da moral, mas sim da *integridade moral* da pessoa que coloca o próprio corpo à venda. A existência desse bem jurídico, que constitui concretização direta do respeito devido à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), impede que a razão da criminalização do tráfico de órgãos, mesmo quando a vítima seja pessoa maior de 18 anos e capaz, seja o mero moralismo ou paternalismo do Estado, pois não se pode admitir que o ser humano, ou o seu corpo, sejam reduzidos à condição de mera "coisa" ou "mercadoria" suscetível de compra, venda, tráfico ou qualquer outra forma de exploração, ainda que para isso o titular da integridade física haja prestado o seu consentimento.

Não se pode perder de vista que a dignidade (art. 1º, III, CF)é um valor inerente à pessoa humana pelo mero fato de sê-lo, e que se manifesta também através da autodeterminação consciente e responsável da própria vida, levando consigo a pretensão de respeito por parte das outras pessoas. Daí porque, em última análise, a tutela penal da integridade moral nunca poderá ceder ante a liberdade ou autonomia pessoal quando se verifique, no caso concreto, que o consentimento do ofendido foi prestado por pressões relacionadas a circunstâncias socioeconômicas, como a miserabilidade, que hajam determinado a opção pela venda do próprio corpo. Afinal de contas, ninguém venderia um órgão, colocando voluntariamente a própria saúde em risco, se não fosse por necessidade da contraprestação que vai receber em troca dele. Nesses casos, não resta dúvida de que a integridade moral do doador resta indelevelmente lesionada, independentemente da identificação de qualquer traço de paternalismo ou moralismo nessa proibição, de modo que admitir uma só compra e venda de órgãos humanos colocaria em risco a dignidade da humanidade como um todo, e sem dignidade, não resta espaço algum para o exercício responsável da autonomia pessoal.

7 REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução.* 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial.* 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos.* Curitiba: Juruá, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo.* Brasília: UnB, 1996.

BUBNOFF, E. Rechtsfrangen zur homologen Organontrasplantation aus der Sicht des Strafrechts. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1968.

CAHALI, Francisco José; GISELDA. *Direito das sucessões.* 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 333.

CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini. Transplante de Órgãos. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). *Legislação penal especial.* São Paulo: RT, 2010,

CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natalia Regina. Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia: análise das recentes resoluções do c.f.m. e do anteprojeto de código penal de 2012. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho; SILVA, Monica Neves Aguiar da; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI.* Florianópolis: FUNJAB, 2012.

CHAVES, Antônio. *Lições de Direito civil.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

__. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes.* São Paulo: RT, 1994.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. Transplante de Medula Óssea – Aspectos Jurídicos dos Transplantes. *Revista Jurídica.* Porto Alegre, ano 55, nº 352, p. 115-128, fev. 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro.* v. 1. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUKEMINIER, Jesse. Supplying organs for transplantation. *Michigan Law Review,* n. 5, p. 68-84, 1970.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (Eds.). *Philosophy of Law.* California: Dickenson, 1975.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional.* 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

FEINBERG, Joel. *Harm to Self* (vol.III da coleção intitulada *The Moral Limits of Criminal Law).* New York: Oxford University Press, 1986.

FERRACIOLI, Jéssica. Tráfico de pessoas para fins de extração de órgãos, células e tecidos humanos e o Direito Penal brasileiro: uma breve análise. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, ano 19, nº 227, out. 2011.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. La protección penal de la integridad moral. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.). *La Ciencia del Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

GARZÓN VALDÉS, Enrique. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa.* Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, 1988.

GONZÁLEZ PÉREZ, Javier. *La dignidad de la persona.* Madrid: Civitas, 1986.

GRACIA MARTÍN, Luis; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

LAPORTA SAN MIGUEL, Federico. *Entre el Derecho y la Moral.* México: Distribuciones Fontamara, 1993.

LÜTTGER, Hans. *Medicina y Derecho Penal.* Trad. Enrique Bacigalupo. Madrid, Edersa, 1984.

MILL, John Stuart. *Sobre la libertad.* Trad. Josefa Sainz Pulido. Madrid: Aguilar, 1972.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal,* v. 1. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Javier. *Los delitos contra la integridad moral.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* 5 ed. Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética.* São Paulo: Loyola, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REYES MONTERREAL, José María. Problemática jurídica de los trasplantes de órganos. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1969.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade Civil por Danos Causados aos Direitos da Personalidade. *Revista de Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 02, nº 09, p.119-141, jan-mar 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos M. *Los trasplantes de órganos.* Barcelona: Bosch, 1979.

RUIZ VADILLO, Enrique. El transplante de órganos y el ordenamiento jurídico español. *Boletín Informe del Ministerio de Justicia,* n. 777, 1968.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos incluindo o estudo da Lei nº. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº. 10.211/01.* 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado.* Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos Transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade.* São Paulo: Atlas, 2011.

