



Biodireito

Biodireito

Natália Paes Leme Machado

Elaine Karina Jankovic

Adriana Marques Aidar

Savio Gonçalves dos Santos

© 2018 por Editora e Distribuidora Educacional S.A.

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida ou transmitida de qualquer modo ou por qualquer outro meio, eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação ou qualquer outro tipo de sistema de armazenamento e transmissão de informação, sem prévia autorização, por escrito, da Editora e Distribuidora Educacional S.A.

Presidente

Rodrigo Galindo

Vice-Presidente Acadêmico de Graduação e de Educação Básica

Mário Ghio Júnior

Conselho Acadêmico

Ana Lucia Jankovic Barduchi

Camila Cardoso Rotella

Danielly Nunes Andrade Noé

Grasiele Aparecida Lourenço

Isabel Cristina Chagas Barbin

Lidiane Cristina Vivaldini Olo

Thatiane Cristina dos Santos de Carvalho Ribeiro

Revisão Técnica

Carolina Meneghini Carvalho Matos

Gustavo Henrique Campos Souza

Editorial

Camila Cardoso Rotella (Diretora)

Lidiane Cristina Vivaldini Olo (Gerente)

Elmir Carvalho da Silva (Coordenador)

Leticia Bento Pieroni (Coordenadora)

Renata Jéssica Galdino (Coordenadora)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Machado, Natália Paes Leme
M149b Biodireito / Natália Paes Leme Machado, et al. –
Londrina : Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2018.
216 p.

ISBN 978-85-522-0712-2

1. Biodireito. I. Machado, Natália Paes Leme. II. Título.

CDD 570

Thamiris Mantovani CRB-8/9491

2018
Editora e Distribuidora Educacional S.A.
Avenida Paris, 675 – Parque Residencial João Piza
CEP: 86041-100 – Londrina – PR
e-mail: editora.educacional@kroton.com.br
Homepage: <http://www.kroton.com.br/>

Sumário

Unidade 1 Biodireito: Introdução	7
Seção 1.1 - Ética, Bioética e Biodireito	10
Seção 1.2 - Direitos Humanos e o Biodireito	24
Seção 1.3 - Aspectos atuais do Biodireito	38
Unidade 2 Clonagem humana e criogenia	57
Seção 2.1 - Clonagem humana e criogenia	59
Seção 2.2 - Biodireito, direito à vida e reprodução assistida	72
Seção 2.3 - O biodireito e a reprodução assistida	89
Unidade 3 Experiência com seres humanos e Alimentos transgênicos	103
Seção 3.1 - Experiência com seres humanos e Anencefalia	105
Seção 3.2 - Células-tronco embrionárias	120
Seção 3.3 - Alimentos transgênicos	137
Unidade 4 Transfusão de sangue, Transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo e Mudança de Sexo	157
Seção 4.1 - Transfusão de sangue	159
Seção 4.2 - Aspectos legais sobre o transplante	175
Seção 4.3 - Direito e a identidade sexual	191

Palavras do autor

Olá estudante, como vai?

Bem-vindo(a) à disciplina de Biodireito, onde trataremos de temas atuais, com grande relevância para sua aprendizagem, usando como metodologia a teoria aplicada à prática. Seremos seus parceiros nesse processo, que agregará ainda mais conhecimentos e competências pessoais e profissionais ao seu desenvolvimento.

Com o avanço tecnocientífico e as transformações sociais atuais, os referenciais, antes inquestionáveis, tornam-se insuficientes para a orientação do ser humano. Tal realidade possibilita o surgimento de novas áreas do conhecimento, que passam a analisar o cenário mundial com outros olhos; é o caso da Bioética e do Biodireito. Para tanto, percorreremos um caminho que nos permitirá pensar a ciência sob os aspectos do comportamento humano e de sua sobrevivência, tendo seus direitos e dignidade garantidos.

Pensar os direitos e a dignidade humana traz à tona o debate ético. As diversas realidades de supressão da vida, em todas as suas instâncias e de todas as formas, evocam a necessidade da ação da ciência em favor dos que estão vulnerados por tais condições. O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio, a virtude, como apontou Aristóteles, a ponderação, ou, como os gregos clássicos consideravam, a justiça. Eis o nosso desafio.

Vamos conhecer nossas Unidades de Ensino? Na Unidade 1, que denominamos Biodireito: Introdução; na seção 1, abordaremos a Ética, Bioética e o Biodireito, com enfoques conceituais e atuais. Na Seção 2, passaremos às correlações entre o Biodireito e os Direitos Humanos, a exemplo do direito à vida. Na Seção 3, abordaremos os aspectos atuais do Biodireito, para que você fique atualizado com os enfoques e debates atuais.

Na Unidade 2, que denominamos Biodireito, Clonagem humana e Reprodução assistida; na Seção 1, o enfoque estará na clonagem humana e criogenia. Na Seção 2, faremos uma conexão, partindo do Biodireito, entre o direito à vida e a Reprodução assistida.

Por fim, na Seção 3, nos aprofundaremos nos temas cotidianos do Biodireito e da Reprodução assistida.

Na Unidade 3, que denominamos Experiência com seres humanos e Alimentos transgênicos; na Seção 1 abordaremos a experiência com seres humanos no campo da biotecnologia e dos aspectos humanos e jurídicos da anencefalia. Na Seção 2, as tratativas passam a ser as células-tronco embrionárias e, certamente, as conquistas e polêmicas que permeiam o tema. Na Seção 3, alinharemos a biotecnologia aos alimentos transgênicos.

Por fim, em ordem numérica apenas, e por isso, não menos importante, a Unidade 4, que denominamos Transfusão de sangue, Transplantes de tecidos, órgãos e partes do corpo e Mudança de sexo; na Seção 1, dialogaremos sobre a transfusão de sangue e suas generalidades, conflitos e posicionamentos jurídicos. Na Seção 2, teremos a oportunidade de conhecer os aspectos legais e conceituais sobre o transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo. Nesse momento, nos será dada a oportunidade de encontrar caminhos para a adoção de uma nova cultura solidária a respeito do tema, que envolve o sentimento das famílias e as filas intermináveis de receptores necessitados. Na Seção 3, o Direito à identidade sexual, que, para além dos posicionamentos pessoais, nos abrirá as portas do entendimento a respeito do direito à identidade sexual. Que bom seria viver em uma sociedade pluralista, tolerante e respeitosa no que tange à dignidade humana, não é mesmo?

Esperamos, com a crença que temos no seu potencial, que esses estudos sejam fonte de transformação social e cultural, para que possamos quebrar barreiras e preconceitos e, assim, nos transformarmos em cidadãos livres e conscientes do nosso papel nesse mundo de pluralidade.

E então, preparado? Não deixe de ler o seu Livro Didático e acompanhar as dicas e adicionais, pois lhe garantirão mais aprendizagem. O autoestudo é de extrema importância para o seu desenvolvimento.

Vamos lá!

Biodireito: Introdução

Convite ao estudo

Você saberia distinguir Ética, Bioética e Biodireito? Poderia estabelecer correlação entre eles? A Ética permeia quase toda a nossa vida, é o desafio permanente de encontrar o caminho para agir, sem que haja qualquer tipo de agressão às outras pessoas e a nós. Há, porém, um fator que dificulta essa proposta ética: o tempo. Sim, vivemos numa realidade em constante transformação. Não somos mais como éramos. É o que Heráclito de Éfeso chamou de fluidez (tudo passa, tudo se transforma). Portanto, reconhecemos que a ética deve se apresentar em todos os avanços e em todas as realidades.

Todas essas mudanças, aliadas ao rápido avanço biotecnocientífico, fizeram com que a Bioética nascesse no início da década de 1970, precisamente em 1971. Inicialmente preocupada com a sobrevivência humana, hoje, a Bioética aborda inúmeros temas e lida com situações-problemas das mais variadas formas e nos mais variados meios, tais como: biomedicina, meio ambiente, violência, igualdade de gênero, clonagem, células-tronco, eutanásia, entre outros.

Como a Bioética não consegue suprir todas as necessidades científicas sozinha, ela se apoia em outras ciências e disciplinas, como a Filosofia e, neste caso, o Biodireito.

Mas agora, lhe perguntamos, quantas situações você já assistiu bem de perto ou ouviu alguém contar, mesmo pela mídia ou pelas redes sociais, sobre o desejo humano de permanecer vivo ou de ter dignidade no momento da morte?

Devemos também conhecer o respaldo do Biodireito e dos Direitos Humanos em face do princípio da dignidade humana,

que nos remetem ao direito à vida, à saúde e à integridade física, para que possamos ter uma visão mais abrangente e atualizada do Biodireito e, dessa forma, chegar a esses aspectos atuais refletindo sobre a autonomia da vontade.

Para tanto, considerando-se os tratamentos cirúrgicos, o direito ao corpo e os valores religiosos, bem como o alcance e as limitações desses direitos, devemos sempre considerar a integridade física e a questão da responsabilidade médica.

Sendo assim, procure entender, então, o seguinte contexto:

Imagine que você, como advogado especializado em Bioética e Biodireito, foi convidado a participar do programa “Debate Estudantil”, promovido semestralmente e ao vivo pela Kroton Educacional, tendo como convidados alunos dos últimos semestres de formação dos cursos de Direito de todas as marcas atuantes no país e juriconsultos convidados na área de instituições públicas e privadas, que atuarão como entrevistadores.

Para tanto, haverá um encontro nos estúdios da Instituição, devidamente preparados para transmissão ao vivo, que terão você como convidado de honra e entrevistado. Que empolgante!

Os temas escolhidos para sua preparação serão divididos em três blocos (mas cada um referente aos temas divididos entre as seções desta Unidade de Ensino), assim como o programa, e para os quais, obrigatoriamente, você deverá estar preparado para se posicionar com relação às perguntas dos entrevistadores, de forma liberal ou conservadora, a escolha de cada seção que apresentaremos (independentemente de sua posição pessoal a respeito dos temas).

Desejamos sucesso em sua entrevista!

Lembre-se, de posse dos conteúdos que serão apresentados e do que se pretende como resultado de aprendizagem, que

you will participate in an interview/debate or give opinions as if you were an advocate or legal consultant.

In this Teaching Unit, which contains three sections, we will see the following contexts:

In Section 1.1, named: Ethics, Bioethics and Biolaw, we will work with the contents of Constitutional Law, International Law and the influence of Human Rights on the human being. We will also look at the topic through history and legal aspects of Ethics and Bioethics and, finally and not less relevant, the concepts and distinctions between Bioethics and Biolaw and the principles of Bioethics. In Section 1.2, named Human Rights and Biolaw, we will address two topics - under the prism of the principle of human dignity, the right to life, health and physical integrity. Finally, in Section 1.3, named Current Aspects of Biolaw, we will touch on controversial issues and their trends, such as surgical treatments and autonomy of will; Religious values; The right to the body and its parts; Right to one's own body and right to the body of others; Medical Responsibility; Wannabes and the right to mutilation; Tattoos and piercings; Reach and limitations.

Come with me on this journey, remembering that to appropriate knowledge and turn it into practice depends on your effort in studies. You are the best promoter of your success!

Seção 1.1

Ética, Bioética e Biodireito

Diálogo aberto

Estudante, ao trabalharmos em nossa situação-problema é importante que você mobilize os conteúdos abordados em seu Livro Didático, na seção: Não Pode Faltar, a fim de resolvê-la com propriedade. Por isso é tão importante que seja responsável pelos seus estudos pré-aula.

Antes, procure refletir sobre a profundidade com que conhece temas como: tecnologia aplicada à biotecnologia e a biotecnologia aplicada à ética, bioética e biodireito.

Ainda, você saberia dizer qual a influência dos Direitos Humanos sobre o ser humano, usando como balizadores o Direito Constitucional e o Direito Internacional? Avaliou seu grau de conhecimento?

Lembramos que você está no papel de um advogado especializado em Ética e Biodireito, e foi convidado a participar do programa "Debate Estudantil", promovido semestralmente e ao vivo pela Kroton. O primeiro encontro nos estúdios da Kroton, onde os alunos dos cursos de Direito de todas as marcas debaterão terá como temas:

- A tecnologia e sua influência na vida humana, que por certo influencia o comportamento humano, deve considerar apenas os benefícios no que diz respeito à biotecnologia?
- Quais avanços o Direito Constitucional e o Direito Internacional trouxeram no que diz respeito à influência dos Direitos Humanos sobre o ser humano?
- No que concerne aos princípios da Bioética, poderia distinguir bioética de biodireito e sua existência como limitador dos avanços em determinados aspectos, a exemplo do direito de permanecermos vivos? O que sopesar?

Para auxiliá-lo nesse processo, assista ao programa “Roda Viva | Leandro Karnal | 04/07/2016” da Rede Cultura, transmitido em 4/7/2016, tendo como entrevistado o historiador Leandro Karnal, para compreender o funcionamento, a roteirização e a mediação de um programa de entrevista. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=JmMDX42jOoE>>. Acesso em: 2 set. 2017.

Nessa seção da Unidade 1, vamos conhecer a relação existente entre avanço tecnológico, Ética e Bioética e usar o Direito Constitucional e o Direito Internacional sob a ótica dos Direitos Humanos e a sua influência sobre o ser humano. Dessa forma poderá responder com propriedade as perguntas que os convidados direcionarão a você.

Não pode faltar

Vamos aprender e entrar em reflexão a partir de agora? Lembre-se que o autoestudo é parte fundamental para o seu processo de ensino e aprendizagem; assim, poderá desenvolver as competências exigidas pelo mercado de trabalho.

Ao longo dos anos, desde a Revolução Francesa, que levantou a bandeira da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, a Magna Carta e outras revoluções ou decisões que imprimiram Declarações de Direitos e, como consequência, novas Constituições com direitos e garantias fundamentais nelas inseridos, os seres humanos evoluem em busca de justiça e acolhida aos seus ideais de dignidade humana.

As declarações registraram cenários históricos e asseguraram conquistas provenientes de grandes mudanças sociais ou momentos revolucionários, a exemplo das declarações de direitos da revolução inglesa (1640 e 1688), da Independência Norte-americana, da Revolução Francesa (1789), da Revolução Russa (1917). Todas as declarações foram consequências dos traumas vividos pela humanidade, da miséria, fome e opressão da guerra, que em sua segunda ocasião, fascista ou nazista, deu origem à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Nesse momento, internacionalizamos os Direitos Humanos, e assim mudamos o comportamento humano, primeiro de forma política, pois foi a partir desses momentos históricos que surgiu o Constitucionalismo Social, que pode ser conceituado como um sistema que defende o regime constitucional, ou seja, que os governos sejam regulados por uma Constituição, evitando-se assim o livre arbítrio dos governantes e impulsionando a construção da cidadania.

Mas, você deve estar se perguntando: O que são Direitos Humanos?

Utilizamos esta expressão para denominar uma declaração que oferece ao ser humano seus direitos fundamentais; aqueles sem os quais não pode viver com dignidade e respeito, a exemplo do direito à vida.

Nesse sentido, historicamente, os países foram, aos poucos e a depender da sua posição econômica e política no mundo, se aperfeiçoando como Estado de Direito, que pode ser considerado como aquele organizado juridicamente pois que sistematizou suas normas em forma de leis às quais não apenas o cidadão é subordinado, mas principalmente o Estado.

Agora, a reflexão passa a ser sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a redefinição da cidadania no Brasil, ou seja, o impacto dos Direitos Humanos, partindo do Direito Internacional para dentro das Constituições e o impacto sobre o ser humano, pois claramente todo esse contexto redefiniu o conceito de cidadania e comportamento humano mundo afora, com grandes impactos no Brasil.



Pesquise mais

Considerando esse histórico, indicamos a leitura de um artigo intitulado: O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A REDEFINIÇÃO DA CIDADANIA NO BRASIL, da renomada autora Flávia Piovesan, na Revista n. 2, artigo 3, do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de SP. Disponível no site da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm>>.

Acesso em: 26 set. 2017.

De posse do contexto de direitos exposto e seus impactos sobre o ser humano é importante considerar que a tecnologia avança constantemente e não poderíamos deixar de compreender seu impacto nos aspectos biológicos. Todo esse contexto também tem alterado rapidamente os padrões do comportamento humano, sedento, principalmente no campo da biotecnologia, por longevidade, saúde e qualidade de vida e por que não dizer, de beleza.

Mas a pergunta importante a se fazer é: Quais os limites entre os valores, a ética e o desenvolvimento da biotecnologia? Os benefícios são constantemente ponderados, mas os malefícios ainda se pautam pela margem dos erros e acertos, pelo mínimo. Será que estamos violando valores?

Para Namba (2009, p. 1), “Mais que uma conduta geral correta, esfera da Ética, a Bioética veio responder à segunda indagação, ou seja, do mínimo necessário para inexistir a violação de outros valores além dos que já estavam em foco”.

Mas, o que vem a ser Ética, Bioética e Biodireito conceitualmente e, em particular, quais as suas correlações? Nesse aspecto, antes, vale recordar a moral como um conjunto de valores, de que cada sociedade, em determinado contexto histórico, se apropria para discernir entre o certo e errado, o bem e o mal; é o que chamamos de pluralismo.

Associado à moral, não podemos esquecer de que o Direito possui a **Teoria do Mínimo Ético**, conforme você poderá verificar em detalhes, a seguir:

Teoria instituída por Jeremy Bentham (1748-1832) e desenvolvida por Georg Jellinek (1851-1911), o autor da expressão, para quem o direito é o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Isto é, que o direito e a moral têm o mesmo fundamento, porque tudo o que é direito é moral, embora o círculo da moral seja maior. Esta ideia de círculos concêntricos é proveniente de Bentham,





que restringe o direito àquele círculo onde se aplicam penas materiais, salientando que as mesmas só devem existir para os casos em que o bem resultante da aplicação das mesmas for maior que o mal que as mesmas provocam. Porque o mal produzido pelas penas é uma despesa que o Estado faz, tendo em vista um lucro, o desaparecimento dos crimes. Numa perspectiva contrária, Fichte refere que as normas jurídicas e as normas morais são contraditórias, salientando que as mesmas só devem existir para os casos em que o bem resultante da aplicação das mesmas for maior que o mal que as mesmas provocam. Porque o mal produzido pelas penas é uma despesa que o Estado faz, tendo em vista um lucro, o desaparecimento dos crimes. Numa perspectiva contrária, Fichte refere que as normas jurídicas e as normas morais são contraditórias, salientando que as normas morais exigem, categoricamente, o cumprimento dos deveres, enquanto as normas jurídicas permitem, mas não impõem, que se cumpra o próprio dever, acrescentando que se as leis morais proíbem o exercício de um direito, ele não deixará, por isso, de ser direito. Os autores desta cepta admitem assim uma graduação da moral, só possível numa moral hedonisticamente entendida. A tese está intimamente ligada ao contratualismo utilitarista, do modelo benthamiano (*the greatest happiness to the greatest number is the foundation of morals and legislation*) à ideia de que é possível a realização do máximo de utilidade com o mínimo de restrições pessoais, numa perspectiva que reduz o direito a uma simples moral do útil coletivo. Em todas estas famílias está a redução do contrato social à mera composição de um conflito de interesses, do *bellum omnium contra omnes*, considerando-se que os indivíduos renunciam a uma parte das suas liberdades naturais para garantirem o mínimo de convivência social, dado que o homem não é naturalmente um animal social, mas um animal a-social, individualista, um lobo do homem. Portanto, a sociedade não é uma coisa natural, mas antes algo artificial, visando o finalismo de poderem gozar-se certas utilidades (ISCSP, 2017).