SCHWARTZMAN, Hélio. Mercado de órgãos. *Folha de S. Paulo.* http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/41535-mercado-de-orgaos.shtml. Acesso em: 8 maio 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TRATAMENTO COM CÉLULAS TRONCO: necessidade de implementação de políticas públicas que garantam a efetivação da cidadania e a dignidade da pessoa humana

TREATMENT WITH STEM CELLS: the need for implementation of a public policies that guarantee effective citizenship and dignity of the human person

Josiane Borghetti Antonelo Nunes[1]

Viviane Teixeira Dotto Coitinho[2]

RESUMO: O presente ensaio busca apresentar e fomentar algumas questões pertinentes ao debate contemporâneo sobre o direito humano fundamental social à saúde, além de apresentar reflexões sobre a evolução bioética, em especial no que diz respeito à utilização de células-tronco no tratamento e curas de doenças, para ao final demonstrar a necessária de sua aplicação na rede de saúde pública, garantindo o acesso igualitário a todos cidadãos dos avanços científicos. Para tanto, inicialmente discorreu-se sobre o direito humano social à saúde, direito este, que de acordo com nossa Constituição Federal, deve ser garantido de forma igualitária e universal à toda nação, garantindo qualidade de vida, emergindo como um contributo a efetivação da dignidade da pessoa humana e o efetivo exercício da cidadania. Posteriormente foi abordado o entendimento do STF a respeito da possibilidade de utilização em pesquisas de embriões pré-implantados descartados pela família, aduzindo que o uso de embriões não afronta o direito à vida, pois o embrião pré-implato não pode ser considerado uma pessoa e desta forma, ser protegido como tal. Por fim, foi analisado os avanços e as vantagens da utilização de células-tronco no tratamento e curas de doenças, dando ênfase as vantagens da coleta embrionária, para ao fim concluir que para garantir a efetivação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da cidadania, além da concretização de seus objetivos, quais sejam, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos sem quaisquer forma de discriminação, se faz necessária a implementação de políticas públicas que visem a criação e implementação de políticas públicas na área da saúde que garantam a utilização de forma igualitária destes avanços científicos da bioética a toda população. Assim, foi utilizado neste trabalho o método de abordagem hipotético-dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa para operacionalizar tais métodos, através do emprego de vasta pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Bioética; Cidadania; Células-tronco; Políticas-públicas.

ABSTRACT: This paper aims to present and promote some issues relevant to the contemporary debate over the fundamental human right to social health, and present

[1] Advogada, Mestre em Direito pela UNISC, professora no curso de Direito da Faculdade Dom Alberto de Santa Cruz do Sul e integrante do Grupo de Estudos "Direito, Cidadania e Políticas Públicas", da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. ENDEREÇO: Praça Silvestre Corrêa, nº 71 – Bairro Centro, Encruzilhada do Sul/RS – CEP: 96610-000. Email: jbantonelo@gmail.com.

[2] Mestre em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul e Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS). Professora na Fadisma – Faculdade de Direito de Santa Maria (RS) e Fapas – Faculdade Palotina. E-mail: vividotto@bol.com.br.

reflections on the evolution of bioethics, in particular as regards the use of stem cells in the treatment and cures diseases, to demonstrate the necessary end of its application in the health service, ensuring equal access to all citizens of scientific advances. Therefore, initially spoke out about the social human right to health, right this, that in accordance with our Constitution, should be guaranteed equal and universal to every nation, ensuring quality of life, emerging as a contribution to the realization dignity of the human person and the effective exercise of citizenship. Later he was approached understanding the STF about the possibility of use in research of pre-implanted embryos discarded by the family, adding that the use of embryos not affront the right to life, because the embryo pre-implato can not be considered a person and thus, be protected as such. Finally, we analyzed the advances and advantages of using stem cells to treat and cure diseases, emphasizing the advantages of embryo collection, to conclude that the end to ensure the realization of the constitutional principles of human dignity and citizenship and the achievement of its objectives, namely, to build a free, just and solidary, reduce social inequalities and promote the welfare of all without any form of discrimination, it is necessary to implement public policies aimed at creating and implementation of public policies in health to ensure the use of equally these scientific advances of bioethics to the whole population. Thus, in this study we used the method of hypothetical-deductive approach, the method of procedure and monographic research technique to operationalize such methods, by employing extensive literature search.

Keywords: Bioethics, Citizenship, Stem Cells, public-policy.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem por objetivo elucidar algumas reflexões importantes acerca do direito humano fundamental à saúde, principalmente no que diz respeito à aplicação dos avanços da bioética nas pesquisas com células tronco no tratamento e curas de inúmeras doenças de forma igualitária à toda população, pois se verifica a necessidade de construir alternativas que atendam ao ideal que garanta a efetivação dos direitos humanos fundamentais, garantindo a concretização dos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil.

Por isso, verifica-se necessário para o debate atual, estabelecer uma discussão sobre o direito fundamental social à saúde e sua correlação com a evolução científica, em especial o uso de células-tronco no tratamento e cura de doenças, face à necessidade de garantir a todos os indivíduos, de forma igualitária, o acesso a tratamentos avançados.

Neste contexto, novas políticas públicas que visem a criação e implementação de utilização igualitária de tratamentos com célula-tronco, inclusive as embrionárias, se faz necessário, para efetivação da dignidade da pessoa humana e concretização da cidadania. Estas políticas Públicas devem incitar uma relação de co-responsabilidade entre Estado e a

sociedade, as quais possibilitam um espaço de participação social consciente e mobilizado, pois argüi-se que a modernidade, baseada em parâmetros sociais, econômicos e culturais, traz consigo um conjunto de riscos e inseguranças que precisam ser geridos de forma consciente e solidária.

O DIREITO A SAÚDE COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 estabelece como fundamentos do Estado Democrático de Direito, à dignidade da pessoa humana e à cidadania, entre outros. Os direitos inerentes à cidadania são protegidos como cláusulas pétreas, no artigo 60, incisos II e IV, que estabelece que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: o voto direto, secreto, universal e periódico; e os direitos e garantias individuais".

A cidadania é composta pelos direitos fundamentais de primeira (direitos civis e políticos) e segunda (direitos sociais, econômicos e culturais) dimensão. E esta divisão se dá mais em virtude da história , pois os direitos de primeira geração, de matriz liberal burguesa, surgiram da luta travada pela burguesia e o Estado Absolutista, nos séculos XVIII e XIX, na busca pelos direitos individuais de liberdade face à dominação do poder soberano. Por sua vez, os direitos de segunda geração, que buscavam igualdade, surgiram após a Revolução Industrial, no século XX, onde o proletariado buscava novos direitos para assegurar a dignidade humana, quando surge o Estado Social que objetivava a limitação da autonomia privada, em prol do caráter coletivo (MARSHALL, 1967, p.123).

Ao analisar o conceito da cidadania social, Bryan Roberts (1997, p.6) a define como "o conjunto de direitos e obrigações que possibilita a participação igualitária de todos os membros de uma comunidade nos seus padrões básicos de vida". A cidadania política como sendo "o direito de participar do poder político", tanto direta como indiretamente, e a cidadania civil aquela "constituída pelos direitos necessários ao exercício da liberdade individual". Acrescenta que a cidadania social se distingue da civil e política em razão de que ela depende mais da comunidade, da colaboração social (receber e dar ajuda), da solidariedade representada por um sentimento de identidade e obrigação comum, e ainda da disponibilidade de relações sociais.

José Casalta Nabais (2005, p.119) define a cidadania como "a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros ativos e passivos de um Estado-nação, são titulares ou destinatários de um determinado número de direitos e deveres universais e, por conseguinte,

detentores de um específico nível de igualdade". Neste conceito de cidadania encontram-se presentes três elementos constitutivos, quais sejam, a titularidade de determinado número de direitos e deveres em uma sociedade específica; o pertencimento a uma comunidade política; a possibilidade de contribuir para a vida pública através da participação.

Darcísio Corrêa (2000, p.217) ensina que:

> direitos de cidadania são os direitos humanos, que passam a constituir-se em conquista da própria humanidade. A cidadania, pois, significa a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos ao ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e condições de sobrevivência digna, tendo como valor-fonte a plenitude da vida. Isso exige organização e articulação política da população voltada para a superação da exclusão existente.

O conceito de cidadania social encontra-se unido ao de Estado Social de Direito, que conecta o conceito de pertencimento ao Estado (cidadania) e *"el reconocimiento de los derechos sociales, de forma que todos los ciudadanos tienen derechos sociales, de forma que todos los ciudadanos tienen derecho a um mínimo nivel de bienestar em el que se lês garanticen recursos económicos, laborales, educativos, sanitarios, ...*". A relação da cidadania com os direitos sociais ocorreu no século XX com a relação laborativa, que permitia, através da Seguridade Social, o acesso a diversas contraprestações que protegem os cidadãos de diversos riscos sociais, tais como a enfermidade, velhice, morte, maternidade, acidentes trabalhistas, etc. Contexto em que *"la extensión de los derechos sociales se convertiría en la condición material para consolidar um tipo de democracia política que previamente había conquistado los derechos civiles y políticos"*(ROIG; AÑON, 2004, p.27/28).

Neste contexto, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 elenca como um dos direitos sociais o direito à saúde. O artigo 196 do mesmo diploma legal preleciona que o direito à saúde "é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas", demonstrando-se assim de que o direito à saúde é um direito humano fundamental. O artigo já citado, ainda acrescenta que este direito visa à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifo nosso). Fica claro, desta forma, que a saúde é um direito igualitário e universal de toda nação, garantidor da qualidade de vida, emergindo como um contributo a efetivação da dignidade da pessoa humana e o efetivo exercício da cidadania.

A respeito do princípio da igualdade tratado no artigo 5º, caput da Carta Magna, Bonavides (2002, p.343) ao citar Pernthaler aduz que:

> Pelo princípio da igualdade material, segundo Pernthaler, que o Estado se obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e

> perturbadoras injustiças sociais. Só assim, acrescenta ele, apoiado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Austrália, pode o princípio da igualdade se converter em princípio jurídico básico do Estado prestacionista e administrativo.

Percebe-se que é dever do Estado garantir tratamento indistinto à saúde da população, garantindo acesso irrestrito aos tratamentos relacionados à saúde, dispondo de todos os meios necessários a minimizar as injustiças sociais existentes. Com isso, automaticamente o Estado estará garantindo, da mesma forma, o direito humano fundamental à vida, que deve ser pautado como condicionante de todos os demais direitos de personalidade.

Neste sentido, Maria Helena Diniz (2002, p. 21) aduz que:

> O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona aos demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, consequentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, de formação da pessoa.

Por sua vez, Bolsan de Morais (2002, p.523) ao lecionar sobre direitos humanos preleciona que os mesmos "podem ser vistos como um conjunto de valores básicos e fundamentais relativos a uma existência digna dos seres humanos que devem ser assegurados pelos agentes políticos, jurídicos e sociais". Os direitos sociais podem assim ser definidos:

> Direitos sociais são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, por isso tendem a exigir do Estado intervenções na ordem social segundo critérios de justiça distributiva. Assim, diferentemente dos direitos liberais, se realizam por meio de atuação estatal, com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais. Por isso, tendem a possuir um custo alto e a se realizar a longo prazo (WIKIPÉDIA, 2012).