Refleta

Considerando a **Teoria do Mínimo Ético**, reflita sobre a seguinte situação: Um vizinho mal-humorado passa por você e não lhe cumprimenta, e você, furioso, lhe dirige palavras ofensivas e injúrias.

Nesse contexto, procure refletir: a ação que está apenas no campo da moral se distingue daquela que se volta para o campo do Direito?



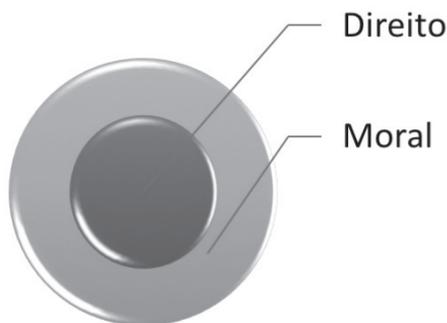
Exemplificando

Como bem anotou Segal, (2008, p. 3) “Tudo que é direito envolve a moral, mas nem tudo que concerne à moral tem repercussão no direito”.

Por exemplo, se você deixa de cumprimentar alguém propositamente, estará incorrendo em falta moral, mas que ficará no campo mental, quem sabe, com certo remorso. Agora, se a mesma pessoa calunia a outra, a falta é moral e jurídica, portanto, merecedora de reparação no campo judicial.

Procure entender a diferença entre direito e moral, de acordo com a Figura 1.1 que se segue.

Figura 1.1 | Relação Direito e Moral



Fonte: adaptada da Reprodução do Círculo Concêntrico de Bentham.

Seguindo adiante, após relacionar a moral ao Direito, vamos falar sobre Ética?

Em sentido filosófico, é a disciplina cujo objeto são os juízos de apreciação quando se aplicam à distinção do bem e do mal. É teórica e vinculada a uma busca metafísica na visão de Immanuel Kant, o que a distingue da moral aplicada.

Para começar, citamos Reale:



Qual a obrigação do homem diante daquilo que representam as conquistas da ciência? Que dever se põe para o homem em razão do patrimônio da técnica e da cultura que a humanidade conseguiu acumular através dos tempos? A ciência pode tornar mais gritante o problema do dever, mas não o resolve. Os conhecimentos científicos tornam, às vezes, mais urgente a necessidade de uma solução sobre o problema da obrigação moral, mas não implica qualquer solução, positiva ou negativa. O problema do valor do homem como ser que age, ou melhor, como único ser que se conduz, põe-se de maneira tal que a ciência se mostra incapaz de resolvê-lo. Este problema que a ciência exige, mas não resolve, chama-se problema ético e marca momento culminante em toda verdadeira filosofia, que não pode deixar de exercer uma função teleológica, no sentido do aperfeiçoamento moral da humanidade e da determinação essencial do valor do bem, quer para o indivíduo, quer para a sociedade (REALE, 1988, p. 25).

Vejamos no excerto de Miguel Reale que a ética vem problematizar o que a ciência não se mostra capaz de resolver.

Assim surgiram os aspectos de criação da Bioética. Em situação cotidiana, o homem pensa em descompasso com a valorização da vida, por conta das transformações espaciais e temporais e é nesse sentido que os debates são inesgotáveis, o que pode tornar um avanço técnico em órfão de uma regulamentação jurídica.



Assimile

A Ética vem ordenar a conduta, ou seja, normatizar a ação. Assim, um estudioso, em 1978, chamado Reich, ensinou que bioética é "o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e da atenção à saúde, enquanto que esta conduta é examinada à luz dos princípios e valores morais." (REICH, 1978, p. 116)

E então, estudante, tudo bem até aqui?

Destacamos a correlação e diferenciação entre a moral e o direito, filosofamos sobre a ética em face da evolução humana e conceituamos a Bioética.

E agora, vamos conhecer um pouco mais sobre a Bioética?

A Bioética é uma disciplina autônoma, pois não se preocupa em ser exata, como uma ciência, e considera a diversidade, a pluralidade de realidades e reflexões como a sua base. Como dissemos, ela nasce em 1971, nos Estados Unidos, precisamente na Universidade de Wisconsin, através das pesquisas do médico oncologista Van Rensselaer Potter. Ela se tornou conhecida através de famosa obra de Potter, *Bioethics: bridge to the future* (Bioética: uma ponte para o futuro), onde ele aponta que a Bioética deveria ser uma nova forma para se enxergar o mundo, tendo como parâmetro a Ética.

Entretanto, o que se assistiu, motivado em grande parte pelo Relatório de Belmont (1978) e pela obra de Beauchamp e Childress (1979) – *The Principles of Bioethics* –, foi uma limitação do espectro original, e a redução desse ao que se convencionou chamar de principialismo – uma orientação prática da Bioética que se resumia à observância de quatro princípios fundamentais, a saber: Autonomia, Beneficência, Não maleficência e Justiça.

A partir dos anos 1980, durante o processo de expansão e consolidação da Bioética, a redução de seus campos de ação e a discussão ao domínio da ética biomédica (DURAND, 2003, p. 15), a supremacia da individualidade, a ênfase à autonomia fizeram com que o mundo conhecesse essa disciplina autônoma como uma ética aplicada meramente ao campo da saúde, em muito preocupada com a disposição de preceitos deontológicos. Tal disposição transportou a Bioética do público para o particular; do coletivo para o individual.

Além disso, a mudança principialista trouxe consigo uma ação transformadora dos objetivos primeiros, oriundos da proposta de Potter, para uma prática baseada numa teoria puramente fundamentalista, que acaba por se converter em parâmetros, referenciais éticos universais, excluindo assim, qualquer disposição contrária.

Essa disposição impositiva do principialismo como caminho bioético acaba por fomentar o nascimento de uma nova etapa, posterior à década de 1990, chamada de revisão crítica. Dentro desse contexto, o primeiro movimento considera a pluralidade moral, cultural, étnica e a impossibilidade de desconsideração dessa realidade, inclusive dos comportamentos e ações extremos dela derivados, tais como violência, injustiça, xenofobia, misoginia, homofobia, entre outros.

O segundo movimento avança a discussão e a atenção da Bioética para questões urgentes no que tange à responsabilidade social, pública e estatal para com os cidadãos.

Sobre a Bioética, para iniciarmos nossos estudos, vamos tomar duas grandes linhas do pensamento, que são a liberal e a conservadora, o que nos dará o tom e o direcionamento para uma reflexão madura e multifocal.

Nesse contexto, vejamos o que Namba (2009, p. 12 e p. 13), nos traz por vertentes, as quais podem ser verificadas no Quadro 1.1 que segue:

Quadro 1.1 | Vertentes da Bioética

Perguntas	Para os conservadores	Para os liberais
1. O que precisamos impedir?	Para eles os seres humanos têm liberdade e não há discussão sobre o tema, mas as novas tecnologias suscitam problemas individuais e sociais, que ainda não foram equalizados por falta de conhecimento das implicações dos resultados e por isso, se houver dúvida, deve-se descontinuar os experimentos e indicar outros especialistas que tenham melhor poder de decisão e intencionalidade.	O ser humano não deve se sujeitar às posições públicas e sociais, tampouco a qualquer reserva à sua liberdade individual, pois a sua moral o torna responsável pelo seu futuro e por isso, não deve sujeitar-se aos possuidores do conhecimento ou do poder público.
2. Quais as ferramentas de fomento?	O esgotamento das discussões sobre as descobertas científicas, nos campos da biotecnologia, a fim de evitar o desconhecido, como política de dissuasão por meio do medo de que o ser humano deve ter de se sujeitar a mero objeto de pesquisa.	Os debates devem gerar a tolerância e garantir a resolução dos conflitos através do consenso.
3. No que tange ao estatuto do corpo humano, qual a natureza biológica deste?	O ser humano é um organismo dotado de liberdade para seu próprio aperfeiçoamento, mas essa liberdade é constantemente maculada pelas descobertas tecnológicas que atentam contra sua natureza. Por isso, experiências devem ser suspensas, pois violam a liberdade humana. As pesquisas genéticas, principalmente, devem ser vistas com total cautela.	Ao ser humano cabe exercer sua liberdade natural e ao ser estudado, considerando sua liberdade, não há uma ideia unificada do ser humano com uma moral universal.

Fonte: adaptado de Namba (2009, p. 12-13).

Considerando as reais divergências que acabamos de encontrar, esse é o momento propício de compreendermos o Biodireito como agente regulador.

Basicamente um novo ramo do Direito e da Filosofia, no campo ético, a bioética dominou a esfera do direito como “pano de fundo” de debates de situações controversas, já contando com algumas normas sobre a consideração de valores, instigando as discussões.



Exemplificando

A despeito dessas discussões, de forma ponderada, um bom exemplo é a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal - ADPF 54, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 31 set. 2017.

Por isso, devemos desvincular o Direito da Bioética. Então, chegamos ao fim dos conteúdos da primeira seção de nossa primeira unidade. Ainda temos um longo e desafiante caminho à frente. Vamos, agora, passar à resolução de nossa problemática apresentada.

Sem medo de errar

Vamos resolver a nossa situação-problema especialmente preparada para essa seção?

Antes, vamos lembrar nosso contexto e situação-problema.

- Você foi convidado a ser entrevistado em importante programa promovido pela sua Instituição de Ensino, a ser televisionado e contando com ilustres convidados.

- No primeiro bloco de sua entrevista, deve ser abordado um apanhado conceitual sobre a relação existente entre avanço tecnológico, Ética e Bioética. A seguir você deverá, considerando os aspectos legais, trazer as considerações da constituição brasileira e do direito internacional sobre o Biodireito e suas consequências, finalizando com a influência dos Direitos Humanos sobre o ser humano e os princípios da Bioética. Lembre-se de que deve assumir, nesta seção, uma postura liberal a cada tema abordado pelos convidados, que estarão condicionados aos seguintes questionamentos no primeiro bloco do programa (que corresponde à primeira seção):

- A tecnologia e sua influência na vida humana, que por certo influencia o comportamento humano, deve considerar apenas os benefícios no que diz respeito à biotecnologia?

Uma das possíveis soluções em sua entrevista, lembrando que você está no papel de um advogado especializado em Ética e Biodireito, e adotando uma postura liberal, seria responder que o ser humano não deve se sujeitar às posições públicas e sociais, tampouco a qualquer reserva à sua liberdade individual. Porém, os debates devem gerar a tolerância e garantir a resolução dos conflitos por meio do consenso, sem dissuasão e com liberdade.

- Quais avanços o Direito Constitucional e Internacional trouxeram no que diz respeito à influência dos Direitos Humanos sobre o ser humano?

Uma das possíveis respostas seria apontar, de acordo com o Livro Didático, o histórico dos direitos humanos, o constitucionalismo social e o que mudou no comportamento humano, ou seja, o que sobreveio das lutas por dignidade e cidadania.

- No que concerne aos princípios da Bioética, poderia distinguir Bioética de Biodireito e sua existência como limitador dos avanços em determinados aspectos, a exemplo do direito de permanecermos vivos? O que sopesar?

Nesse aspecto, uma provável resposta seria utilizar as distinções trazidas ao Livro Didático, mas quando for abordar o Biodireito como limitador dos avanços, procure a postural liberal de que é limitador no sentido de proteção do ser humano contra o livre arbítrio dos governantes e de tecnologias mal-intencionadas, e não como limitador da liberdade humana. O que se deve sopesar é que a dignidade da pessoa humana deve ser assegurada dentro de uma concepção jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia.

Então, acho que o debate não foi difícil assim, certo?

ESTUDO DE CASO: Dever de Proteção à vida no caso: SCHLEYER

Descrição da situação-problema

Por volta dos anos 1970, o terrorismo na Alemanha e a violência dele decorrente eram assustadoras mesmo no pós-guerra. O grupo RAF (Fração do Exército Vermelho), mesmo com a prisão dos seus líderes, ainda era forte. Para resgatá-los a RAF sequestra um homem importante, que à época era presidente da Federação Alemã dos Empregadores, empregando violência e exigindo a libertação de 11 membros presos. O governo da época, liderado por Schimdt, resolve não atender ao pedido da RAF alegando, internamente, que precisavam de tempo para achar o cativo do empresário. (MARMELSTEIN, 2009, p. 464).

Imagine agora um juiz brasileiro e que o caso tivesse ocorrido no Brasil, analisando a interposição de uma queixa, por parte do filho do empresário sequestrado, de que o Estado, ao não atender os sequestradores, estava condenando seu pai à morte. Como resolveria a questão?

Resolução da situação-problema

O caso, em nosso país, considerando o que aprendemos nessa seção deveria ser resolvido a partir da interpretação e observação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, correlacionando o direito à vida, liberdade e dignidade humanas e aplicando o dever de proteção do Estado.

Faça valer a pena

1. Analise o excerto abaixo:

O estabelecimento dos princípios da bioética decorreu da criação, pelo Congresso dos Estados Unidos, de uma Comissão Nacional que tinha a incumbência de identificar os princípios éticos básicos que deveriam guiar a investigação de seres humanos pelas ciências do comportamento e pela biomedicina. Iniciados os trabalhos em 1974, quatro anos após publicou a referida Comissão o chamado Informe Belmont, contendo 3 princípios:[...] (BARBOZA, 2000, p. 209)



Agora, procure relembrar três princípios abordados no texto sobredito:

1. O princípio da autonomia, também conhecido como o do respeito às opiniões e escolhas da pessoa, protege as crenças e valores pessoais.
2. O princípio da beneficência nos obriga a não causar dano, zelando pelos benefícios e diminuindo os riscos.
3. O princípio da justiça indica que devemos ser imparciais na distribuição dos riscos e benefícios, sem acepção de pessoas.

Baseando-se no texto-base, podemos então supor, em outras palavras, que:

- a) O princípio da autonomia estabelece a ligação com o valor mais abrangente da dignidade humana, representando a afirmação moral de que a liberdade de cada ser humano deve ser resguardada.
- b) No princípio da beneficência, a norma reguladora deve procurar corrigir, tendo em vista o corpo-objeto do agente moral, a determinação estrita do texto legal.
- c) No princípio da justiça existe o reconhecimento do valor moral do outro, considerando-se que maximizar o bem do outro supõe diminuir o mal.
- d) O princípio da maleficência nos obriga a não causar dano, zelando pelos benefícios e diminuindo os riscos.
- e) O princípio da autonomia, conhecido como o do respeito à moral e aos bons costumes coletivos, não individualiza as escolhas da pessoa, pois protege as crenças e valores plurais.

2. Ainda que possivelmente o opressor nunca venha a deixar de existir, o intolerante passa agora a não ser tolerado por uma nova frente de intolerantes. Quer se dizer: o século XXI está se tornando cada vez mais intolerante com os intolerantes, por três motivos:

- I – porque o resultado dos códigos e tratados trouxe para a humanidade um nível cada vez maior de sensibilidade, de esclarecimento acerca do sofrimento humano e da dignidade.
- II – porque a era da informação via internet, considerando necessariamente as redes sociais, permitiu que a voz daquele que não era ouvido, ganhasse potência e altitude.
- III – porque houve uma mudança estratégica onde o mais fraco passou a manifestar uma força nunca antes imaginada. (SABINO, 2017, p. 11)

Nesse contexto, é correto o que se afirma em:

- a) I, apenas.
- b) II, apenas.
- c) III, apenas.
- d) I e II, apenas.
- e) I, II e III.

3. A ética vem problematizar o que a ciência não se mostra capaz de resolver. Assim surgiram os aspectos de criação da Bioética. Em situação cotidiana, o homem pensa em descompasso com a valorização da vida, por conta das transformações espaciais e temporais e é nesse sentido que os debates são inesgotáveis, o que pode tornar um avanço técnico em órfão de uma regulamentação jurídica.

A essa regulamentação jurídica, enquanto ramo do Direito, nomeamos como:

- a) ética.
- b) deontologia.
- c) biodireito.
- d) bioética.
- e) biotecnologia.

Seção 1.2

Direitos Humanos e o Biodireito

Diálogo aberto

Olá, estudante!

Nessa seção, iremos correlacionar os Direitos Humanos ao Biodireito, numa perspectiva que aborde o princípio da dignidade humana no que concerne ao direito à vida, saúde e integridade física e claro, com aplicação a caso concreto durante a resolução da situação-problema.

Pensando numa abordagem crítica sobre o Biodireito, vamos começar pela efetividade dos direitos da pessoa humana, a fim de compreendermos a necessidade do respeito ao direito à dignidade.

Você já ouviu falar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado ao Biodireito? Quantas vezes teve contato direto ou ouviu “por aí” histórias sobre pessoas que preferiram morrer com dignidade e sem dor em vez de se submeterem a tratamentos com poucas chances de sobrevivência?

Chegando a sua resposta, sente-se preparado para o segundo bloco do programa?

Estamos agora na segunda parte do nosso debate estudantil promovido pela Kroton, aos alunos dos últimos semestres de formação dos cursos de direito e convidados jurisperitos na área de instituições públicas e privadas.

Lembre-se que, como advogado especializado em Ética e Biodireito, você foi convidado a participar do programa “Debate Estudantil”, promovido semestralmente e ao vivo pela Kroton Educacional.

Para este segundo momento da entrevista lembre-se de que a abordagem passará pelo princípio da dignidade humana, considerando o direito à vida, à saúde e à integridade física através dos direitos humanos, respondendo aos temas para os quais também encontrará o embasamento no livro didático.