Estes direitos sociais, econômicos e culturais, de segunda dimensão, compreendem os chamados direitos de crédito, segundo os quais, o Estado torna-se devedor dos indivíduos no que se refere à obrigação de realizar ações concretas, com o objetivo precípuo de garantir um mínimo de igualdade e de bem-estar social. Estes direitos "não são direitos estabelecidos "contra o Estado" ou direitos de "participar do Estado", mas sim, direitos garantidos "através ou por meio do Estado"". Estas mudanças não representam uma nova forma de liberdade (autonomia), como a anterior vivida, mas sim a revitalização do princípio da igualdade. Por esta razão, que alguns autores como Bedin e Lafer prelecionam que diferentemente da primeira dimensão dos direitos fundamentais de origem liberal e democrática, esta segunda dimensão de direitos possui origem socialista, representando "um legado do socialismo" (BEDIN, 2000, p.62).

Bedin (2000, p.62) ressalta ainda, que os defensores dos direitos, não podem incair em erro centrando os direitos civis e políticos no argumento de liberdade e em contrapartida os direitos econômicos e sociais, centrados na ideia de igualdade. Tal afirmação é fundamentada em dois argumentos, o primeiro, do ponto de vista teórico, preleciona que atualmente não se admite mais uma proposta de socialismo que não seja compreendido como um sistema baseado simultaneamente na igualdade e na liberdade, assim como também não se admite ma proposta de democracia sem forte conteúdo social. No segundo argumento, do ponto de vista histórico, dispõe que também tal oposição não se confirmou, pois foi nos países que reconheceram mais cedo "os direitos civis e políticos que se desenvolveram, de forma mais consistente e avançada, os direitos econômicos e sociais". Corroborando tal afirmação Lafer esclarece que é exatamente desta "convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo" (LAFER, 1988, p.130).

Diante do exposto, o direito à saúde deve ser compreendido como um direito fundamental social de segunda geração, que é garantido por meio de políticas públicas caracterizadas pelos princípios da universalidade e igualdade, que garante a efetivação da dignidade da pessoa humana e concretização da cidadania. Neste sentido Leivas preleciona que direitos fundamentais sociais são:

> {...} em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado ofertas suficientes, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional (LEIVAS, 2006, p.89).

Desta forma, mostra-se essencial para a efetivação da cidadania e da dignidade da pessoa humana o acesso igualitário a tratamentos médicos que garantam proteção à saúde e a vida dos cidadãos. E é neste contexto que se faz importante analisar a implementação dos avanços trazidos com as pesquisas com células tronco de forma igualitária e universal na saúde pública.

PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO: avanço e regulamentação em prol do direito fundamental social da saúde

As constantes transformações nas descobertas científicas vêm trazendo um grande desenvolvimento, requerendo amparo jurídico para viabilizar as relações humanas que se vão alastrando pela sociedade antes mesmo que o indivíduo tenha condições de distinguir o que é

aceitável ou não. Hodiernamente, muito se fala em reprodução humana assistida, clonagem, células tronco, etc., questões que tocam valores não só jurídicos, mas também morais e religiosos, mobilizando curiosidades ou ganância científicas e provocando debate acirrado, às vezes preconceituoso, visto que interfere no processo da vida humana.[3]

O progresso científico não pode ser impedido, desde que preserve a dignidade humana como valor maior.[4] As práticas das "ciências da vida", que podem trazer benefícios à humanidade, contêm riscos potenciais muito perigosos e imprevisíveis, e, por tal razão, os profissionais da saúde devem estar atentos para que não transponham os limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana.

O Brasil buscou solucionar algumas questões bioéticas, promulgando a Lei 11.105/05 (Lei da Biossegurança), destinando-os a pesquisa científica e fixando condições para tanto. O art. 5º[5] deste diploma legal permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e que não tenham sido utilizadas no procedimento. Assim, quando o casal que se submeteu a aplicação de alguma das técnicas de reprodução assistida, com a utilização da técnica auxiliar de criopreservação de embriões, faz uso de todos os embriões que foram criopreservados, pode-se dizer que cumpre a finalidade da técnica e não gera saldo de embriões excedentários. No entanto, quando o casal gerou as crianças desejadas e ainda restaram criopreservados gametas fecundados, surge a possibilidade de utilizar estes embriões congelados excedentários na pesquisa das células tronco.

A Lei 11.105/05 (Lei da Biossegurança) veda de maneira inequívoca linhas de atuação como a prática de eugenia, considerada o controle da reprodução humana a fim de manter características desejáveis e eliminar características consideradas indesejáveis ou inferiores, sob pena de responder como crime de engenharia genética em seres humanos. Na qual há a valoração primordial do ente humano e não da propriedade (a pessoa pelo ser e não pelo ter).

---

[3] Sobre o juízo moral cristão em relação às técnicas de reprodução humana assistida, ver BENTO, Luis Antonio. **Bioética**: desafios éticos no debate contemporâneo. São Paulo: Paulinas, 2008. p. 262-3. Também PESSINI, Léo. **Bioética**: um grito por dignidade de viver. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paulinas, 2007. p. 171-2.

[4] Sobre a dignidade humana como valor fundante da (e na) Constituição, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70.

[5] Art. 5o da Lei 11.105/2005: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

Inicialmente o debate deste dispositivo legal se deu no que diz respeito a análise da compatibilidade do mencionado art. 5º em relação ao sistema jurídico de proteção ao nascituro e à vida, no que diz respeito ao momento chamado de "início da vida".

Tal discussão foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, que teve como relator o Ministro Ayres Britto, julgada em 29/05/2008, que foi julgada improcedente reconhecendo o direito ao uso de células tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, aduzindo que não há afronto ao direito à vida neste caso, vejamos:

> Processo: ADI 3510 DF
> Relator(a): Min. AYRES BRITTO
> Julgamento: 29/05/2008
> Órgão Julgador: Tribunal Pleno
> Publicação:DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134
> Parte(s): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
> PRESIDENTE DA REPÚBLICA
> ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
> CONGRESSO NACIONAL
> CONECTAS DIREITOS HUMANOS
> CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH
> ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS
> MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE
> LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO
> ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO
> DONNE PISCO E OUTROS
> JOELSON DIAS
> CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
> IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS
> EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANCA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANCA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. **INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE 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 BIOSSEGURANCA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. (Grifamos)

Em sua decisão, o STF ao tratar do direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implano, foi claro que o uso de embriões não afronta o direito à vida, pois o embrião pré-implato não pode ser considerado uma pessoa e desta forma, ser protegido como tal, vejamos:

> O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa,

> porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar... Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. **O embrião referido na Lei de Biosseguranca ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível**. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (ADI 3510).

O STF deixou claro na ADI 3510, que a Lei de Biossegurança é um instrumento de encontro do direito à saúde com a própria ciência, direito este, como já prelecionado, entendido como direitos sociais de natureza fundamental e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194), que deve ser garantido mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197).

As pesquisas científicas com células-tronco realizadas a partir de então, comprovam a possibilidade de enfrentamento e cura de traumatismos e patologias que degradam a vida de grande parte da população, como por exemplo no tratamento de doenças do neurônio motor, neuropatias, esclerose múltipla e lateral amiotrófica, distrofias musculares, atrofia espinhais progressivas, doenças hematológicas (do sangue), como leucemias, linfomas e anemias, além da possibilidade de tratamento coadjuvante para alguns tipos de tumores sólidos, como neuroblastoma, retinoblastoma e tumor de Wilms, etc., há ainda diversas pesquisas utilizando células-tronco para o tratamento de doenças cardíacas graves, diabetes, doenças neurológicas degenerativas e outras. Os estudos têm o intuito de criar novas alternativas terapêuticas regenerativas para esses males.

A questão que se coloca agora é a forma de expandir as benesses destas pesquisas a toda população de forma igualitária, inclusive através de políticas públicas, fazendo-se necessário analisar a forma de aquisição e armazenamento destas células tronco, a fim de utilizar estas pesquisas já realizadas no tratamento destas doenças.

A COLETA DE CÉLULAS-TRONCO E A UTILIZAÇÃO NO TRATAMENTO DE DOENÇAS

As propriedades terapêuticas das células-tronco contidas nos tecidos dos corpos adultos já são utilizadas há muitos anos em duas indicações: coleta (durante um período de remissão), cultura e reinfusão das próprias células-tronco hematopoiéticas em doentes de leucemia que foram colocados em aplasia celular por uma quimioterapia; e coleta, cultura e transplante das células-tronco da própria pele em grandes queimados. (MALUF, 2010, p.20).

As células tronco poderão ser coletadas com o fito de utilização terapêutica de várias formas, entre elas, por meio da medula óssea, através de um procedimento cirúrgico sob anestesia, com múltiplas punções aspirativas no osso da bacia. O volume coletado depende do tamanho do doador e do receptor, mas para indivíduos adultos, costuma ser de pouco mais de 01 litro (MALUF, 2010, p.25).

Pode-se também coletar células tronco de doadores através de sangue periférico, administra-se ao doador, por injeções diárias por via subcutânea, um medicamento que aumenta o número das células-tronco e faz com que parte delas migre da medula óssea para o sangue, de onde podem ser coletadas da veia, com facilidade e segurança, com o emprego de uma máquina apropriada. Este tipo de procedimento tem duração de cerca de duas a três horas e não requer anestesia (MALUF, 2010, p.26).

Já foram feitos transplantes de células tronco em crianças atingidas por um déficit imunológico de origem genética, sendo retirando células-tronco de sua medula óssea, cultivando-as e, após modificá-las geneticamente, reinfundindo-as. Também coleta de células-tronco de um músculo da perna de uma pessoa atingida por um enfarto do miocárdio; estas células foram colocadas em cultura e em seguida reinfundidas no coração onde o enxerto foi assimilado e melhorou a performance cardíaca, as células enxertadas tendo adotado o ritmo de trabalho das células do coração. Trata-se, nestes casos, de autotransplantes. O que seriam classificados como células- tronco adultas. (MALUF, 2010)

Nesse sentido Adriana Maluf (2010, p.186) aduz que:

> As células-tronco adultas são encontradas em diversos tecidos, como na medula óssea, sangue, fígado, sangue do cordão umbilical, gordura e polpa dentária. Estudos recentes mostram que essa modalidade de células-tronco tem uma limitação na sua capacidade de diferenciação, o que dá uma limitação na obtenção de tecidos a partir delas. Por outro lado, são também potentes para produzir determinadas modalidades teciduais, pois como utilizam-se do mesmo DNA do paciente, transformam-se em células, que apresentam melhor aplicabilidade e eficácia no tratamento de doenças de Parkinson, esclerose múltipla {...}.