Lembre-se de que, para esta seção, deve assumir uma postura liberal e, depois, uma postura conservadora em seu discurso, a cada questionamento dos convidados, por meio dos seguintes temas propostos pelos entrevistadores:

- Devemos lançar mão de qualquer meio disponível em prol da vida e da saúde em face do princípio da dignidade humana?
- Qual a relação entre Direitos Humanos e o Biodireito em situações que remetem ao direito à integridade física, a exemplo do doente terminal, que tem a opção de experimentar, ou não, nova droga para a qual ainda não existem dados relevantes sobre cura ou grau de sofrimento, preservando sua integridade física, mesmo em estágio que fatalmente o levará a óbito?

O conteúdo no qual você, caro aluno, deve se basear para responder as indagações apresentadas abrange os temas do direito à vida, à saúde e à integridade física, que serão aprofundados nessa seção.

Tenha em mente que estas reflexões são essenciais para a compreensão dos temas propostos nesta etapa de estudos. Dessa forma, busque aprofundar sua pesquisa para fazer um bom trabalho! Desejamos sucesso em sua empreitada!

Não pode faltar

E então, preparado para adquirir mais conhecimentos?

Lembre-se que na Seção 1 desta Unidade de Ensino, apenas para contextualização, estudamos a Ética, a Bioética e o Biodireito de forma conceitual, principiológica e comparada para que pudéssemos compreender a influência que esses temas exercem sobre a pessoa humana.

Já vimos, na seção anterior, que os avanços técnico-científicos, a velocidade com que as informações se globalizam, o bem-estar associado à responsabilidade e, claro, agir com ética são premissas para entender o surgimento e a complexidade do Biodireito.

Os debates sobre os temas que envolvem situações controversas que sempre surgem nesse cenário têm sempre como escopo a Bioética.

Mas antes de continuarmos, que tal algumas reflexões?



Assimile

O conceito de Bioética na definição de Amaral (1999, p. 36), "é a disciplina por intermédio da qual se [...] examina e discute os aspectos éticos relacionados com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina, indicando os caminhos e os modos de respeitar os valores da pessoa humana". No mesmo percurso conceitual, Leo Pessini aborda que a Bioética investiga a moralidade da conduta humana no contexto das ciências da vida, incluindo também a ética da medicina com foco nos problemas éticos, muitas vezes negligenciados pelas ciências biológicas. (PESSINI, 2008, p. 11).

Assim, podemos pensar em um conceito de Biodireito como positividade das normas bioéticas.



Refleta

Será que poderíamos dizer que a Bioética é a positividade jurídica de autorizações para ações médico-científicas e de penalidades para o descumprimento dessas normas?



Desta maneira, pode-se dizer de forma mais concisa que Biodireito é o conjunto de leis positivas que visam estabelecer a obrigatoriedade de observância dos mandamentos bioéticos, e, ao mesmo tempo, é a discussão sobre a adequação - sobre a necessidade de ampliação ou restrição - desta legislação. (CHIARINI, 2004)

Isso posto, no que tange aos Direitos Humanos, a Bioética deve ser desvinculada do Direito a fim de que ambas não sejam utilizadas com finalidades políticas ou religiosas, afinal, vivemos em um Estado laico.

Como aponta Namba, (2009, p. 13), "[...] O discernimento da escolha de uma forma mais inovadora na concepção de um ser humano; para correção de anomalias genéticas e para cura de seus males não pode ser tolhido, sob pena de se restringir a liberdade científica."

Mas, você deve estar se perguntando: e os Direitos Humanos, onde se encontram nesse contexto?

Marmelstein (2009, p. 21) entende que “os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.”

O conceito do autor tem como foco os direitos fundamentais e por isso, é importante que saibamos distingui-los do que se refere aos Direitos Humanos como valores que, vinculados à dignidade da pessoa humana, são positivos no plano internacional, por meio de tratados, dos quais nosso país é signatário.

Importante saber que dentre os temas que permeiam a Ética, a Bioética e o Biodireito, tanto os direitos fundamentais como os direitos humanos caracterizam a dignidade da pessoa humana como um valor superior, pois o ser humano é o limite e o fundamento da autoridade política.

E já que estamos abordando alguns princípios, veja a questão da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana compreende, também, outros conteúdos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e à integridade física. O jusnaturalismo, como direito natural do ser humano, coloca a dignidade da pessoa humana em patamar de direito natural inato, resultado da conquista dos povos ao longo da história.



Assimile

José Afonso da Silva refere-se à dignidade da pessoa humana como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.” (SILVA, 2003, p. 109).

Respeitar o conceito de dignidade da pessoa humana é compreender o ser humano de forma global, quer seja física, psíquica, com autodeterminação conscienciosa e garantida moral e juridicamente pelo Estado.

A dignidade, como fundamento da República Brasileira, é apresentada, no artigo primeiro da nossa Constituição Federal – Título I – Dos princípios fundamentais:



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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição. (BRASIL, 1988, art. 1º).

Note que a dignidade da pessoa humana é princípio e por isso sua importância no cenário dos Direitos Humanos e do Biodireito. Portanto, dentre os fundamentos do Estado Brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui papel de destaque e deve servir às decisões dos casos concretos que se apresentam e para a elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas, pois o Estado existe para o ser humano e não o contrário.

No artigo 3º da Constituição Federal de 1988, ainda na constituição dos objetivos fundamentais, o inciso IV estabelece a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, relaciona-se diretamente à promoção da dignidade humana e ao respeito às diferenças, a fim de que possamos concretizar o pluralismo.

Agora, vamos trabalhar um pouco os temas do direito à vida, à saúde e à integridade física?



O primeiro de todos os direitos naturais do homem é o direito à vida, ao qual se vinculam o direito de nascer e, ao longo de toda a existência, o de viver com dignidade. A vida constitui fonte primária de todos os outros bens jurídicos, por isso, a Constituição Brasileira erigiu a vida como fonte primária dos direitos fundamentais e, no seu contexto, insere-se o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência (LOUREIRO, 2009, p. 84).



Exemplificando

Um exemplo bem explícito do valor fundamental, então, é a vida física, pois é sobre ela que se desenvolvem os demais valores do ser humano.



Pesquise mais

Para aprofundar seus conhecimentos, leia o artigo "Reflexões em ética, bioética e biodireito" disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7601&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 20 set. 2017.

O texto aborda os dilemas que envolvem o Biodireito, enfocando aspectos da Ética e da Bioética aplicadas, tendo como escopo o debate crítico a respeito das principais polêmicas nesse sentido. Lembre-se de que ele o ajudará a formar suas opiniões considerando a situação-problema proposta para esta seção e de que você é personagem principal do seu processo de aprendizagem.

Depois que você entendeu um pouco sobre os princípios da dignidade humana, vamos falar agora sobre dois outros importantes conceitos que se relacionam com o Biodireito: direito à vida e direito à saúde. Para ilustrar melhor, procure entender o Quadro 1.2 que se segue:

Quadro 1.2 | O direito à Vida

Direito à vida	
Âmbito de proteção <ul style="list-style-type: none">• Inviolabilidade• Irrenunciabilidade	Restrições <ul style="list-style-type: none">• Pena de morte• Cláusula de reserva explícita• Excludente de antijuricidade• Código Penal e aborto

Fonte: elaborado pela autora.

Vamos nos ater um pouco ao âmbito de proteção do direito à vida? Se já sabemos que a existência física do ser humano tem proteção constitucional em qualquer forma que se apresente, fica claro que estamos abarcando tanto uma pessoa saudável como outra que possa ter uma doença terminal, por exemplo.

Nesse aspecto, o âmbito de proteção da inviolabilidade do direito à vida se concentra nas violações do Estado e de terceiros contra o cidadão, e a irrenunciabilidade protege a vida de seu próprio titular.



Refleta

Atentando-nos aos movimentos conservadores ou liberais, é importante destacar que: O direito à vida costuma ser compreendido em dupla acepção. Em sua acepção negativa consiste no direito de todo e qualquer ser humano de permanecer vivo. Trata-se aqui de um direito de defesa que confere ao indivíduo um status negativo (em sentido amplo), ou seja, um direito à não intervenção em sua existência física por parte do Estado e de outros particulares. A acepção positiva costuma ser associada ao direito a uma existência digna, no sentido de ser assegurado ao indivíduo o acesso a bens e utilidades indispensáveis para uma vida em condições minimamente dignas. (CUNHA JR.; NOVELINO, 2016, p. 35)

Caro estudante, nessa reflexão procure perceber a dicotomia entre o direito de permanecer vivo, considerando até que ponto devemos considerar esse direito, uma vez que a existência humana deve trazer dignidade.

Agora, passemos às restrições.

O direito à vida não possui caráter absoluto e pode sofrer restrições no seu campo de proteção.

Em nossa Constituição de 1988, artigo 5º., XLVII, a), a única restrição encontra-se na imposição da pena de morte em caso de guerra declarada.

Porém, existem outras hipóteses em cláusula de reserva implícita. Infraconstitucionalmente (ou seja, abaixo da Constituição), se houver a proteção legítima à vida; nesse caso, estaremos diante de uma **excludente de antijuricidade**.



Exemplificando

Um policial, agindo no estrito cumprimento do seu dever, que atira e leva à morte um sequestrador para salvar a vida do refém, entra na hipótese de excludente de ilicitude, previsto no Código Penal, artigos de 23 a 25.

Vamos lá conferir em "Código Penal, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

O Código Penal brasileiro também prevê duas hipóteses para que não haja punição ao aborto. Os casos são de aborto necessário, quando o feto coloca em perigo a vida da gestante e de aborto sentimental, quando a gravidez é resultante de estupro.

Uma hipótese que ainda gera controvérsias é a do aborto do feto anencéfalo, para o qual temos somente o julgamento da ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF na qual o plenário do STF declarou, por maioria, a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada como aborto pelo Código Penal (BRASIL, 1940, art. 124, 126 e 128, Incisos I e II).



Pesquise mais

Vamos nos aprofundar nessa ADPF? Consulte o voto do então (à época) SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) na ADPF 54/DF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarioticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017. Leitura de fundamental importância para seu posicionamento como profissional.

Não menos importante e palco de debates intermináveis, está o precedente do STF que, através da ADI 3.510/DF, declara a constitucionalidade dos dispositivos da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), considerando que a permissão legal para a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapêuticos não pode ser considerada como uma violação ao direito à vida, pois fomenta o direito à vida e à saúde das pessoas portadoras das mais variadas doenças, para as quais ainda não há tratamento ou cura.

E você, estudante, o que pensa a respeito?



Reflita

Consulte a lei 11.105/2005 e a ADI 3.510/DF, para que possa se posicionar e dar o seu voto, afinal, precisará dessa experiência em situação-problema da próxima Unidade de Ensino.

Portanto, inteire-se e se aposses do conteúdo com o sucesso e as competências que sabemos você tem.

O direito à vida não está dissociado do direito à saúde e à integridade física. O capítulo II da CF de 1988, que elenca nossos direitos sociais, assim se expressa em seu artigo 6º:



São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, art. 6)

Nesse contexto, devemos refletir sobre o estado atual da saúde em nosso país, pois, para que a oferta de serviços seja eficaz, precisamos da disponibilidade, universalidade e qualidade na prestação desse serviço.

A saúde é idealizada como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, bem como a diminuição do risco de doenças e de outros perigos à saúde, pois este direito não se limita apenas à ausência de doenças ou ao acesso a remédios, abrangendo também o direito a uma boa alimentação, em quantidade e qualidade suficientes para que o corpo físico se desenvolva com dignidade.

Assim, podemos dizer que “ainda que não estivesse positivado, entretanto, o direito à saúde certamente poderia ser depreendido da tutela jurídica dos direitos à vida e à integridade física e corporal, enquanto direito fundamental” (FIGUEIREDO, 2007, p. 85).

No mesmo sentido se posiciona Sarlet, ao afirmar que:



[...] o direito a saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde. (SARLET, 2002, p. 8).

Finalizamos a seção exaltando os valores da preservação da vida humana, que devem ser garantidos pela melhoria efetiva dos serviços de saúde (sua real efetivação), preservando-se assim o patrimônio genético, a proteção da integridade física, mental e emocional, dentre outros direitos correlatos, sob o teto da ação incansável que se espera dos particulares e dos poderes públicos.

Sem medo de errar

Vamos resolver a nossa situação-problema especialmente preparada para essa seção?

Antes, vamos contextualizar, lembrando:

- Você foi convidado a ser entrevistado em importante programa promovido pela sua Instituição de Ensino, que será televisionado e contará com ilustres convidados.

Lembre-se de que, para esta seção, deve-se assumir uma postura liberal e, depois, uma postura conservadora em seu discurso, a cada questionamento dos convidados.

Você iniciará o segundo bloco da sua entrevista abordando o princípio da dignidade humana, considerando o direito à vida, à saúde e à integridade física sob a ótica dos direitos humanos, respondendo aos seguintes temas, para os quais também encontrará o embasamento no livro didático:

- Devemos lançar mão de qualquer meio disponível em prol da vida e da saúde em face do princípio da dignidade humana?

Os conservadores diriam, em uma das respostas possíveis, que o ser humano é um organismo dotado de liberdade para seu próprio aperfeiçoamento, mas essa liberdade é constantemente maculada pelas descobertas tecnológicas que atentam contra sua natureza. Por isso, experiências devem ser suspensas, pois violam a liberdade humana. As pesquisas genéticas, principalmente, devem ser vistas com total cautela.

Já os liberais, em uma das respostas possíveis, diriam que o ser humano não deve se sujeitar às posições públicas e sociais, tampouco a qualquer reserva à sua liberdade individual, pois a sua moral o torna responsável pelo seu futuro e por isso, não deve sujeitar-se aos possuidores do conhecimento ou do poder público.

- Qual a relação entre Direitos Humanos e Biodireito em situações que remetem ao direito à integridade física, a exemplo do doente terminal que tem a opção de experimentar, ou não, nova droga para a qual ainda não existem dados relevantes sobre cura ou grau de sofrimento e escolhe o não tratar, preservando assim sua integridade física, mesmo em estágio que fatalmente o levará a óbito.

Nesse quesito, um conservador diria que os direitos humanos conquistados ao longo da história e que foram se consolidando ou, melhor, sendo tipificados como direitos e muitos até com as garantias já previstas, não colocam o ser humano em posição de dispor de sua própria vida.

Já os liberais diriam que acima de qualquer outro direito está o princípio da dignidade humana, ressaltando os direitos do cidadão ao seu próprio corpo e liberdade na escolha do melhor tratamento para si.

Desejamos sucesso em sua entrevista, afinal, é um grande desafio abordar mais de uma visão sobre um mesmo tema.

Avançando na prática

João decide morrer

Descrição da situação-problema

João Paulo Mendonça Lima e Bragança descobriu um tumor maligno no fígado e seu médico informou que seria possível optar por um tratamento recentemente implantado na medicina brasileira, embora a doença já esteja em estágio avançado. Entretanto, João tem sentido fortes dores e, segundo adiantado pelo médico, o tratamento também será doloroso, de forma que o paciente se recusou a fazê-lo, dada a pequena chance de sucesso. Verônica, filha de João, foi informada de que a expectativa de vida do pai é de apenas dois meses se este não se submeter ao tratamento. Desse modo, foi consultar você, caro aluno, e pediu a elaboração de um breve parecer indicando se ela poderia obrigar o pai a se submeter ao tratamento médico. Elabore o parecer requerido por Verônica, considerando a acepção positiva para responder se o desejo de João deve ser respeitado.

Resolução da situação-problema

Caro estudante, se levarmos em consideração a dimensão objetiva e acepção positiva, que primam pela dignidade e qualidade

da sobrevivência do ser humano, seu parecer deve ter como ponto de partida o respeito ao desejo de João.

Fundamentando seu parecer, informe à Verônica que a aceção positiva costuma ser associada ao direito a uma existência digna, no sentido de ser assegurado ao indivíduo o acesso a bens e utilidades indispensáveis para uma vida em condições minimamente dignas. Utilize em sua abordagem, também, o disposto no art. 15 do Código Civil, que assim discorre:

“Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” para esclarecer Verônica que ela não pode obrigar o pai a se submeter ao tratamento médico.

Faça valer a pena

1. Avalie o excerto de Figueiredo que segue:

Para que um direito fundamental individual seja reconhecido como tal é necessário que esteja regulamentado na forma de Constituição dentro de um Estado, essa proteção terá a forma de um direito subjetivo. Se a proteção for de todos os indivíduos dentro da coletividade, e cada membro protegido não puder ser individualizado de forma concreta, teremos o direito objetivo como forma de proteção, “a proteção do ser humano tornou-se objeto e objetivo do constitucionalismo, primeiro sob a forma de direitos do homem, depois como direitos humanos e, finalmente, como direitos fundamentais. (FIGUEIREDO, 2007, p. 219).

Fonte: FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Nesse contexto, avalie as seguintes asserções e a relação entre elas proposta:

I - O direito, uma vez positivado, existe muito mais para prevenir do que para corrigir, pelo seu aspecto protetivo.

PORQUE

II - As Constituições têm como objetivo a proteção do ser humano, portanto, há mais necessidade de se evitar conflitos do que de repará-los nas composições diante do poder judiciário.

Sobre as asserções, assinale a alternativa correta:

- a) As asserções I e II são proposições verdadeiras e a II justifica a I.
- b) As asserções I e II são proposições verdadeiras e a II não justifica a I.
- c) A asserção I é uma proposição verdadeira e a II, falsa.
- d) A asserção I é uma proposição falsa e a II, verdadeira.
- e) Ambas as asserções são proposições falsas.

2. Analise o excerto que segue:



Para Namba, (2009, p. 13) [...] “O discernimento da escolha de uma forma mais inovadora na concepção de um ser humano para correção de anomalias genéticas; e para cura de seus males não pode ser tolhido, sob pena de se restringir a liberdade científica” (NAMBA, 2009 p. 13).

O trecho proposto, se aliado aos Direitos Humanos, aponta que a Bioética:

- a) deve ser vinculada ao direito a fim de que as finalidades políticas ou religiosas possam ser debatidas a fim de se promover um verdadeiro Estado Democrático de Direito.
- b) deve ser desvinculada do direito a fim de que sejam utilizadas com finalidades políticas ou religiosas, afinal, em temas como o aborto o Estado não é laico.
- c) deve ser desvinculada do direito a fim de que ambas não sejam utilizadas com finalidades políticas ou religiosas, afinal, vivemos em um Estado laico.
- d) deve ser vinculada ao direito a fim de que sejam utilizadas com finalidades políticas ou religiosas, afinal, vivemos em um Estado laico, porém, democrático.
- e) deve ser desvinculada do direito a fim de que sejam utilizadas com finalidades econômicas, pois, além de uma sociedade capitalista, vivemos em uma democracia.