A vantagem da utilização da técnica do autotransplante através das células–tronco adultas é que elas não provocam rejeição imunológica e também porque estão isentos de problemas éticos.

As células- tronco também podem ser obtidas no sangue do cordão umbilical das crianças recém nascidas, após o parto. Estas células-tronco embrionárias são encontradas no embrião e tem poder de se transformar em diferentes tecidos, sendo permitida em alguns países e outros não, no Brasil, como já mencionado, já existe regulamentação que disciplina a matéria, entendida como constitucional pelo STF, autorizando-se, pois, pesquisas com células embrionárias. As células-tronco do sangue de cordão umbilical são mais jovens e apresentam maior potencial regenerativo, se comparadas às da medula óssea.

A utilização das células-tronco embrionárias gerou grandes esperanças terapêuticas aos pacientes portadoras de doenças degenerativas com esclerose. O transplante é feito com os embriões no estágio blastocisto, que são os excedentes de fertilização *in vitro* e encontram-se congelados, então é possível a utilização desde que o casal não tenha mais projeto algum para eles e que aceitem destiná-los à pesquisa, pois podem fornecer as células-tronco necessárias para melhorar a qualidade de vida de muitas pessoas portadoras de doenças, como por exemplo reparar lesões dos ossos, das cartilagens, medula espinhal, reconstruir tecidos, células pancreáticas. (MALUF, 2010)

As pesquisas com células tronco embrionárias são promissoras, pois podem se transformar em qualquer tecido, para que as esperanças terapêuticas se concretizem, é preciso que se aprenda a garantir a segurança do processo de diferenciação e de multiplicação celular, pois uma célula que pode se multiplicar e se diferenciar é também uma célula susceptível de se tornar cancerosa, frise-se que tem este pensamento a corrente contrária a utilização de células embrionárias. De outro lado são perfeitamente aceitáveis as pesquisas com as células-tronco, pois visa aliviar o sofrimento humano, dificilmente pode-se levar em conta um argumento para proibir uma ampliação do campo destas pesquisas visando a desenvolver novos tratamentos contra doenças ou lesões graves. (MALUF, 2010)

Nessa senda Adriana Maluf (2010, p.191):

> As células-tronco embrionárias apresentam a capacidade de se transformar, num processo também conhecido por diferenciação celular, em outros tecidos do corpo, como ossos, nervos, músculos e sangue. Devido a essa característica, são importantes ferramentas na aplicação terapêutica, sendo potencialmente úteis em terapias de combate a doenças cardiovasculares, neurodegerativas, diabetes tipo-1, acidentes vasculares cerebrais, doenças hematológicas, traumas na medula espinhal e nefropatias. Uma característica especial dessas células é que podem originar células de todos os tecidos.

Devido a grande elasticidade, as células-tronco têm sido vistas como a melhor fonte de células reconstituidoras de qualquer tecido do corpo humano. A utilização dessas células vem mostrando ser promissora, uma vez que as pesquisas iniciais têm mostrado o sucesso do uso

dessa nova tecnologia, pois ajudam pacientes na recuperação de várias doenças, inclusive sem cura até o presente momento.

Entre as vantagens da utilização de células-tronco do sangue de cordão umbilical estão a grande capacidade de expansão hematopoiéticas em comparação com as células sanguíneas do adulto, grande capacidade de auto-replicação e cultura de longo prazo em comparação com as células da medula óssea, alta concentração de células-tronco hematopoiéticas e células progenitoras, possibilidade de criopreservação e estocagem, alto potencial proliferativo, sistema autólogo, alto potencial de migração, poucos problemas éticos, coleta simples e sem risco e sistema autólogo. (LOPES, 2006)

As células-tronco embrionárias apresentam um potencial igual ou superior de reconstituição do sistema hematopoiético do que o das células-tronco de medula óssea. Sua utilização traz vantagens e desvantagens em relação às células de medula óssea. Entre as vantagens[6] pode-se destacar o menor desenvolvimento de doença do enxerto contra o hospedeiro, sua coleta não causa desconforto nem representa risco ao doador e o menor risco de transmissão de infecção para o receptor. Entre as desvantagens destaca-se o tempo de pega medular é geralmente maior, o tempo de internação dos pacientes é maior e o baixo número de células obtidas do sangue de cordão umbilical é, em geral, suficiente apenas para o transplante em crianças e adultos pequenos. (LOPES, 2006)

Peter MCCauley ao falar sobre o tema preleciona que:

> Os transplantes de células-tronco hematopoiéticas utilizando a medula óssea vêm sendo realizados desde 1968 e representam o uso clínico mais amplo das células-tronco. Nos anos recentes tem havido um grande aumento do número de transplantes utilizando células-tronco do sangue do cordão umbilical ou do sangue periférico. Os transplantes de células-tronco hematopoiéticas (utilizando medula óssea, células-tronco mobilizadas do sangue periférico ou sangue do cordão umbilical) são utilizados para tratar patologias hematológicas como leucemias, doença de Hodgkin, mieloma múltiplo e linfoma não Hodgkin, hemoglobinopatias, imunodeficiências e doenças metabólicas hereditárias. Nos EUA, aproximadamente 30% dos pacientes de transplante hematopoiético encontram uma combinação adequada a partir de irmãos HLA-compatíveis. Alternativamente, ao pesquisar os bancos públicos internacionais de medula óssea, uma unidade sem parentesco pode ser compatível, o que responde por cerca de 50-80% dos pacientes,

[6] O sangue do cordão umbilical é amplamente utilizado na medicina de transplantes como uma fonte alternativa para as células-tronco hematopoiéticas encontradas na medula óssea. De acordo com os números de dezembro de 2008 do Netcord (o banco de dados internacional para transplantes de sangue do cordão umbilical de bancos públicos), houve 9020 unidades de sangue de cordão umbilical liberadas para transplante em crianças e adultos no mundo todo a partir de um estoque total de 207981 unidades. Nos EUA aproximadamente metade de todos os transplantes de células-troncos hematopoiéticas agora utilizam sangue do cordão umbilical. In: MCCAULEY, Peter Hollands Catherina. BANCO DE SANGUE DE CORDÃO UMBILICAL PRIVADO: USO ATUAL E FUTURO CLÍNICO. Stem Cell Rev and Rep (2009) 5:195-203. DOI 10.1007/s12015-009-9082-0

> dependendo do grupo étnico. Ainda assim, somente 30% dos caucasianos e uma percentagem menor dos outros grupos étnicos acabam obtendo um transplante de medula a partir de um doador sem parentesco. Isso se deve à deterioração da condição ou óbito dos pacientes durante a busca. O sangue do cordão umbilical surgiu nos últimos anos como uma alternativa atraente à medula óssea. (MCCAULEY, 2009, p. 8)

Diante das vantagens do uso de células tronco deveria ser incentivado à implementação de bancos públicos de sangue do cordão, pois a existência de bancos unicamente privados resulta em uma injustiça social, uma vez que somente os que possuem condições financeiras razoável poderão pagar pelo serviço, e os menos favorecidos, por mais que tenham mais probabilidades de precisar do armazenamento não. (MCCAULEY, 2009, p.14)

A importância da criação de bancos públicos de coleta de sangue do Cordão se justifica no fato de as coletas particulares talvez jamais serem utilizadas, enquanto que, em um banco público, poderiam ser utilizadas para tratar outros pacientes HLA-compatíveis. MCCauley aduz que:

> Uma estimativa recente sobre o tamanho clinicamente útil de um banco público de sangue do cordão para propiciar um doador adequado **para uma população de 61 milhões de britânicos seria de 50.000 unidades de sangue do cordão**. Há ainda um longo caminho a percorrer e com recursos financeiros restritos tal meta para os bancos públicos pode demorar a ser atingida. (MCCAULEY, 2009, p.15)

Diante deste contexto, mostra-se importante implementar políticas públicas capazes de expandir as vantagens da utilização das células tronco no tratamento de inúmeras patologias na rede pública de saúde.

NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA REDE PÚBLICA DE TRATAMENTO COM CÉLULAS TRONCO, EM NOTAS CONCLUSIVAS

As ações na área da saúde são destinadas a apresentar políticas sociais com o objetivo de reduzir os riscos de doenças e outros danos, sendo responsáveis pelas mesmas o SUS (Sistema Único de Saúde), com caráter descentralizado. Por ele, o direito à saúde é assegurado a toda população, independente de contribuição, sendo entendido como o direito à assistência e tratamentos gratuitos no campo da Medicina, tanto de caráter repressivo como preventivo de doenças. Possui como atribuições a produção de medicamentos, formação de recursos humanos na área da saúde, execução das políticas de saneamento básico,

incrementação do desenvolvimento científico e tecnológico, execução da vigilância sanitária e as políticas de saúde pública, além de auxiliar na proteção do meio ambiente (CASTRO; LAZZARI, 2008, p.66).

Sendo que na Constituição Federal de 1988, como já aduzido, a saúde passou a ser, de maneira explícita, direito fundamental social, ficando consignado que este direito à saúde é de todos, indistintamente, constituindo-se em dever do Estado assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, os quais devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se num sistema único (SUS) organizado de acordo com a diretriz do atendimento integral.

A saúde como direito fundamental deve amparar todos os cidadãos que necessitem usufruir do SUS, na medida em a saúde passa a caracterizar-se como um direito público, o qual é garantido justamente pela existência do Sistema Único de Saúde, elencado no art. 198 da CF, que se apresenta como meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, que tem no pólo ativo qualquer pessoa que necessite de acesso tratamento, uma vez que o direito à promoção e à proteção da saúde passa a ser tratado como um direito social.

A saúde é um dever do Estado e direito de todos, havendo a garantia do acesso universal e igualitário, não sendo levado em conta a condição econômica do paciente para que este tenha acesso ao atendimento integral ofertado pelo SUS.

O Estado deve garantir aos seus cidadãos o acesso a serviços e ações de saúde, nele compreendido uma adequada assistência médico-hospitalar, a qual pressupõe a oferta de procedimentos e de medicamentos, ainda que sejam de última geração, desde que comprovadamente necessários para a preservação da vida e saúde do usuário do SUS.

Diante destas considerações e da comprovação das vantagens do uso de células tronco no tratamento e cura de inúmeras patologias, se faz necessário a implementação de políticas públicas capazes de garantir a toda população, de forma igualitária, o seu acesso.

Atualmente, já esta comprovado que o uso das células tronco embrionárias é eficaz no tratamento de mais de oitenta patologias. Entre as doenças cancerígenas, que já estão comprovadas a utilidade de células tronco no tratamento estão a leucemia linfoblástica aguda; a leucemia mielóide aguda; o linfoma de Burkitt; a leucemia mielóide crônica; a leucemia mielomonocítica juvenil; o linfo-histiocitose hemofagocítica; o linfoma não-Hodgkin; o linfoma de Hodgkin; a histiocitose das células de Langerhans; a granulomatose

linfomatóide; a Síndrome mielodisplásica e a leucemia mielomonocítica crônica (HEMOCORD, 2013).