3. Leia a seguir, um trecho do voto dado à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54:

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou vemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, 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, do Código Penal brasileiro. (BRASIL, 2012, p. 80)

O excerto apresentado, no que tange ao voto, declara:

- a) a constitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada como crime no Código Penal brasileiro.
- b) a incompatibilidade do Código Penal diante da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, que é conduta tipificada como crime.
- c) a compatibilidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada como crime no Código Penal brasileiro.
- d) a inconstitucionalidade do debate que pretende, na contramão do direito à vida, acatar a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, pois que é conduta tipificada como crime.
- e) a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada como crime no Código Penal brasileiro.

Seção 1.3

Aspectos atuais do Biodireito

Diálogo aberto

Olá, estudante!

Nessa seção iremos direcionar nossa atenção para a autonomia da vontade em transversalidade com os tratamentos cirúrgicos, os valores religiosos, o direito ao corpo e à mutilação, sob a ótica dos seus alcances e das suas limitações. A abordagem, considerada a questão da integridade física do ser humano, também nos levará aos aspectos da responsabilidade médica.

Sob tais aspectos, procure lembrar-se de fatos ocorridos que remetam às histórias ou notícias sobre o drama de pacientes e famílias nas difíceis escolhas no que concerne a tratamentos médicos, cirurgias e consentimento.

Após essa reflexão e os estudos dispostos em seu livro didático, vamos ao terceiro bloco do programa?

Estamos agora na terceira parte do debate estudantil promovido pela Kroton para os alunos dos últimos semestres de formação dos cursos de Direito de todas as marcas atuantes no país e convidados jurisperitos na área, advindos de instituições públicas e privadas.

O tema final trará a abordagem de um aspecto atual do Biodireito, pois nesse bloco da entrevista, o mediador a ser escolhido dentre os jurisperitos convidados apresentará o caso de uma família que se nega a permitir que um ente querido receba tratamento médico adequado, por meio de uma cirurgia, por entenderem que a idade avançada do paciente, acometido também da doença de Alzheimer, não permitirá seu consentimento, ofendendo o princípio da autonomia da vontade, desconsiderando o parecer médico.

Como o tema é único, porém abrangente, e considerando a escolha para esta seção, traga à sua apresentação uma opinião a favor da autonomia da vontade e outra, contrária, que deve preservar a vida do paciente. Não se esqueça de buscar suas fontes no livro didático e suas indicações de leitura.

Não pode faltar

E então, vamos aos últimos temas da nossa unidade de ensino?

Antes, recordemos que na Seção 1 desta unidade de ensino, apenas para contextualização, estudamos a Ética, a Bioética e o Biodireito de forma conceitual, principiológica e comparada, para que pudéssemos compreender a influência que esses temas exercem sobre a pessoa humana.

Na Seção 2, correlacionamos os Direitos Humanos ao Biodireito do ponto de vista do princípio da dignidade humana, com foco no direito à vida, à saúde e à integridade física.

Agora, passaremos aos aspectos atuais do Biodireito.

Como sabemos, os Estados totalitários, colonizados e explorados na história do mundo, produziram grandes desigualdades e, o contexto da Segunda Guerra Mundial é muito importante para que possamos compreender como os direitos humanos foram, pouco a pouco, interferindo no modo de vida das pessoas e nos seus ideais.

Foi nesse período que as perseguições e a violência contra os seres humanos e as minorias se tornaram mais evidentes do que nunca, a exemplo da morte de seis milhões de judeus. Porém, a consciência humana se elevou e no final da Segunda Guerra, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), substituindo a Liga das Nações, que não teve sucesso na manutenção da paz e outros direitos.

A Sociedade das Nações não passava de um clube de Estados, com liberdade de ingresso e retirada conforme suas conveniências próprias, as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer, portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana. (COMPARATO, 2007, p. 214)



O princípio da igualdade norteia a Carta da sessão de inauguração das Nações Unidas que, em Assembleia Geral, proclamou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o mais importante documento internacional.



Pesquise mais

Conheça a íntegra da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10/12/1948, na biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 4 out. 2017.

Ao retomar as ideias liberais da Revolução Francesa de 1789, garantiu a liberdade e a igualdade de todos os seres humanos em escala universal, possibilitando assim, a internacionalização dos direitos humanos por intermédio de tratados, convenções, pactos e declarações, e dos quais os países integrantes da ONU são signatários. No Brasil, lembrando, apenas mais tardiamente essa igualdade prevista foi se instalando, afinal, ainda vivíamos as ditaduras e os percalços políticos que impunham opressão e miséria ao povo brasileiro.



Refleta

Olhando para o cenário atual brasileiro, você acha que de fato algo mudou se considerarmos o exposto no parágrafo anterior? Vivemos uma ditadura disfarçada ou vivemos em um país democrático?

Apenas na história contemporânea brasileira, a instituição de um Estado Democrático de Direito, ao sistematizar um Estado juridicamente organizado, no qual sociedade e Estado devem se subordinar às leis, o constitucionalismo tornou-se uma realidade na proteção dos direitos humanos fundamentais.

É nesse clima de proteção que identificamos na Constituição vários direitos e garantias fundamentais; entretanto, por ora, nos concentraremos no princípio da autonomia da vontade como ponto de equilíbrio dessa seção.

O artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil positivou os Direitos e Garantias Individuais e Coletivos pelo estabelecimento dos direitos civis e garantias processuais e, ao enunciar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sistematiza um dever jurídico que, no campo da Ética, nos ensina o respeito ao próximo como base do princípio da isonomia.

Nesse aspecto, temos no artigo 5º uma proteção implícita que é a autonomia da vontade, o que significa dizer que o ser humano possui o poder de tomar decisões em seu âmbito particular, de acordo com seus interesses e prioridades. É o reconhecimento individual de que podemos fazer o que é de nossa vontade, mas por certo limitados ao direito dos outros indivíduos, pois somos responsáveis pelas nossas escolhas e suas consequências.



Assimile

Embora a proteção seja fruto da dignidade da pessoa humana, não existe qualquer dispositivo na Constituição brasileira que estabeleça claramente o direito à autonomia privada, mas, como dissemos, está implícita nos direitos de liberdade e de personalidade.

Portanto, o objetivo dessa proteção é atribuir ao indivíduo o direito de autodeterminação do seu próprio destino.



Exemplificando

Usaremos agora uma decisão prolatada pela Suprema Corte norte-americana que ilustra essa proteção, em um trecho do voto proferido pelo juiz Kennedy, no caso *Lawrence vs. Texas*. Disponível no site da Escola Superior do Ministério Público da União, no artigo intitulado: **A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade**. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/a-suprema-corte-dos-estados-unidos-e-o-direito-a-intimidade>> Acesso em: 7 out. 2017.

Nesse caso ícone, a Suprema Corte norte-americana anulou uma lei do Texas no ano de 2003 que punia criminalmente a prática do homossexualismo. A decisão foi pautada no entendimento de que a sexualidade configura uma opção de caráter íntimo e particular do ser humano, sendo proibido ao Estado interferir em escolhas consensuais entre indivíduos capazes, uma vez que a liberdade confere ao ser humano dar o sentido e definir a sua existência.

Antes de adentrarmos nas questões de tratamentos médicos e cirúrgicos ou do direito ao corpo, ou mesmo da responsabilidade médica, vamos falar um pouco sobre a liberdade de crença e religião?

Historicamente, em nosso país, a primeira Constituição, de 1824, instituiu a religião católica durante o Império como a oficial, e as demais ficaram circunscritas a casas fechadas, sem direito à exteriorização. Apenas com a proclamação da República, essa regra começa a mudar e a nos transformar em um país laicizado (Estado laico, onde a religião deve ser separada do Estado).

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo XIX, inciso I, que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

Nesse sentido, demonstra-se o Estado laico em face da liberdade de crença no artigo 5º, inciso VI, “sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto ou das liturgias.” Porém, o inciso VIII deste mesmo artigo, ensina que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, **salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.**”

E é nesse último contraponto que vamos correlacionar os tratamentos médicos e cirúrgicos com a autonomia da vontade.

Para Marmelstein (2009), no contexto da liberdade religiosa existe com relação aos crucifixos encontrados em repartições e locais públicos uma severa discussão, pois o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), no julgamento realizado em 29/5/2017, ofereceu entendimento de que a colocação de ícones religiosos em fóruns e tribunais não viola a Constituição ou a ideia de Estado laico e a fundamentação foi a de que a cultura brasileira é predominantemente cristã.



Pesquise mais

Nesse sentido, pesquise a ADI 2076/DF do STF, da lavra do relator Ministro Carlos Velloso, j. 15/8/2002, que aborda a individualidade da crença, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>> Acesso em: 7 out. 2017.

Em contraponto ao exposto sobre os ícones em locais públicos podemos citar que na Alemanha, a colocação de crucifixos nas escolas públicas fere a Constituição, justamente por conta da liberdade de crença.



Refleta

A respeito de todo o contexto apresentado, e após reflexão, qual o seu ponto de vista referente ao entendimento do CNJ de que os crucifixos em espaços públicos não ferem a Constituição?

Mas, você deve estar se perguntando: Em que os tratamentos médicos e cirúrgicos, bem como a autonomia da vontade, podem se relacionar com a liberdade de crença ou religião?



Refleta

O que você faria se, em caso de extrema dor, um médico lhe dissesse que precisa de uma cirurgia de emergência? Teria o discernimento para perguntar sobre algum tratamento paliativo? Ou ainda, no mesmo quadro de sofrimento extremo, se precisasse de transfusão de sangue não permitida por sua religião, como procederia? O direito à vida está acima de qualquer outro estudado até agora?

O código de ética médica obriga o consentimento (desde que devidamente informado sobre o caso e suas possibilidades) do paciente, para que este tenha autonomia ao decidir; inclusive, em caso de risco de morte, sua vontade é ainda mais relevante na escolha do procedimento informado pelo médico. Ressalte-se que, pela Bioética, apoiada em códigos internacionais e nacionais, o paciente tem o direito de escolha em qualquer caso. A autonomia e o consentimento, para quaisquer procedimentos, são inalienáveis.

Cabe ao médico, nesses contextos, investigar a vontade do paciente e observar se está livre de coação interna (dor, sofrimento ou medo da morte) ou externa, usando da teoria do fato jurídico para a determinação da validade do comportamento que se espera do paciente e da sua capacidade de compreender os fatos e alternativas e de se autodeterminar. É válido lembrar que o médico deve cuidar para não incidir numa prática conhecida como paternalismo, quando ele toma as decisões pelo paciente, não

dando oportunidade ao exercício da autonomia livre e consciente. A Bioética chama a atenção para que o médico tenha uma prática de paternalidade, de cuidado com o paciente, caso este não consiga exercer livremente sua opinião.

Há de se considerar também os valores religiosos do paciente, que determinam sua autonomia em muitos casos, a exemplo das Testemunhas de Jeová, que recusam transfusão de sangue. Nesses casos, é dever do médico ponderar com o paciente as consequências da recusa, para que cumpra seu papel e respeite a autonomia do paciente.

A responsabilidade médica, então, passa a ser tema dessa seção, a partir do momento em que a vida é patrimônio do direito e da medicina e aí está o ponto crucial que invoca os direitos dos pacientes e a atuação médica, que deve atentar para a integridade física e psicológica do paciente, numa abordagem humanística.

No Biodireito, com relação ao tratamento médico, o foco está no dano moral, material e sua reparação.

No que tange à responsabilidade civil, segundo Maria Helena Diniz:



[...] é, indubitavelmente, um dos temas mais palpantes e problemáticos da atualidade jurídica, antes sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais. [...] Deveras, a todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem, relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando imprescindível a criação de soluções ou remédios – que nem sempre se apresentam facilmente, implicando indagações maiores – que sanem tais lesões, pois o direito não poderá tolerar que ofensas fiquem sem reparação. (DINIZ, 2011, p. 11)

O artigo 186 do Código Civil enuncia que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

E, ainda, o artigo 927, preceitua: “aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.”

A responsabilidade do médico é contratual, porém, subjetiva, sendo a dos hospitais, objetiva. Mas, nesse aspecto, vale a pena ressaltar a precariedade do sistema público de saúde e os turnos exaustivos a que os médicos são submetidos, o que aumenta o risco de erro.

Para Soares, nessa questão, vale salientar que, atualmente, o médico trabalha em situações precárias, geralmente, em contratos de trabalho irregulares, labutando em cargas horárias exaustivas, sem o respeito ao intervalo interjornada em plantões consecutivos, em hospitais desestruturados que são um caos, com sobrecarga de atendimento, reféns dos planos de saúde, em um processo que vem culminando em um verdadeiro caso de saúde pública, que é o adoecimento psíquico de quem cuida da saúde da sociedade, pela Síndrome de Burnout, doença caracterizada por um esgotamento físico e mental diante da estafa, ocasionada pela atividade profissional massacrante.



Pesquise mais

Sobre a responsabilidade civil médica, consulte o artigo de Soares e Soares, intitulado: TEMAS DE BIODIREITO: RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – aplicabilidade do dano moral e sua reparação no erro médico. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f71b273d03661de9>>. Acesso em: 7 out. 2017.

Ante o exposto, considerando-se a correlação entre o direito à liberdade e à autonomia, abordemos agora o direito ao próprio corpo que, ainda carecedor de reconhecimento explícito como direito fundamental da pessoa humana, integra os aspectos atuais do Biodireito.

Ainda estamos limitados a uma espécie de ditadura da maioria quando observamos limitações à sexualidade, ao uso de psicotrópicos, à expressão e até mesmo ao direito à vida e à morte.

Sob a ótica dos direitos fundamentais e da autonomia da vontade, o tema é de extrema relevância, principalmente quando pensamos em seres humanos jurídica e mentalmente capazes.



Refleta

Se os contratos têm como objeto bens móveis ou imóveis, na hipótese do corpo humano como objeto do negócio, seria possível dispor deste por ser um bem protegido pelos direitos de personalidade? Ainda, temos o direito de fazer o que nos aprouver com nosso corpo apenas porque é nosso?

Apenas para recordar, o ser humano, no ordenamento jurídico, adquire personalidade jurídica a partir do seu primeiro momento de vida até o momento de sua morte, onde termina sua existência como pessoa natural. Por certo, antes de ter personalidade, ou seja, antes mesmo de nascer, ao nascituro também são resguardados direitos.

Tenha em mente que a personalidade jurídica não deve ser confundida com a capacidade jurídica para os atos da vida civil e tampouco com os direitos de personalidade (que determina a individualidade do ser humano). Os direitos de personalidade são aqueles inerentes à pessoa, como a vida, a imagem, o corpo, o nome e outros mais.

Mas é justamente no cerne do corpo humano que entramos em discussão, pois se tomássemos ao “pé da letra” tal autonomia, teríamos direito ao suicídio garantido por lei. Temos aqui uma dicotomia entre o dever do Estado e da sociedade na preservação da vida e no direito ao próprio corpo?

Num primeiro momento, percebemos uma diferença entre os dois grandes ramos do Direito: o Constitucional, quando sistematiza os direitos fundamentais e o Civil, que elenca os direitos de personalidade.

Entretanto, Maurício Mazur ensina que:



Sem violar a distinção estrutural entre as espécies de direitos, a unidade da ordem jurídica autoriza que alguns ou todos os direitos da personalidade sejam qualificados como direitos fundamentais e possibilita que os direitos fundamentais sejam contidos aos direitos de personalidade, numa operação de transposição (e não de sobreposição) de uma espécie à outra. (2012, p. 26).

Não se tem a intenção de demonstrar a predominância de uma espécie de direito sobre a outra, ao invés, prestigia uma dogmática incentivadora de relacionamento entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, como um valioso instrumento de reforço à tutela geral da personalidade em diferentes ramos do Direito. (2012, p. 26). Os direitos de personalidade são concebidos pelo direito civil para as relações entre particulares, enquanto os direitos fundamentais são concebidos para as relações entre particulares e o Estado, embora uns e outros possam vincular sujeitos diversos conforme sua posição de paridade ou supremacia. (2012, p. 32). O ingresso dos direitos da personalidade no normativo constitucional gera imediatamente o reforço de sua tutela, que supera o âmbito das relações particulares e passa a atuar também contra ofensas ou ameaças providas dos entes públicos. (2012, p. 32-33).

Portanto, não podemos ver tal dicotomia entre os direitos fundamentais e os de personalidade, pois que se completam.

Você deve estar se perguntando: A lógica que fundamenta a personalidade humana não seria a tutela da dignidade da pessoa humana?

No rol meramente exemplificativo do Código Civil, o direito ao corpo e suas partes, como tecidos, órgãos e partes separáveis, o que também elenca o cadáver, o corpo, pertence à pessoa, pois é de fato o que a individualiza socialmente perante os demais.

Se considerarmos os artigos de 13 a 15 do Código Civil, temos a liberdade de dispor ou não do nosso corpo.

Talvez a nossa resposta, então, possa ser encontrada no alcance e nas limitações desse direito.

O Código Civil trata unicamente da relação entre a proteção do corpo e a disposição da vontade do paciente, o que não significa que a vontade seja ilimitada, pois existem ocasiões nas quais o ser humano não pode dispor no todo ou em parte do seu corpo.

Para evitar o descontrole social em razão dos avanços da ciência no campo da biotecnologia sobre o corpo humano e o conhecimento que temos da nossa autonomia é que o Biodireito e a Medicina devem se aliar em seus interesses.

Voltamos então aos valores éticos, a fim de ponderar a questão da objetificação do corpo, como se fosse passível de qualquer utilização ou modificação. Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro coíbe atos que possam comprometer o direito à vida, bem maior a ser preservado. Nessa escala de hierarquização as limitações legais são:

Quadro 1.3 | Limitações legais.



Fonte: elaborada pela autora.

A autolesão ocorre quando uma pessoa provoca danos físicos em seu próprio corpo. Não há impedimentos aos piercings, tatuagens, cortes, implantes de silicone, etc. pois trata-se de mutilações voluntárias, desde que não sejam usadas para fins fraudulentos, a exemplo de recebimento de seguro ou outros benefícios.

Quanto à inalienabilidade do corpo, a lei coíbe o negócio jurídico com fins lucrativos, como a venda de um rim, por exemplo, ou

outros órgãos duplos. O ato de doação deve ser de plena vontade e gratuito, mas com relação aos órgãos, esses devem ser duplos, para evitar que o doador, em ato heroico, morra para salvar outra vida. Estão fora das limitações partes destacáveis e regeneráveis do corpo, a exemplo dos cabelos, leite materno, etc. porém, é necessária a autorização daquele que deles dispõe, para que não se configure ato ilícito.