No que diz respeito a falência ou insuficiência de medula óssea, já está comprovado sua eficácia no tratamento de trombocitopenia amegacariocítica, neutropenia auto-imune severa, anemia eritropoiética congênita, netropenia cíclica, anemia de Diamond-Blackfan, Síndrome de Evan, anemia de Fanconi, doença de Glanzmann, dermatomiosite juvenil, Síndrome de Kostmann, aplasia de células vermelhas, Síndrome de Schwachman, anemia aplástica severa, anemia sideroblástica congênita, Trombocitopenia – Síndrome de TAR, Disceratose congênita (HEMOCORD, 2013).

É eficaz ainda para tratamento de hemoglobinopatias, como a anemia falciforme e a Doença HbSC; nos distúrbios metabólicos, como a Adrenoleucodistrofia, Doença de Gaucher, Leucodistrofia metacromática, Doença de Krabbe, Doença de Gunther, Síndrome de Hermansky-Pudlak, Síndrome de Hurler, Síndrome de Hurler-Scheie, Síndrome de Hunter, Síndrome Sanfilippo. Também no tratamento de imunodeficiências, como Ataxia telangiectasia, Doença granulomatosa crônica, Síndrome de DiGeorge, Deficiência de IKK gama, Poliendocrinopatia immune ligada ao X, Mucolipidose, Tipo II, Mielocatexia, Imunodeficiência ligada ao X, Imunodeficiência combinada severa, Deficiência de adenosine deaminase, Síndrome de Wiskott-Aldrich, Agamaglobulinemia ligada ao X, Doença linfoproliferativa ligada ao X, Síndrome de Omenn, Displasia reticular, Displasia Tímica, Deficiência de adesão leucocitária (HEMOCORD, 2013).

E ainda, estão sendo feitas pesquisas, ainda em fases experimentais, para verificar a viabilidade de sua utilização no tratamento de Diabetes, Paralisia cerebral, Acidente vascular cerebral, Doenças cardíacas, Regeneração de nervos periféricos, Esclerose múltipla, Lúpus eritematoso sistêmica, Enxertos de pele e de ossos (HEMOCORD, 2013).

Se levarmos em consideração o potencial do uso das células-tronco de cordão umbilical e consequentemente a necessidade de seu aproveitamento de forma igualitária por toda população, e por outro lado, a dificuldade, principalmente financeira do poder público cria bancos públicos de coleta e armazenamento, e ainda que hoje as chances de ser necessária sua utilização em famílias sem histórico de doenças tumorais, hematológicas, metabólicas ou imunológicas são pequenas, deveria se iniciar as coletas e armazenamento público em famílias com histórico de doenças hereditárias, já abrangidas pelas pesquisas e que comprovadamente apresentam utilidade prática.

O que é inquestionável é a necessidade de criação e implementação de políticas públicas na área da saúde que garantam a utilização de forma igualitária destes avanços científicos da bioética a toda população, de forma progressiva. Pois, os valores supremos de nossa sociedade são a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, e entre os objetivos da Constituição Federal está a garantia da dignidade da pessoa humano, que somente estará efetivada se estiver garantido o apreço e suporte aos que sofrem com de alguma patologia.

E por fim, nas palavras no Ministro Celso Mello, as pesquisas com células tronco embrionárias significam "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".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo.* 2º ed. rev. e ampl. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2000.

BONAVIDEZ, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Atualizada até a Emenda Constitucional n° 51, de 20 de dezembro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, C. A. P; LAZZARI, J. B. *Manual de Direito Previdenciário*. 9. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CORRÊA, Darcísio. *A Construção da Cidadania: reflexões histórico-políticas.* Rio Grande do Sul: UNIJUÍ, 2000.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito: aumentado e atualizado de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

HEMOCORD. Doenças tratadas com transplante autólogo de células-tronco. Disponível em : http://www.hemocord.com.br/doencas.php. Acessado em 13 de março de 2013.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos.* São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEIVAS, Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, Laudelino Marques. Células-tronco (Parte I). Femina - Maio 2006 vol 34 nº 05. Disponível em: http://www.febrasgo.org.br/arquivos/revista%20femina/FEMINA%2034-05/Femina_34-5-07.pdf. Acessado em 15 de março de 2013.

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

MCCAULEY, Peter Hollands Catherina. BANCO DE SANGUE DE CORDÃO UMBILICAL PRIVADO: USO ATUAL E FUTURO CLÍNICO. Stem Cell Rev and Rep (2009) 5:195-203. DOI 10.1007/s12015-009-9082-0

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Traduzido por Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MORAIS, J. L. Bolsan. Direitos Humanos "Globais (Universais)" de todos, em todos os lugares! In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 523.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio, GODOI, Marciano Seabra. (Coord.). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo:Dialética, 2005 (110-140).

ROBERTS, Bryan R. A dimensão social da cidadania. Revista Brasileira de Ciências Sócias, ANPOCS, São Paulo, n° 33, ano 12, 1997.

ROIG, Maria José Añon; AÑON, José Garcia. (Coords.) *Lecciones de derechos sociales.* 2º Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

WIKIPÉDIA, acessado em 20 de outubro de 2012. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_sociais.