Para o caso de doação de sangue, de acordo com a lei 10.205/2001, é vedada qualquer comercialização.

No que concerne às partes separadas do corpo vivo, o limite encontra-se na possibilidade de se causar prejuízos a saúde, mas por exigência médica, fica autorizada, desde que também não provoque mutilação ou tenha fins lucrativos.

Podemos dispor legalmente do corpo em vida, para fins científicos e de estudos bem como do corpo para os mesmos fins.

Na disposição *post mortem*, ou seja, após a morte, o indivíduo pode declarar o que desejar com relação ao seu cadáver, a exemplo da doação dos órgãos ou doação do corpo para pesquisas científicas, caso não haja óbice posterior por parte da família. A Constituição busca a dignidade humana por meio de tais limitações.

Falta-nos, agora, tratar do caso dos *wannabes*, que são os indivíduos que possuem vontade não resistida de amputar membros, pelo sentimento de não aceitação da sua verdadeira identidade. Caracteriza-se nos âmbitos legais e médicos como uma patologia e causa discussões acirradas nos campos envolvidos, sem regulamentação ou autorização legal, diferentemente do caso dos transexuais, que por finalidade terapêutica já constatada em amplas pesquisas, conquistaram o direito à amputação.

As opiniões ainda são divergentes, mas a sociedade parece menos avessa a tais práticas, o que não significa a aceitação que ainda possa nos levar à tipificação legal.

E então, gostou da nossa seção?

Lembre-se sempre de que o autoestudo faz parte do seu desenvolvimento pessoal, profissional e humano.

Sem medo de errar

E agora, vamos resolver a situação-problema oportuna para esta seção?

Vamos lembrar que você foi convidado a ser entrevistado em importante programa promovido pela Kroton Educacional, que será televisionado e contará com a presença de ilustres convidados.

No terceiro bloco do programa você abordará um aspecto atual do Biodireito através de um entrevistador que exporá o caso de uma família que se nega a deixar com que um ente querido receba tratamento médico adequado, por meio de uma cirurgia, por entenderem que a idade avançada do paciente, acometido também da doença de Alzheimer, não permitirá, na opinião da família, sua sobrevivência e principalmente, seu consentimento, ofendendo o princípio da autonomia da vontade, desconsiderando o parecer médico.

Como o tema é único, porém abrangente, e considerando a escolha para esta seção, traga à sua apresentação uma opinião a favor da autonomia da vontade, e outra contrária, pela preservação da vida do paciente.

Não se esqueça de buscar suas fontes no livro didático e nas indicações de leitura.

Vamos resolver essa situação-problema?

Em uma abordagem liberal, você pode se valer do princípio da dignidade humana e da autonomia da vontade, que o paciente não tem por conta do mal de Alzheimer, para apoiar a decisão da família, usando, claro, todos os elementos disponíveis em seu livro.

Em uma abordagem conservadora, você pode se apoiar no fato de que o tratamento médico oferecido é considerado adequado e pode garantir mais tempo de vida ao paciente, mesmo com Alzheimer, o que implica o discurso de um contraponto à autonomia da vontade, personificada no paciente e não na família.

Desejamos sucesso em sua atuação como entrevistado.

Transplante de pai para filha

Descrição da situação-problema

Rui Levine, viúvo, hoje é um pai feliz por ter criado sozinho e com muito amor a sua filha, Ana Levine, que, por um infortúnio, aos 14 anos, apresenta uma doença cardíaca grave, para a qual a única salvação é o transplante. Mas a doença tanto se agrava que as chances na fila de espera por um doador fatalmente a levarão a óbito.

O pai, desesperado, busca o Poder Judiciário solicitando autorização para transplantar o seu coração para a filha, alegando que para os médicos, pelos aspectos genéticos, não há riscos de rejeição do órgão e que esta é sua vontade, apelando para a autonomia da vontade e do direito ao corpo e suas partes.

Você é o juiz da causa, e considerando o princípio da imparcialidade e a letra da lei, deve dar sua sentença.

Quais alegações usaria?

Resolução da situação-problema

O caminho para sua sentença deve dispor que não existe nenhum dispositivo na Constituição brasileira que estabeleça claramente o direito à autonomia privada, mas essa está implícita nos direitos de liberdade e da personalidade, sendo objetivo dessa proteção atribuir ao indivíduo o direito de autodeterminação do seu destino. A vontade do pai em salvar a filha é fruto de coação interna, que o impede de entender que este não é um caso de autodeterminação e sim, de suicídio. O Código Civil trata unicamente da relação entre a proteção do corpo e a disposição da vontade, o que não significa que a vontade seja ilimitada, pois existem ocasiões nas quais o ser humano não pode dispor no todo ou em parte do seu corpo. Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro coíbe atos que possam comprometer o direito à vida, bem maior a ser preservado. Nessa escala de hierarquização, quanto à inalienabilidade do corpo, a lei coíbe o ato de doação, que apesar da plena vontade e gratuito, envolve órgão único e vital, para impedir que o doador, em ato heroico, morra para salvar outra vida.

Faça valer a pena

1. O artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil positivou os Direitos e Garantias Individuais e Coletivos por meio do estabelecimento dos direitos civis e garantias processuais, ao enunciar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Nesse contexto, acaba por sistematizar um dever jurídico que no campo da ética nos ensina o respeito ao próximo como base:

- a) do princípio da bioética.
- b) do princípio da isonomia.
- c) do princípio da autonomia da vontade.
- d) do princípio da individualidade.
- e) do princípio da autodeterminação.

2. O código de ética médica obriga o consentimento (desde que devidamente informado sobre o caso e suas possibilidades) do paciente para que este tenha autonomia ao decidir; inclusive, em caso de risco de morte, sua vontade é ainda mais relevante na escolha do procedimento informado pelo médico.

Nesse contexto, analise as afirmativas que seguem:

- I – É direito do paciente não desejar saber o que tem e, de plena vontade, se submeter aos tratamentos oferecidos.
- II – Cabe ao médico, investigar a vontade do paciente e observar se esta é livre de coação interna ou externa.
- III – O médico deve usar a teoria do fato jurídico para a determinação da validade do comportamento que se espera do paciente e da sua capacidade de compreender os fatos e alternativas, e de se autodeterminar.
- IV – O médico deve considerar os valores religiosos do paciente, que determinam sua autonomia em muitos casos, sendo seu dever ponderar com o paciente as consequências da recusa, para que cumpra seu papel e aplique o tratamento que julgar necessário.

É correto o que se afirma apenas em:

- a) I e II.
- b) II e III.
- c) III e IV.
- d) I, II e III.
- e) II, III e IV.

3. Os valores éticos servem como moderadores do debate sobre a objetificação do corpo.

Nesse contexto, avalie as seguintes asserções e a relação entre elas proposta:

I – O corpo humano não é objeto ou mercadoria para fins de qualquer utilização ou modificação que a pessoa, detentora do direito ao próprio corpo e com autonomia da vontade, possa desejar.

PORQUE

II – O ordenamento jurídico brasileiro coíbe, através de limitações legais, atos que possam comprometer o direito à vida, bem maior a ser preservado.

Sobre as asserções, assinale a alternativa correta.

- a) As asserções I e II são proposições verdadeiras e a II justifica a I.
- b) As asserções I e II são proposições verdadeiras e a II não justifica a I.
- c) A asserção I é uma proposição verdadeira e a II, falsa.
- d) A asserção I é uma proposição falsa e a II, verdadeira.
- e) Ambas as asserções são falsas.

Referências

AMARAL, Francisco. **O poder das Ciências Biomédicas: Os direitos humanos como limite.** A moralidade dos atos científicos. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Oswaldo Cruz, 1999.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Princípios da bioética e do biodireito.** Revista Bioética, v. 8, n 2, p. 209-216, 2000.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM n. 1931**, de 17 de setembro de 2009: A prova o código de ética médica. Diário Oficial da União. Brasília, 24 set 2009.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **V Jornada de Direito Civil.** 2012.

_____. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. Lei 11.105/2005 de 24 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm, Acesso em: 19 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. In: _____. ADI 3.510/DF – Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30892/analise-da-adi-3510-df-de-2007> acessado em 19/09/2017. Acesso em: 19 set. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula. Plenário do STF. ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 54/DF Plenário do STF. 2012. disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf54.pdf>> acessado em 20/09/2017. Acesso em: 19 set. 2017

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre Biodireito.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VII, n. 18, ago 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4141>. Acesso em: 22 set. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos.** Doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 7ª. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética.** São Paulo: Loyola, 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FORTI, Valeria. GUERRA, Yolanda (orgs.). **Ética e Direitos: Ensaios Críticos. Coletânea Nova de Serviço Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ISCSP, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. **Mínimo Ético**. 2017. Disponível em: <http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/filosofia_do_direito/minimo_etico.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

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

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

PESSINI, Léo. 2008. **Bioética: um grito por dignidade de viver**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Paulinas.

REALE, Miguel. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

REICH, Warren. **Encyclopedia of bioethics**. New York: MacMillan, 1978, p. 116.

SABINO, Samuel. Universalidade e Singularidade. **Dos princípios bioéticos para os referenciais da bioética moderna**. Revista: filosofia (Ciência e Vida), Ano X, n. 130.

SARLET, Ivo Wolfgang. LEITE, George Salomão (orgs.). **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf . Acesso em: 22 set. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar e SOARES, Ivna Maria Mello. Artigo: **Temas de Biodireito: Responsabilidade civil médica – aplicabilidade do dano moral e sua reparação no erro médico**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f71b273d03661de9>> Acesso em: 7 out. 2017.

Clonagem humana e criogenia

Apresentação da unidade

Olá! Bem-vindo(a) à Unidade 2!

A partir de agora, começaremos a aprofundar nossos estudos acerca do Biodireito, sempre tendo como referência a Bioética e suas disposições teórico-práticas. Para isso, precisaremos que você se recorde do que trabalhamos na unidade anterior. Vamos lá?

Tivemos a oportunidade de analisar os conceitos e os modos de atuação do Biodireito, bem como a Bioética. Apresentamos algumas reflexões acerca dos Direitos Constitucional, Internacional, dos Direitos Humanos e como eles exercem influência sobre a pessoa. Discutimos, de maneira direta, o direito à vida, à saúde e à integridade física. Abordamos os tratamentos cirúrgicos e como analisá-los à luz da autonomia e dos valores religiosos. Terminamos a unidade estudando a responsabilidade médica, o direito ao corpo – inclusive o direito à mutilação – diante de situações como tatuagens e piercings.

Nesta unidade, você terá a oportunidade de estudar e analisar os fundamentos do Biodireito, bem como aplicá-los para a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Abordaremos a investigação científica e a intervenção médica, buscando saber se há um limite em suas proposituras, quais os parâmetros de ação, diante da pessoa, para se preservar a dignidade e os direitos, fazendo uso dos referenciais oriundos dos Direitos da Personalidade. Seguindo essa mesma linha, trataremos à tona um tema extremamente atual: a clonagem, em seus aspectos reprodutivos e

terapêuticos, norteados pelos apontamentos constitucionais, pelos parâmetros éticos e bioéticos.

Lembre-se que você será convidado(a) a resolver um caso – como se estivesse na posição de um(a) advogado(a) – elaborado com base no que foi estudado e emitir seu parecer fundamentando a sua posição. Por isso, tenha o cuidado de rever o que foi estudado, caso necessário, e buscar seguir as instruções para aprofundar seus conhecimentos acerca dos temas trabalhados. Vale ressaltar que, ao final desta unidade, você deverá elaborar um parecer acerca da proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, tendo por base o Biodireito e a pesquisa jurisprudencial. Esse será o produto dos seus estudos e reflexões.

Desejamos a você boa sorte na caminhada e reforçamos que estamos juntos na construção do conhecimento.

Seção 2.1

Clonagem humana e criogenia

Diálogo aberto

Chegamos à nossa situação-problema. Lembre-se que, para resolvê-la, você deverá fazer uso dos conhecimentos obtidos ao longo de sua formação. Isso quer dizer, de maneira direta, que você deve empregar as disposições estudadas acerca dos Direitos da personalidade, os parâmetros bioéticos acerca da clonagem e os aspectos constitucionais que se ligam a toda esta discussão. A contextualização do estudo com um caso aguça nossa percepção e direciona nossos estudos. Além disso, torna o aprendizado mais interessante.

Vamos ao caso!

Mariana e Carlos tentavam ter filhos há anos, até que decidiram recorrer à fertilização *in vitro*. Em 2001, fizeram o procedimento, que resultou na fecundação de 10 embriões. Foram implantados 3, e 2 vingaram. Considerando o sucesso da gravidez de gêmeos, Mariana e Carlos deixaram os demais embriões congelados na clínica de fertilização, objetivando usá-los algum dia. Quatro anos depois, resolveram voltar à clínica em busca de novo procedimento. Tinham melhorado de vida e queriam mais filhos. No entanto, ao chegarem lá, foram informados de que a clínica havia dado os embriões para uma pesquisa com células-tronco do Hospital das Clínicas da cidade em que moravam. Indignados, procuram você na condição de advogado(a), buscando uma solução para o caso. Diante do cenário, responda se é possível fazer algo a respeito e qual a argumentação a ser utilizada para sustentar seu posicionamento.

Para auxiliá-lo, veja a Declaração Universal sobre o Genoma Humano, disponível em: <<https://goo.gl/poRFt>>. Veja, ainda, a Lei Federal 11.105, de 24 de março de 2005, que trata dos organismos genéticos.

Não pode faltar

A partir de agora, iremos aprofundar os estudos acerca dos direitos humanos e da dignidade humana à luz do Biodireito e da Bioética. Para tanto, vamos nos utilizar de questões temáticas que se colocam como pontos nevrálgicos, especialmente pelo fato, na realidade jurídica brasileira, de ainda não haver leis que regulamentem a maioria dessas questões, como eutanásia, aborto, terminalidade da vida, entre outros.

Toda essa realidade que norteia nossas discussões é fruto de uma ação que nos últimos anos tem obrigado a humanidade a novas reflexões: as pesquisas biotecnocientíficas. Em linhas gerais, essas pesquisas se fundamentam na busca do melhoramento humano e de sua qualidade de vida, ou mesmo perpetuação da vida. Entretanto, apesar de reconhecer tais necessidades, há, por parte de juristas, filósofos, bioeticistas, aspectos morais e éticos que devem ser colocados e discutidos. Um desses pontos é o limite da ciência: até onde ela pode ir? Existe limite para a ciência? Limitar a ciência é promover atrasos científicos?



Assimile

Pesquisas biotecnocientíficas são modos de atuação das ciências, em especial as ligadas à área da saúde, chamadas de ciências da saúde, que visam promover, ou desenvolver, tecnologias diversas (medicamentos, técnicas, operações) que ampliem as capacidades humanas, visando a saúde e o bem-estar dos humanos e não humanos, normalmente por meio de alteração biológica.

A real preocupação dos pesquisadores jurídicos, filosóficos e bioéticos é com os excessos cometidos contra a humanidade. É válido ressaltar os crimes contra a humanidade cometidos pelo Nazismo, na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), através de seu programa de pesquisas médicas, que culminaram no Julgamento de Nuremberg (julgamento promovido pelos Aliados, vitoriosos, na Segunda Guerra).



Para saber mais sobre as pesquisas biomédicas realizadas pelo Nazismo na Segunda Guerra Mundial, leia o material disponibilizado no site indicado a seguir:

<<https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005168>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

Sugerimos que busque tomar nota dos pontos principais abordados pelo texto. Faça uma comparação das ideias discutidas nos seus estudos, com os casos narrados.

Fruto desse julgamento, o Código de Nuremberg (1947), um dos primeiros documentos globais a propor a regulamentação das pesquisas com seres humanos, visava a garantia dos direitos humanos e da dignidade. Esse documento ainda regulamenta as práticas médicas, inclusive no campo da intervenção, ressaltando aspectos centrais da relação profissional de saúde e paciente.

Tratando um pouco mais acerca da intervenção médica, da relação profissional de saúde e paciente, tendo em vista alguns aspectos ligados ao Biodireito e à Bioética, e visando aprofundar as aplicações dos seus conhecimentos, podemos citar o caso da clonagem. Trata-se de um mecanismo de propagação e reprodução de células, tecidos e/ou organismos. Na prática, um clone tem as mesmas condições genéticas do original, ou da matriz de onde veio a célula primária. São comuns quatro tipos de clonagem:

1. Natural: um processo de reprodução assexuada de bactérias, alguns tipos de fungos específicos e plantas que dão origem a outros geneticamente modificados.

2. Genética: usa-se o DNA (Ácido Desoxirribonucleico), uma molécula presente no núcleo da célula com informações genéticas, e amplia-se um de seus segmentos modificando o gene. É muito comum o uso na agricultura e na pecuária, para o fortalecimento de animais e plantas, tornando-os resistentes a doenças e pragas.

3. Reprodutiva: a clonagem reprodutiva é a fusão de uma célula somática (células responsáveis pela formação de órgãos e tecidos) com um óvulo do qual se retira o núcleo original. A partir daí, cria-se um animal idêntico ao doador da célula somática. O caso mais famoso de que se tem notícia é o da ovelha Dolly, reproduzida na Escócia, em 1996, pelo Instituto Roslin.

4. Terapêutica: um processo no qual se criam células-tronco embrionárias a partir da substituição do núcleo de um óvulo por um par de células somáticas, que se dividem em laboratório, sem a implantação no útero. A ideia é que a partir dessas células laboratoriais sejam criados órgãos, tecidos e terapias para cura de doenças. Esses óvulos e espermatozoides são obtidos através de doações ou da utilização de zigotos (óvulos fecundados) descartados pelas clínicas de fertilização.

Apesar do inegável avanço na busca da cura de doenças e resolução de problemas ligados à vida humana, a clonagem enfrenta a resistência de inúmeras pessoas, pesquisadores e associações, devido ao alto grau de impacto ético em suas ações. Há inúmeros posicionamentos acerca do descarte dessas células embrionárias, ou mesmo a possibilidade de se abrir espaço para o comércio de óvulos, e igualmente para a preocupação bioética com a dignidade da pessoa humana. Dignidade é, nas palavras de Kant, uma qualidade inerente aos seres humanos relacionada a tudo aquilo que não tem preço, que não pode ser substituído por outra coisa do mesmo valor. Dessa forma, não se pode atribuir valor à humanidade. Atribui-se valor às coisas. Não se pode substituir pessoas. Substitui-se uma coisa com determinado valor por outra coisa com o mesmo valor. A dignidade, portanto, está acima de qualquer possibilidade de troca ou comércio. Ela não tem equivalência. É uma qualidade intrínseca aos humanos que possuem personalidades individuais. É por isso que o homem é a medida de todas as coisas; é fim em si mesmo, não o meio para se atingir um fim. Dignidade, assim, está diretamente vinculada à sua autonomia, à sua personificação (KANT, 1973).

"A ideia de dignidade humana como fundamento dos direitos humanos" consagra o valor atribuído aos seres humanos em função de suas crenças sobre o modo como devem ser tratados: "os homens precisam ser reconhecidos como titulares de direitos básicos" e a

dignidade se inclui no rol desses direitos (RABENHORST, 2009, p. 7). O respeito fundamenta a justiça, que por sua vez se constrói no estabelecimento de princípios sociais básicos, que embasam e sustentam a dignidade humana, entendida como o reconhecimento do humano como titular de direitos básicos, fundamentados no respeito. Assim, respeitar a diversidade cultural e o pluralismo, mais do que uma questão de reconhecimento e consideração, supõe, obrigatoriamente, promover a justiça e garantir a dignidade humana de todos e de cada um. É o que chamamos de Direitos da personalidade.



Pesquise mais

Busque aprofundar seus conhecimentos pesquisando um pouco mais sobre os seguintes documentos:

1. Código de Nuremberg, 1947.
2. Resolução 466/12 do Conselho Nacional de Saúde.
3. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.
4. Lei de Biossegurança, Art. 26º.
5. Constituição Federal, Art. 1º, inciso II.
6. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, 2005.

Direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa humana e sua dignidade, compreendendo aspectos que digam respeito ao indivíduo em seus aspectos biológicos, intelectuais e morais e que são considerados, pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, como indisponíveis. O direito à vida, à liberdade de pensamento, à honra e ao esquecimento são alguns dos exemplos de direitos da personalidade já positivados no Brasil, e todo rol já trazido em lei deve ser considerado como exemplificativo. A legislação não diz de forma taxativa quais são os direitos que possuem ligação direta com a dignidade da pessoa humana, vez que novos parâmetros, melhores e mais inclusivos, podem sempre ser considerados.

Dito isso, é possível atribuir mais algumas características a esses direitos que foram juridicamente reconhecidos em nosso país a

partir de dois grandes marcos: a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. Vejamos:

- Direitos da personalidade possuem caráter extrapatrimonial. Ou seja, não se pode atribuir valor monetário diretamente a eles. Tal característica é importante para entender a própria gênese desses direitos, tardiamente atribuídos, pois, historicamente, as relações jurídicas tinham por objeto conteúdos patrimoniais ou diziam respeito a questões envolvendo o Estado.
- Por serem garantidos a todos os indivíduos, em sua plenitude, são, ainda, considerados como gerais. E essa generalidade também vem acompanhada do dever de respeito de todos aos direitos de todos (é possível opô-los contra todos). Outro ponto importante é o fato de os direitos da personalidade serem assegurados aos brasileiros desde o nascimento até sua morte (são vitalícios). O início e o fim da vida de cada um de nós é, portanto, de interesse dessa seara de estudos. Por último, nota-se que não há prazo para exercer direitos da personalidade, o que caracteriza sua imprescritibilidade, e que não poderão jamais ser objeto de penhora.



Assimile

Os direitos da personalidade se caracterizam por sua: indisponibilidade, extrapatrimonialidade, generalidade, vitaliciedade, impenhorabilidade e por serem oponíveis a todos os demais indivíduos (MORATO, 2012).

Agora que você já sabe um pouco mais sobre esses direitos, é necessário aproximá-los do conteúdo que abordamos nessa unidade. A clonagem humana, em seus aspectos reprodutivos (com a finalidade de obtenção de um indivíduo) e terapêuticos (com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica), relaciona-se diretamente com os direitos da personalidade e já se encontra especificamente tratada na Lei de Biossegurança (11.105/2005).



O Artigo 3º da Lei de Biossegurança aponta quais as diferenças entre os dois tipos de clonagem acima mencionados:

“IX – clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo;

X – clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica;” (BRASIL, 2005)

Entretanto, o fato de ser objeto da lei não retira da situação seu caráter controverso, podendo-se elencar vários direitos definidos como da personalidade que podem ser colocados em xeque conforme avançam as inovações científicas nesta área. Alguns deles: o direito à vida dos embriões gerados em laboratório (e o conseqüente debate acerca de quando se inicia a personalidade jurídica e a possibilidade de sua proteção); eventuais direitos sucessórios de um indivíduo clonado; a discriminação genética que pode surgir em virtude da manipulação genética na clonagem reprodutiva, com o estímulo à ideia de indivíduos geneticamente superiores a outros.

A já mencionada Lei de Biossegurança dispõe, em seu Artigo 6º, inciso IV, que é proibida a clonagem humana, estabelecendo no Artigo 26 pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, mais o pagamento de multa. Mas, e no que diz respeito à sua utilização para fins terapêuticos? Em seu Artigo 5º, assegura que é permitida a utilização de células-tronco embrionárias retiradas de embriões criados por meio de fertilização *in vitro* e que não foram utilizados no procedimento de implantação. Mas coloca como condições a necessidade de que sejam embriões inviáveis ou, sendo viáveis, que estejam congelados há pelo menos 3 anos. Independentemente de sua viabilidade, é exigido o consentimento dos genitores e a aprovação do respectivo Comitê de Ética em pesquisa.

Considerando que o direito à vida é direito fundamental, fonte de todos os demais direitos existentes em nosso ordenamento jurídico, determinado como cláusula pétrea na Constituição de

1988, e representa, também, um direito da personalidade, poderia o legislador ter determinado o uso dos embriões viáveis, mas congelados há mais de 3 anos?

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 (de 2005), que questionava a possibilidade de utilização, em pesquisas e terapias, de células-troncos embrionárias que tivessem como origem os embriões humanos criados por meio de fertilização in vitro. A ADI afirmava, portanto, a inconstitucionalidade do Artigo 5º da Lei de Biossegurança em face da inviolabilidade do direito à vida.

O argumento utilizado foi o de que já a partir da fecundação já haveria vida a ser protegida por lei, logo, a permissão dada pelo artigo seria uma violação direta àquele direito, quase o cometimento de um aborto. Vejamos o que diz o Artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Tomando o texto do artigo de forma literal, haver-se-ia de concordar com o fato de o Brasil ter adotado a Teoria Natalista para explicar o início da personalidade e o conseqüente surgimento dos direitos dela decorrentes. No entanto, não é uniforme o entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito ao momento em que se pode considerar o início da personalidade. O nascituro, aquele que ainda não nasceu, mas tem seu nascimento dado como certo, bem como seus direitos, são objeto de projeto de lei que tramita desde 2007, PL n. 478 (Estatuto do Nascituro). Em seu texto, o projeto, que abraça a Teoria Concepcionista, coloca expressamente que devem ser considerados como nascituros também os “seres humanos concebidos in vitro, produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito” e, em virtude disso, gozam de expectativa de vida. Caso o Projeto seja aprovado e entre em vigor, teremos duas leis em conflito e daí surgirão novos desdobramentos jurídicos.



Refleta

E você? Já pensou sobre o tema? Procure acessar os materiais de referência e busque formar sua opinião a respeito. Feito isso, procure seus colegas e proponha um debate. Assim, todos os participantes terão condições de ampliar seu conhecimento, bem como aprofundar os próprios argumentos.

Voltemos, então, ao julgamento da ADI n. 3510 pelo STF para analisar o argumento vencedor, que afirmou ser constitucional o Artigo 5º da Lei de Biossegurança. Decidiu-se que a Lei não fere a dignidade da pessoa humana ou viola o direito à vida e, segundo o voto do Ministro Celso de Mello, permitir pesquisa com células-tronco “significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade” (MELLO, 2005). O Ministro Ayres Britto, no mesmo sentido, defendeu que a “escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou um despreço pelo embrião in vitro, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio” (BRITTO, 2005). Rechaçaram, por seis votos a cinco, o argumento de que a vida surge na e a partir da concepção, e a afirmação de que o zigoto seria um ser humano embrionário.

Conforme afirma Cláudia Loureiro, a “referida decisão é um marco na evolução do direito brasileiro, pois relativiza o direito à vida em prol de outro interesse também relevante: o direito de outras pessoas à cura de doenças graves ainda sem resposta” (2009, p. 109). Tratar-se-ia, conforme a autora, não de uma discussão sobre quando se inicia a vida, mas de uma forma de relativização ao direito à vida no caso dos embriões congelados, buscando a dignificação do direito à vida daqueles que esperam por tratamento adequado às doenças que possuem.

Sem medo de errar

Nesta seção você teve a oportunidade de emitir uma decisão acerca de um caso polêmico envolvendo a apropriação de material genético, com fins diferentes do que havia sido acordado entre as partes. Como deve se recordar, o objetivo era que você chegasse a uma conclusão tendo como referência o que foi discutido, tanto no campo do Biodireito quanto no da Bioética.

O caso dizia respeito a um casal que descobre que seus embriões, deixados congelados em uma clínica especializada, haviam sido doados para uma pesquisa com células-tronco do Hospital das Clínicas da cidade em que moravam, sem que fossem consultados.

Indignados, procuraram você na condição de advogado(a), buscando uma solução para o caso.

Considerando o disposto na Lei de Biossegurança, que entrou em vigor em 2005, era possível o uso de embriões viáveis em duas circunstâncias:

1) se fossem embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da lei;

2) ou que, já congelados na data da publicação desta lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

O caso de Mariana e de Carlos, à primeira análise, se enquadraria no primeiro cenário, já que congelaram os embriões em 2001, totalizando 4 anos de congelamento quando da entrada em vigor da lei.

Entretanto, para a utilização dos embriões viáveis não é necessário apenas cumprir o prazo estipulado para o congelamento, mas se faz imperiosa a autorização dos genitores (que não houve), bem como a aprovação do projeto de pesquisa ao Comitê de Ética. No que diz respeito aos aspectos bioéticos de tais exigências, há o disposto no Código de Nuremberg. Nele se observa claramente a demarcação de que toda e qualquer pesquisa deve trazer benefícios para a humanidade, buscando evitar danos e riscos desnecessários. Esse mesmo documento ressalta a importância da autonomia da pessoa envolvida na pesquisa, de maneira que, para garantir tal princípio, quem realiza a pesquisa deve primar pela liberdade da pessoa envolvida, bem como prover, para que ela decida corretamente toda informação necessária (pré, durante e pós pesquisa). Tais indicações embasam a exigência do consentimento livre e esclarecido que é exigido no Artigo 5º, §1º, da Lei de Biossegurança.

Dessa forma, pode-se enquadrar os responsáveis pelo uso dos embriões em condições diversas do disposto no Artigo 5º, e a pena está disposta no Artigo 24: "Utilizar embrião humano em desacordo

com o que dispõe o Art. 5º desta Lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.” (BRASIL, 2005).

Avançando na prática

Respeito à pessoa

Descrição da situação-problema

Jane Anfor, hoje com 70 anos, descobriu ainda jovem que era portadora de Esclerose Amiotrófica Lateral. Essa doença atinge o sistema nervoso e deteriora os músculos, afetando as funções físicas. Entretanto, ela ainda conseguia se comunicar, com muita dificuldade. Internada em um hospital de sua cidade, consciente de sua condição e das consequências de sua doença, ela decidiu sobre todos os procedimentos até o presente momento. Vendo que sua condição estava em situação agravada, o médico determina a colocação de uma sonda para alimentação, procedimento este que não implicaria nenhum agravamento no quadro já existente ou colocaria a vida da paciente em risco. A paciente se recusou a receber a sonda, apontando que não queria mais viver. O médico, diante da situação, acionou seus dois filhos, para que eles permitissem com o procedimento. Os dois filhos se negaram a consentir, ficando ao lado da mãe. Diante disso, o médico decidiu acionar o advogado do hospital, solicitando que ele conseguisse autorização judicial para colocar a sonda.

Agora, no papel de advogado(a) do hospital, como você argumentaria em sua solicitação ao(à) juiz(a)?

Resolução da situação-problema

Ouvidas as partes, o primeiro passo a considerar é o que dispõe a Constituição Federal acerca da vida, em seu Artigo 5º, caput. Assim, é dever constitucional a defesa da vida. Em segundo lugar, o médico, em conformidade com o seu juramento e seu código ético, deve preservar a vida a todo custo e de todas as formas. Por fim, por mais que do ponto de vista da Bioética a vontade da senhora devesse ser respeitada, em nossa cultura não há a disposição para o entendimento da autonomia dessa forma. Infelizmente, a realidade moral ainda pesa sobre o julgamento de questões como a relatada, em que não é raro encontrarmos pessoas que acabam por condenar a paciente por sua decisão. Enfim, a vontade do médico acabará cumprida.

Faça valer a pena

1 A clonagem terapêutica, por mais que traga benefícios para as pessoas, ainda apresenta dificuldades em sua execução. Uma delas é o descarte de embriões não utilizados, ou não considerados como potencialmente úteis. Essa realidade já se apresenta em clínicas de fertilização, o que desperta atenção da Bioética e do Biodireito, principalmente no que tange às disposições éticas e normativas.

Para o Direito, a prática da clonagem humana é definida como:

- a) crime, passível de pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa.
- b) ciência, livre de ser praticada e executada.
- c) crime, passível de multa e perda de diploma profissional.
- d) prática médica, com finalidade terapêutica e liberada.
- e) obrigatória, sendo responsável pelo avanço tecnocientífico.

2 Nos Artigos de 11 a 21, o Código Civil Brasileiro faz referência aos Direitos da personalidade que, como visto, são aqueles inerentes à pessoa humana e sua dignidade, compreendendo aspectos que digam respeito ao indivíduo em seus aspectos biológicos, intelectuais e morais e que são considerados, pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, como indisponíveis.

Com base no Código Civil e nos seus estudos acerca dos Direitos da personalidade, é possível definir que a vida privada:

- a) é violável em caso de necessidade.
- b) é inviolável em qualquer circunstância.
- c) é violável a pedido do interessado.
- d) é inviolável quando não há consciência.
- e) é violável em caso de risco a terceiro.

3 Acerca dos Direitos da personalidade, leia os fragmentos a seguir:

I. Direitos da personalidade possuem caráter extrapatrimonial.

II. Por serem garantidos a todos os indivíduos, em sua plenitude, são, ainda, considerados como gerais.

Analisando as duas assertivas, é possível determinar, acerca dos Direitos da personalidade, que:

- a) São classificáveis e hierarquizáveis, devendo ser exercidos em prazo determinado, sob pena de perda.
- b) Podem ser avaliados e excluídos pelos sujeitos e figuram mesmo após a morte.
- c) Não se pode atribuir valor monetário diretamente e alguns desses direitos podem ser disponibilizados.
- d) Devem ter seu valor agregado, pois trata-se de valor social e devem ser respeitados na medida da justiça.
- e) Não se pode atribuir valor monetário diretamente a eles e todos devem respeitar os direitos de todos.

Seção 2.2

Biodireito, direito à vida e reprodução assistida

Diálogo aberto

Seus conhecimentos sobre Bioética e Biodireito estão se expandindo e, naturalmente, darão a você mais argumentos para lidar com situações cada vez mais complexas. E isso é ótimo!

Na seção anterior você foi apresentado ao seu primeiro caso como advogado(a). Conheceu Mariana e Carlos, um casal com problemas para engravidar, cujos óvulos excedentários criopreservados foram dados para uma universidade, pela clínica de fertilização. Naquele momento, foi pedido a você que elaborasse um parecer sobre quais as medidas cabíveis para responsabilizar a clínica.

Satisfeitos com o seu bom trabalho, Carlos e Mariana acabam o(a) procurando mais uma vez. Vamos ao caso?

Mariana, esposa de Carlos, está grávida de 24 semanas, mas foi comprovado clinicamente que o feto possui anencefalia em um grau que não o permitiria viver fora do útero da mãe. Sabedora de seus direitos, e de posse de toda a comprovação exigida nessa situação, Mariana procura um hospital municipal, vinculado ao Sistema Único de Saúde, e solicita a realização do aborto. José Pedro, médico ginecologista e representante de sua equipe, informa a Mariana que será necessária autorização judicial para a realização do procedimento.

Considerando os conhecimentos que adquiriu com os estudos desta seção, aponte, em novo parecer, se o médico poderia ter exigido de Mariana uma decisão judicial prévia para realizar o procedimento, esclarecendo aos seus clientes quais são os direitos e garantias a eles assegurados na situação que estão vivenciando.

Para auxiliar você na elaboração de seu parecer sobre o caso, acesse a Resolução n. 1989/2012, do Conselho Federal de Medicina, disponível no endereço eletrônico: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2017.

Não pode faltar

Chegamos ao momento de analisar alguns aspectos do Biodireito e da Bioética que possibilitarão o aprofundamento de seus conhecimentos. O objetivo, nesta etapa dos estudos da unidade 2, é discutir os dois extremos da humanidade: vida e morte. Colocamos como dois extremos, pois sabemos que são dois momentos singulares e cheios de questionamentos. Falar da vida, ou de maneira direta, do Direito à vida, supõe considerar toda a fundamentação teórica e jurídica que a envolve. Abordar a morte é encarar uma das únicas certezas imutáveis da humanidade, pelo menos por enquanto, já que há cientistas se dedicando a pesquisar formas de evitá-la, como no caso do procedimento chamado de criogenia. Tal método realiza a substituição do sangue do indivíduo por um líquido próprio para o procedimento de congelamento do corpo, que é feito com nitrogênio líquido. A expectativa é que se possa ressuscitá-lo quando a ciência e a tecnologia estiverem aptas a fazê-lo.



Pesquise mais

Até mesmo a certeza da morte pode mudar, se considerarmos os inúmeros avanços da biotecnociência. Uma dessas realidades é a técnica desenvolvida por cientistas japoneses para o rejuvenescimento de células. Pesquise mais sobre ela em: <http://www.bbc.com/portuguese/ciencia/2009/11/091112_ovulos_pesquisa_rw.shtml>. Acesso em: 4 nov. 2017.

Sobre a criogenia, veja mais em:

<<https://mundoestranho.abril.com.br/ciencia/como-funciona-a-criogenia/>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

No ideário humano, ou o que se convencionou chamar de código moral pessoal, há valores fundamentais, criados pelas instituições sociais que orientam nosso comportamento. Essa orientação se dá por conta da construção de referenciais orientadores, que se convertem em princípios a serem defendidos por aqueles que delas fazem parte. Toda essa carga valorativa é passada de geração a geração, construindo o que se convencionou chamar de tradição. Assim, o conjunto desses valores e princípios que orientam os indivíduos

recebidos, por tradição, ajuda a formar a cultura de determinado povo ou grupo étnico. Não é difícil perceber essa realidade, basta você analisar detidamente o seu dia a dia: veja se não há princípios ditados pelas instituições das quais você faz parte.



Assimile

Instituições sociais são organismos criados pelos humanos com o intuito de possibilitar, ou mesmo facilitar, a organização social. Entre essas, há algumas que são tidas como fundamentais ou primordiais, a saber: família, escola, religiões, Estado, política, economia, entre outras.

Dentro desse conjunto de valores, há alguns que são colocados como fundamentais e imutáveis por parte de algumas pessoas. No Direito, esses princípios são considerados pétreos (imutáveis), que não podem ser modificados nem por Proposta de Emenda Constitucional (PEC). Essas cláusulas estão na Constituição Federal (CF/88) de 1988, a maioria em seu Artigo 60, §4º (BRASIL, 1988). Por terem sido estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário, apenas poderão ser revistas em novo processo constituinte. Resumidamente, são as cláusulas pétreas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Se tomarmos os direitos e garantias fundamentais, também definidos como direitos humanos, liberdades fundamentais, liberdades públicas ou direitos do homem, especialmente os previstos no Artigo 5º, caput, da CF/88, encontramos entre eles a vida. A Carta Magna preceitua o referido direito em duas vertentes: o direito a permanecer vivo e o direito a viver dignamente.

Observe que no caso do Brasil, obviamente muito influenciado pelos parâmetros culturais (entre eles os valores religiosos), o direito à vida é uma cláusula pétrea. Evidente que essa valoração humana evita a redução da pessoa à condição de coisa e conserva a sua dignidade. Junte-se a isso a condição de subsistência interdependente, que faz com que cada um de nós dependa dos outros, e a vida se converte nesse valor inestimável e altamente defensável. Tais condições ajudam a reforçar, no ideário social, o fato de que a vida é algo indiscutível e, em hipótese alguma, deve ser

violada, pois se trata de fenômeno natural esperado. Dessa forma, o oposto a esse valor (a morte), ou qualquer decisão que “agrada” a vida de alguma forma, acaba se convertendo num antivisor.

Mesmo considerando essa posição contrária à discussão da morte, há questionamentos que precisam ser feitos e respondidos, tais como: viver sem dignidade é viver? Doentes em caso terminal, onde há extremo sofrimento no tratamento, devem ter suas vidas prolongadas? Onde e quando termina o direito de tirar a vida? Abortar é direito ou é crime? A eutanásia é crime? E a distanásia e mistanásia não são? Aqui não iremos abordar os aspectos da vida em si, pois são extremamente conhecidos em nossa cultura. Assim, o nosso foco será a contraposição e suas consequências. Começemos, então, com a abordagem da morte digna e os destinos do cadáver, ou direitos do cadáver.

Toda situação de agressão direta à dignidade humana, especialmente em situações de doenças que promovem grande sofrimento, provoca reflexões mais profundas acerca da eutanásia. Entretanto, no cenário considerado, não existe apenas a eutanásia, mas também a ortotanásia, distanásia e a mistanásia. Todas essas possibilidades são derivações do termo *tanatós* (τανάτωσ), que significa morte; uma referência à personificação da morte na mitologia grega. O que surge, a partir daí, é a junção desse termo a outras concepções e, dessa forma, tem-se:

1. Eutanásia – a boa morte; refere-se à ideia de uma morte sem sofrimento, dada a uma pessoa normalmente em estado de saúde deplorável. Ela é realizada com a assistência de um profissional de maneira controlada para que não haja dor ou sofrimento. Um caso simples é o uso de injeção letal em presos condenados à pena de morte.

2. Ortotanásia – uma referência à morte correta (orto), ou morte natural, sem nenhuma interferência, em que a evolução da vida, ou o percurso da doença, acontecem sem a ação de profissionais. Assim, não há nenhum tipo de suporte à vida ou terapêutica. É a morte por causas naturais, por exemplo: infarto fulminante.

3. Distanásia – esta definição se refere a uma ação de prolongamento da vida através de práticas de suporte ou terapêutica,

muitas vezes utilizadas de maneiras excessivas e desproporcionais. É muito comum o uso de medicamentos e aparelhos mecânicos que mantêm os pacientes vivos.

4. Mistanásia – ainda muito pouco utilizada nas áreas de saúde, mas muito trabalhada na Bioética e no Biodireito, refere-se à prática de uma morte miserável (mis), apressada, provocada por falta de acesso a tratamento ou recursos de saúde, ou mesmo em casos de omissão de socorro, negligência, ideologia (como o caso do Nazismo e o genocídio), erro médico, imprudência e imperícia por parte dos profissionais ligados à saúde. Ela também pode ser conhecida como eutanásia social (SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2005, p. 110).

Todas essas possibilidades de morte abrem um debate sobre a condição humana. Especificamente no Brasil, assim como em Portugal, a eutanásia é considerada crime, podendo caracterizar o ilícito penal de formas variadas. As mais comuns são o homicídio (artigo 121, Código Penal), quando uma terceira pessoa pratica a eutanásia, e a assistência ao suicídio (crime de induzimento, no artigo 122, do Código Penal), quando uma terceira pessoa auxilia a quem quer praticar a eutanásia.



Pesquise mais

Para contribuir com sua reflexão, veja o Código Penal em seus Artigos 121 e 122 (BRASIL, 1940). Consulte também o Código de Ética Médica, em seus Artigos 6 e 66 (BRASIL, 2009).

Outro aspecto fundamental, que mantém permanente debate na realidade brasileira, também derivado dessa análise da morte, é a disposição de órgãos. Esse debate enfrenta inúmeros desafios, principalmente pelo desconhecimento, ou preconceito, por parte da população. Junte-se a isso a falta de programas de esclarecimento acerca desse processo, o que poderia contribuir com a vida de inúmeras pessoas que estão em listas de espera para recepção de órgãos. Entre os transplantes há algumas classificações importantes: A) Alotransplante: transplante de diferentes membros da mesma espécie; B) Xenotransplante: transplante entre diferentes espécies, como o uso de porcos para transplante de rins em

humanos; C) Autotransplante: quando há o transplante do doador para si mesmo, como o caso de terapêutica para a cura do câncer tipos linfoma e mieloma; D) Isotransplante: trata-se do transplante de órgãos ou tecidos entre gêmeos univitelinos (possuem o mesmo genoma) (BEZERRA, CARMO, MACEDO, 2012, p. 326-7).

No Brasil, a maioria dos órgãos e tecidos advém de doadores cadáveres e não conseguem suprir a necessidade. Essa realidade é ainda prejudicada por conta da necessidade normativa que exige o consentimento da família para a remoção dos órgãos e tecidos. Ressalte-se que todo o procedimento deve ser realizado somente por hospitais e equipes credenciadas pelo Ministério da Saúde (MS), através do Sistema Único de Saúde (SUS). Se o início da vida ainda é tema de grandes discussões, ao menos na morte do indivíduo o legislador resolveu adotar uma circunstância objetiva: a atividade cerebral. Assim, em vez de seguirmos a lógica da circulação sanguínea, cujo entendimento foi predominante na ciência durante muitos anos, o fim da atividade cerebral como fator para a morte favoreceu o procedimento de operações de transplante, já que a morte cerebral, ao mesmo tempo em que inviabiliza a vida sem aparelhos, preserva o funcionamento dos demais órgãos que ficam aptos a serem doados para terceiros.



Pesquise mais

Para contribuir com sua reflexão, consulte as seguintes referências:

1. Lei 9.434, de 1997;
2. Decreto 2.268, de 1997;
3. Portaria 3.407, de 1998, do Ministério da Saúde.

Uma análise necessária, em se tratando da morte digna no Brasil, é a possibilidade do aborto.

Conforme nos apresenta Maria Helena Diniz (2007, p. 29), o termo aborto é "originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer)". De acordo com a Organização Mundial de Saúde, o abortamento se configura quando acontece expulsão ou extração até a 20ª/22ª semana de gestação ou quando o feto possui menos de 500g de peso.

Importante ressaltar que esse tema não aborda somente aspectos éticos ou de saúde, mas também questões religiosas, econômicas, políticas, demográficas, sociológicas entre outras. Toda essa realidade acaba dificultando o debate e o avanço nas discussões, principalmente por conta da sobreposição dos aspectos morais aos sociais e científicos. No Brasil, considerando que o aborto é prática definida como crime sujeito a pena (exceto nos casos autorizados), há grande dificuldade em se estabelecer levantamento de dados confiáveis para o número de abortamentos realizados e seu índice de mortalidade para as mães.

Tomando a dinâmica científica sobre o aborto, é sabido que existem cinco tipos:

1. Interrupção espontânea da gestação (IEsG) – neste caso, o aborto acontece por fatores naturais, independentemente da ação de terceiros.

2. Interrupção voluntária da gestação (IVG) – são abortos que acontecem por vontade da mulher por conta do desejo pessoal.

3. Interrupção seletiva da gestação (ISG) – estes tipos de aborto estão ligados às condições de saúde do feto. Normalmente, são recomendados em situações em que não há perspectiva de vida para o feto, ou mesmo há o panorama de uma vida sem a dignidade necessária.

4. Interrupção terapêutica da gestação (ITG) – aqui há o risco de morte para a gestante. Assim, em alguns casos, se recomenda esse aborto se há a percepção de que a saúde da mulher está em perigo.

5. Interrupção eugênica da gestação (IEG) – os casos relacionados a este tipo de aborto estão ligados à prática da eugenia (prática seletiva de pessoas baseadas em valores pessoais ou étnicos). Assim, persegue-se uma determinada gestação por conta de concepções subjetivistas (racismo, nazismo, xenofobia etc.).

Durante muitos anos o aborto foi utilizado como forma de controle de natalidade por alguns países. Como se não bastasse, há situações em que a realidade social ainda pesa para a realização do aborto. Para se ter uma ideia, segundo dados do Instituto Alan Guttmacher, cerca de 6,5 milhões de abortos induzidos aconteceram entre 2010

e 2014 na América Latina e Caribe, sendo que, desse montante, 4,6 milhões são da América do Sul. Esse mesmo relatório ainda aponta que a taxa anual de procedimentos abortivos atinge 44 mulheres em cada 1.000, em idade entre 15 e 44 anos (GUTTMACHER, 2017).



Refleta

Acesse o site <<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/abortion-latin-america-and-caribbean>> (acesso em: 4 nov. 2018) e analise o gráfico comparativo entre as taxas de aborto em 1990 e 2014 para você ter uma ideia da situação preocupante que estamos tratando.

Entretanto, ressaltamos a importância de se considerar o aborto como um problema de saúde pública que transcende as questões morais. Igualmente, é necessário diferenciar o que é de interesse do Estado no que diz respeito à conduta penal e o que é aceito (ou não) pela sociedade na esfera da moral. É preciso pontuar os aspectos reais das mulheres envolvidas nessas condições, bem como as questões financeiras e ocupacionais dos centros de saúde e hospitais. Um dos principais motivos é a superlotação do Sistema Único de Saúde com casos de aborto realizados em clínicas clandestinas. O fato de o aborto ser crime não o faz desaparecer na sociedade, pelo contrário, há o surgimento de práticas alternativas à margem da lei.

No que diz respeito ao que é permitido e ao que é proibido no Brasil, em relação ao aborto, faz-se necessário acessar os dispositivos legais em que tais definições se encontram. No caso, falamos dos artigos 124 a 128 do Código Penal (BRASIL, 1940). A partir da análise desses artigos, é possível verificar a existência de duas categorias de abortamento que não estão sujeitas à punição definida no artigo 126. Trata-se do aborto necessário ou legal, quando não existe outro meio viável para salvar a vida da gestante, e do aborto em virtude de a gestação ser decorrente de estupro (artigo 128, incisos I e II). No caso deste último, existem algumas exigências a serem cumpridas: o aborto precisa ser precedido de consentimento da gestante ou, quando se tratar de incapaz, faz-se imprescindível o consentimento de seu representante legal.

Para além dessas possibilidades, também existe o abortamento no caso de gravidez de feto anencéfalo. Tal possibilidade passou a não ser penalizada a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal

na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, proferida em 2012. Em um julgamento que ficou marcado por uma série de manifestações sociais, favoráveis ou contrárias a mais essa permissão ao aborto (dentro das circunstâncias verificadas), pode-se observar que a discussão sobre o ato de abortar gira em torno de questões que não envolvem apenas o direito, mas a ciência, a moral e, inclusive, preceitos religiosos. Quando o embrião é considerado vivo? Há prevalência do direito da mulher (autonomia sobre o próprio corpo) em detrimento do direito do embrião ou feto?

Ao enfrentar esses questionamentos, os ministros do Supremo, à época, decidiram por maioria de votos que a antecipação terapêutica nos casos de anencefalia não pode ser criminalizada. No que diz respeito ao debate sobre o direito à vida, restou caracterizado, no julgamento da ADPF 54, que não há que se falar em aborto, vez que não há, no caso do anencéfalo, expectativa de vida extrauterina. Trata-se de fato atípico, vez que não juridicamente tutelado.



Refleta

Sobre a interrupção da gestação nos casos de fetos anencéfalos, veja o documentário da professora e pesquisadora da UnB, Debora Diniz, chamado *Uma história Severina*, disponível no endereço abaixo. Ao assisti-lo, busque pensar sobre o conflito entre direitos envolvidos, bem como sobre a ideia de que submeter uma mulher a levar a gestação de feto com anencefalia até o nono mês de gravidez seria algo equivalente à tortura. Esse foi um dos argumentos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF/54, para fundamentar seu voto a favor da interrupção da gravidez.

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=65Ab38kWFhE>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

Importante se faz apresentar de que forma a legislação brasileira se aproxima ou se afasta do que já é disposto em outros países no que toca ao aborto. No que diz respeito à interrupção da gestação antes dos três primeiros meses, verifica-se que Alemanha, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Portugal, Holanda, França, Austrália e Itália não a consideram como crime. Em cada um desses países há condições específicas para que o processo de abortamento

seja feito, mas a possibilidade existe. Na América Latina, apenas o Uruguai considera não ser crime o aborto realizado até a 12ª semana de gestação (em qualquer circunstância). Chile e Argentina, assim como o Brasil, possuem suas excludentes de ilicitude, mas ainda possuem legislações consideradas rígidas.

Cabe, ainda, colocação a respeito de duas Propostas de Emenda à Constituição que estão tramitando no Congresso brasileiro (181/15 e 58/11). Ainda que não digam respeito diretamente ao aborto, tais textos legislativos incluíram, em suas propostas de reformulação constitucional, a inserção da expressão “desde a concepção” no dispositivo que assegura o direito à vida. Na prática, o que a alteração objetiva é a criminalização de qualquer tipo de aborto, realizado a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias (inclusive aquelas em que o procedimento é autorizado em nosso país). A pauta reacende as discussões sobre a laicidade do Estado e sobre as relações entre direito, moral e ética. E, caso seja aprovada, colocará o Brasil ao lado de Nicarágua, Malta, Vaticano, El Salvador e República Dominicana, países que proíbem o aborto de forma absoluta.

Esta seção discute, também, a vida. Aqui, ela será analisada a partir das experiências de reprodução assistida e de suas implicações no Direito. Entre elas, estão as formas por meio das quais o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o estado de filiação (que é direito personalíssimo).

Em 1976, Patrick Steptoe e Bob Edwards conseguiram, com sucesso, realizar a primeira técnica de fertilização *in vitro* (processos biológicos que ocorrem fora do organismo humano), também conhecida como reprodução assistida, que deu origem a Louise Brown; a primeira pessoa a nascer a partir desse processo. Assim, a Fertilização *In Vitro* (FIV)



[...] consiste em propiciar, em condições específicas determinadas para tal fim, em laboratório, a fecundação do óvulo pelo espermatozoide fora do corpo da mulher. Uma vez cumprida esta etapa o embrião é transferido ao útero da mãe, onde a expectativa é que ele se implante e continue se desenvolvendo (WRIGHT et al., 2008).

Quanto aos procedimentos da FIV, eles

[...] apresentam alguns aspectos considerados difíceis e desgastantes para mulheres e homens, como as injeções de hormônios para a indução da ovulação, testes de laboratório, exames de ultrassonografia, uso de medicamentos, anestesia, obtenção da amostra de sêmen por masturbação e a ansiedade diante da transferência dos embriões, situações que se constituem como singulares para cada casal (JACOB, 2001; ORIÁ; XIMENES, 2004).



Um fator muito importante a ressaltar quanto à FIV é a necessidade de esclarecimento dos interessados. É preciso deixar claro que as chances não são favoráveis, há riscos no procedimento e há outras formas de tratamento. Dito isso, decorre que aspecto central, quando se trata da reprodução assistida, é a paternidade/maternidade, especificamente no campo do Direito.

Para falarmos de maternidade ou paternidade, falamos também da filiação.

Conforme nos mostram Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal, filiação é “relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal” (2017, p. 565). Três critérios dão ensejo para a determinação da filiação: o legal, o biológico e o socioafetivo e a prova da filiação (art. 1603 do Código Civil), que pode ser feita pela certidão de registro civil, por escrito dos pais a reconhecendo e pela existência de veementes presunções de fatos já certos (artigo 1605 do Código Civil).

O Brasil, a partir do disposto no artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, rechaça qualquer discriminação em relação à origem dos filhos ou à relação dos pais (BRASIL, 1988). Entretanto, ainda que a Carta Maior tenha disposto que não se pode perdurar qualquer diferenciação entre os filhos, o Código Civil de 2002 ainda mantém em seu texto um artigo que estabelece tratamento

específico para os filhos havidos no matrimônio. O artigo em comento é o 1597, e é de especial importância para o estudo desta seção. E isso se dá porque inclui, dentro do escopo de situações que ensejam a presunção de paternidade, aquelas resultantes de processos de reprodução assistida homóloga e de reprodução assistida heteróloga. A primeira se dá a partir da utilização de material genético dos próprios envolvidos, mas, no caso da reprodução assistida heteróloga, há um doador de material genético sem relação com o casal ou a mãe.

Tal dispositivo legal recepciona dois pressupostos do Direito Romano: *mater semper certa est e pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. Ambos representam critérios jurídicos de presunção de filiação e significam que há a presunção em relação à mãe, em virtude da gestação, e do pai, em virtude de ser casado com aquela que dá à luz o filho. Há duas circunstâncias que desafiam a noção preestabelecida dos ditos romanos: a gravidez que se utiliza de barriga de aluguel e aquela oriunda de reprodução assistida heteróloga, e isso veremos de forma aprofundada na Seção 2.3.

O mencionado reconhecimento do estado de filiação pode acontecer voluntariamente ou pela via judicial e, nos casos em que isso se dá judicialmente, o exame pericial de ácido desoxirribonucleico (DNA) tem sido amplamente utilizado como meio de prova. Visando se preparar para o conhecimento que será apresentado à frente, sugerimos que você investigue sobre o exame pericial de DNA e as mudanças trazidas por sua descoberta, que assegura uma margem de segurança de 99,9999% na determinação da paternidade.



Pesquise mais

Considerando que o Exame de DNA representa enorme avanço científico e hoje representa instrumento de valia indiscutível para auxiliar o juiz em seu convencimento nas ações de reconhecimento e negatória de paternidade, leia mais sobre ele abaixo:

<<https://mundoestranho.abril.com.br/tecnologia/como-e-feito-o-teste-de-dna-para-determinar-a-paternidade/>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Essencial ressaltar que, no que diz respeito às ações negatórias de paternidade, o exame pericial de DNA não se configura mais como único meio de prova existente para se negar a relação de vínculo entre pais e filhos. O vínculo socioafetivo se mostra cada vez mais importante para a determinação do estado de filiação e para os demais desdobramentos da noção de parentalidade.

Sem medo de errar

Nesta seção foi pedido novo parecer por seus clientes Mariana e Carlos que, por infortúnio, estão vivenciando novos problemas em sua busca por aumentar a família. Em relação aos quesitos apresentados, seguiu seu parecer.

Consulta sobre Abortamento de Feto Anencéfalo

Endereçamento: Mariana e Carlos

Relatório: Hospital Municipal que se recusa a realizar o aborto de Mariana, grávida de feto clinicamente diagnosticado com anencefalia, exigindo dela que seja obtida autorização judicial para a realização do procedimento.

Fundamentação:

Conforme se pode observar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, julgada em 2012, não há mais a necessidade de buscar por autorização judicial para realizar procedimento de abortamento de feto que possui anencefalia. Posteriormente, o Conselho Federal de Medicina editou Resolução nº 1.989/2012, em que dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. Entre as exigências que o CFM coloca como necessárias para que o procedimento transcorra sem qualquer óbice, está a posse, pela gestante, dos seguintes exames e laudos:

I – duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável;

II – laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.

O referido entendimento do Supremo Tribunal Federal considera parâmetros como sustentação da possibilidade de interrupção da gravidez. Afirmou-se, na ADPF n. 54, que o aborto considerado nos casos de anencefalia não é fato típico relacionado ao disposto nos artigos 124 a 128 do Código Penal, pois trata-se de expectativa de vida do feto que não se concretizará para além do útero da mãe. Dessa forma, não haveria interesse, para o mundo do direito, em interferir em situações que assim se apresentam. Cabe aos médicos, utilizando como referencial a Resolução n. 1.989/2012, realizar a vontade da gestante.

Dispositivo: Como Mariana estava de posse de ambos, não seria o caso de impedi-la de proceder ao aborto, que poderia ter sido realizado pela equipe médica, sem qualquer exigência de decisão judicial prévia.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Local, data e assinatura.

Avançando na prática

Histocompatibilidade

Descrição da situação-problema

Maria Fernanda é uma adolescente de 13 anos e possui insuficiência renal progressiva. Ela não tem se adaptado bem à hemodiálise. Em seu desespero, os familiares começaram a realizar testes em familiares. Sua irmã tem o procedimento descartado, pois possui 4 anos, e sua mãe não é compatível, portanto, não pode ser doadora. Entretanto, o seu pai realizou o exame e foi percebida a histocompatibilidade (quando há semelhança genética). Em uma consulta a sós, o médico responsável explica ao pai que há a possibilidade de fazer o transplante de um de seus rins, porém, com prognóstico incerto, uma vez que há a possibilidade de rejeição. Com medo da cirurgia, da retirada de um dos rins, e do prognóstico incerto, o pai informa que não quer fazer o transplante. Considerando o caso apresentado, responda se esta decisão encontra fundamento no direito brasileiro.

Resolução da situação-problema

Primeiramente há de se tratar da questão do pai. Ele não pode ser obrigado a dispor de nenhuma parte de seu corpo, uma vez que a própria CF/88 garante a inviolabilidade à intimidade, à vida privada e à honra. Em segundo, considerando os princípios bioéticos, a autonomia do pai deve ser considerada e respeitada. Assim, não há a possibilidade de que ele seja forçado a doar.

Em segundo, poderia se questionar a responsabilidade paterna, bem como a responsabilidade pela omissão. É possível argumentar tomando como base os Artigos 227 e 229 da CF/88, bem como a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda o Código Civil brasileiro em seus Artigos 1.583 a 1.590 e 1.634.

Faça valer a pena

1 Tomando como referência o que foi estudado acerca da morte, enumere a segunda coluna de acordo com a primeira:

1. Eutanásia
2. Ortotanásia
3. Distanásia
4. Mistanásia

- () morte sem sofrimento, com a assistência de um profissional;
() morte apressada por conta de situações externas (falta de recursos, por exemplo);
() morte natural, ocorrida sem interferências;
() morte prolongada por recursos médicos ou terapêuticos.

Agora, assinale a alternativa que melhor representa a sua compreensão:

- a) 1, 2, 3 e 4.
- b) 2, 4, 3 e 1.
- c) 1, 4, 2 e 3.
- d) 3, 4, 2 e 1.
- e) 4, 3, 2 e 1.

2 Verificou-se, a partir das leituras feitas, que há países que liberam totalmente ou parcialmente o abortamento e os que proíbem completamente a realização do aborto.

Com base no disposto no Código Penal e em seus estudos sobre o aborto e as permissões para fazê-lo em território nacional, aponte qual a alternativa correta:

a) Ao realizar o aborto necessário em razão de risco de morte à gestante, obrigatório o consentimento da gestante antes da realização do procedimento, sob pena de enquadrar-se no disposto no artigo 125 do Código Penal.

b) O STF já se manifestou sobre o aborto em ocasiões diferentes e, em 2012, no julgamento da ADPF/54, considerou que provocar o abortamento de feto anencéfalo é conduta que se enquadra nos artigos 125 e 126, a depender da existência ou não de consentimento.

c) No que diz respeito aos crimes contra a vida, regulados pelo direito brasileiro, tem-se como tipos penais: o homicídio, o aborto (em todas as suas formas) e o infanticídio. Por serem todos crimes dolosos contra a vida, vão a julgamento no Tribunal do Júri.

d) O ato de provocar o aborto é considerado crime, conforme o disposto no Código Penal em seus artigos 125 e 126, não existindo qualquer hipótese para a exclusão da ilicitude da conduta de quem o faz.

e) Considera-se como excludente da ilicitude da conduta o aborto provocado para salvar a vida da gestante. Quando se tratar de gravidez decorrente de estupro, é necessário prévio consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

3 Leia o texto abaixo:

“Terri Schiavo, cujo destino mobilizou e dividiu os americanos, tornando-se um drama nacional, morreu abril de 2005, ao fim de duas semanas sem receber água e comida. [...] A batalha judicial em torno da morte de Terri foi travada entre os pais dela – Robert e Mary Schindler – e seu viúvo, Michael, durante oito anos. A família a queria viva. O marido dizia que ela manifestara o desejo de não ser mantida viva caso um dia se visse numa condição como aquela. [...] Terri morreu aos 41 anos, numa casa de repouso em Pinellas Park, Flórida, depois de viver 15 anos sobre uma cama, em estado vegetativo considerado irreversível. Um ataque cardíaco a deixara dessa forma. Horas antes de sua morte, a Suprema Corte dos EUA rejeitara a última de uma série de apelações de seus pais. Ao longo da disputa, o tubo de alimentação chegou a ser desligado e religado duas vezes. Como responsável legal por sua mulher, Michael venceu a disputa judicial em fevereiro de 2005. Os Schindler consideraram a decisão um ‘homicídio judicial’.” (Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/o-caso-terri-schiavo-morte-apos-longa-batalha-na-justica-4560995#ixzz4z5FrTuUH>)

A partir da leitura do texto e considerando seus estudos, aponte a resposta correta:

a) Ao contrário do que foi possível em relação ao Caso Terri Schiavo, o Brasil não permite a realização de procedimentos visando “morrer com dignidade” e, inclusive, prevê agravamento da pena de quem realiza procedimento para induzir à morte quem está em sofrimento.

b) A eutanásia, também chamada de suicídio assistido, consiste no ato de tirar a vida de alguém, orientado ou com auxílio de terceiro, ou médico, e está tipificada no Código Penal no artigo 122. Crime doloso contra a vida, julgado pelo Tribunal do Júri.

c) O princípio que sustenta a eutanásia é o da qualidade de vida, que preconiza que uma vida que não tenha qualidade não vale a pena ser vivida. Considerada como crime no Brasil, possibilita redução de pena de 1/6 a 1/3 se for comprovadamente cometida por relevante valor social ou moral.

d) O caso apresentado no texto seria denominado de distanásia, vez que se tentou uma ação de prolongamento da vida através de práticas de suporte ou terapêutica, sem sucesso, o que levou o marido da paciente a solicitar o desligamento da sonda alimentar que a mantinha viva.

e) Diferentemente da eutanásia, a mistanásia é uma referência à morte correta, ou morte natural, sem nenhuma interferência, em que a evolução da vida, ou o percurso da doença, acontecem sem a ação de profissionais. Assim, não há nenhum tipo de suporte à vida ou terapêutica.

Seção 2.3

O Biodireito e a reprodução assistida

Diálogo aberto

Agora apresentamos a você a situação-problema referente a esta seção. Lembre-se que colocar em prática seu conhecimento ajuda a fixar o conteúdo e a expandir sua capacidade de análise, tornando você apto a responder questões cada vez mais complexas.

Nas duas últimas seções você teve a oportunidade de atuar como advogado de casais com dificuldades envolvendo a gestação. Em ambos, foi possível observar aspectos complementares de nossa existência: a vida e a morte. Destaca-se que, de acordo com o 10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões, entre 2011 e 2016, a quantidade total de fertilizações *in vitro* subiu para 33.790 casos, assim como a quantidade de embriões congelados, que em 2016 já eram 66.597, o dobro do número registrado em 2012. Tais dados apontam para um cenário em que direitos envolvendo tais circunstâncias serão cada vez mais requeridos.

Dessa forma, cabe a você estar preparado(a) para atuar quando for procurado(a).

Então vamos ao terceiro e último caso da Unidade 2 e a mais um parecer dado por você como advogado(a) em seu escritório especializado no atendimento de questões envolvendo Biodireito. Não se esqueça de estruturar seu parecer com seus itens obrigatórios: título, endereçamento, relatório, fundamentação e dispositivo.

Andrea tentou engravidar de seu companheiro, João, por anos, sem sucesso. Descobriram, em suas inúmeras investigações médicas, que João não produzia espermatozoides viáveis e que ela não seria capaz de sustentar uma gravidez até o mínimo necessário para assegurar a saúde de seu bebê. Inconsoláveis, procuraram um médico bastante famoso, dedicado a pesquisas sobre reprodução assistida, e ouviram dele a possibilidade de realizarem uma fertilização heteróloga em uma barriga de aluguel. Decididos a tentar todas as possibilidades, procuram Ana, tia de João, para propor a ela a gestação, e ela aceita imediatamente.

Todo o procedimento segue como proposto. A clínica acessa um doador anônimo, fertilizam o óvulo de Andrea in vitro e o implantam, tendo sucesso. A criança nasce, e com o correr dos anos, o relacionamento de Andrea e João se desgasta. Infeliz, João quer se desvincular da família e, além de pedir o divórcio, procura você como advogado(a) para ingressar com ação negatória de paternidade. Existiria fundamento jurídico suficiente para que você sustente tal ação? Lembre-se de fundamentar sua resposta.

Para auxiliar você na elaboração de seu parecer sobre o caso, acesse a Resolução n. 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, disponível no endereço eletrônico: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Não pode faltar

Caro(a) aluno(a), bem-vindo(a) à Seção 2.3!

Neste ponto da matéria, estudaremos um pouco mais sobre reprodução assistida, planejamento familiar e políticas públicas em suas interfaces bioéticas e reflexos jurídicos. Pronto(a) para começar?

Ernst Cassirer, filósofo alemão do século XX, em uma famosa obra intitulada *Essência e efeito do conceito de símbolo*, defende que toda e qualquer relação do homem com o mundo se dá no âmbito das formas simbólicas. É uma dinâmica de relação e de interação que acontece e fundamenta a vida humana como um todo. Historicamente, fica claro que a capacidade de reprodução, além de simbólica, é considerada por muitos um aspecto instintivo. Consequentemente, essa mesma capacidade de reprodução também pode ser atrelada à satisfação e ápice da condição humana, gerando altos níveis de frustração naqueles que não possuem condições de fazê-lo. Cabe ressaltar que vivemos em uma sociedade extremamente rotuladora e classificadora, tornando a paternidade e maternidade papéis de grande influência no contexto social, com seus respectivos reflexos jurídicos. Tal condição vai ao encontro da ideia de papéis sociais, tão específicos e necessários à condição social, que acabam por determinar a identidade dos sujeitos. Não é de estranhar, a despeito do valor ainda alto de seus procedimentos, que os números relativos à reprodução assistida no Brasil tenham aumentado exponencialmente nos últimos anos.



Para ampliar suas informações sobre o universo da reprodução assistida no Brasil, sugerimos que você acesse o 10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões, disponível no link abaixo. Ele traça um panorama sobre o tema nos últimos cinco anos.

Disponível em: <<https://goo.gl/8Ebpgk>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Como começamos a estudar na seção anterior, a reprodução assistida (em suas formas homóloga e heteróloga) serve como tentativa para suprir tais dificuldades de reprodução. E, assim como outras inovações científicas ou tecnológicas, tais técnicas de reprodução assistida terminaram por impactar o direito pátrio, especificamente o direito civil. Estamos aqui falando sobre o estado de filiação e seus desdobramentos jurídicos, especialmente aqueles que dizem respeito às famílias e aos direitos sucessórios, mas outros elementos também podem ser destacados, como o papel do Estado em assegurar tratamentos contra a infertilidade por meio do SUS, a inclusão de procedimentos de reprodução assistida no rol disponibilizado por planos de saúde, bem como eventuais indenizações contra médicos e clínicas.

A maternidade de substituição, comumente chamada de barriga de aluguel, acontece quando uma terceira pessoa gesta o embrião de outra e é autorizada em nosso país mediante uma série de exigências prévias, sendo expressamente vedada a comercialização da prática. Em princípio, cumpre ressaltar que a possibilidade de a gravidez acontecer em uma terceira pessoa é recomendada em alguns casos, a saber: em caso de síndrome de Rokitansky (caracterizada pela ausência do útero e 2/3 da área superior da vagina); em pacientes hysterectomizadas (que retiraram o útero por questões diversas, através de procedimento cirúrgico); em casos de alterações e modificações anatômicas do útero que impedem a gravidez; e de qualquer contraindicação à gravidez. Evidentemente que os aspectos éticos e morais se farão presentes na discussão, uma vez que a proposta de uma terceira pessoa existir numa relação íntima pode incomodar uma grande parcela das pessoas. Essa realidade pode ainda ser agravada quando se considera o caso de mulheres que ganham a vida com a gravidez. Muitas acabam se sujeitando a

ser “barrigas de aluguel”, visando uma melhora na qualidade de vida ou, em muitos casos, a própria sobrevivência.

No caso do Brasil, em se tratando especificamente da maternidade de substituição, o Conselho Federal de Medicina (CFM), através de uma de suas resoluções, recomendou, entre outras coisas, que as doadoras temporárias deveriam pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, que a doação do útero não poderia ter caráter lucrativo e comercial e que houvesse aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero fosse casada ou vivesse em união estável (Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 2.121/2015). Entretanto, em novembro de 2017, em atualização à referida Resolução, o CFM passou a autorizar filhas e sobrinhas (parentesco descendente) a servirem como úteros temporários. Pessoas solteiras, antes proibidas de recorrer à prática para a geração de filhos, também poderão fazê-lo (Resolução CFM nº 2.168/2017).

Quanto à presunção de maternidade, no caso da utilização da barriga de aluguel, vê-se que dispõe o artigo 1597-A do Código Civil de 2002 em favor de quem doou o material genético, e não de quem gestou o embrião.

Em outros países, como o caso da Índia, da Ucrânia e de alguns estados norte-americanos, há consideração da remuneração da maternidade substitutiva, entendendo, inclusive, como uma forma de trabalho. No caso da Índia, a situação é tão séria que muitas famílias ganham a vida com o trabalho de maternidade substitutiva (barriga de aluguel) das mulheres.



Refleta

Conforme asseveram Farias e Rosenvald (2017, p. 573), no Brasil: “malgrado a gratuidade do ato, a mãe gestacional fará jus à assistência médica e psicológica, custeada pelos interessados na gestação, a partir do referencial da boa-fé objetiva (Código Civil, artigo 442)”.

Isso implica pensar em eventual imposição de responsabilidade civil aos interessados. O que você pensa a respeito? Sugerimos que resgate seus conhecimentos sobre os negócios jurídicos e reflita.

Apesar de parecer que a prática é simples e deve ser liberada, há questões complexas ligadas a essa situação. Algumas delas podem ser extremamente delicadas, por exemplo: se existe disputa pela guarda da criança; em casos de malformação; quando há a possibilidade de abandono da criança; e em situações de separação dos pais biológicos no decorrer do processo de gestação substitutiva.

Essa condição evoca o princípio do pluralismo bioético. É preciso considerar que “todo ponto de vista é a vista de um ponto”, já bem apontara Leonardo Boff (1999) em seu *A águia e a galinha*. A amplitude desse fragmento aponta para aquilo que se compreende como pluralismo. Numa sociedade diversa, múltipla e, ao mesmo tempo, igual sob as análises biológica, social e jurídica, impor a homogeneidade é algo impossível. Uma realidade plural garante a existência de humanos plurais; humanos plurais respeitam e viabilizam a pluralidade. Em linhas gerais, o pluralismo é a possibilidade de coexistência de situações opostas e diferentes dentro de realidades variadas, sejam sociais, políticas ou culturais.

A análise do pluralismo ganha uma nova envergadura, que parte da concepção política, atravessa a análise jurídico-cultural e alcança uma disposição ética. É exatamente aqui, na abertura do pluralismo à ética, que se assenta a concepção de prática bioética: uma compreensão que abandona o universalismo abstrato, o relativismo cultural e o positivismo moralista e admite a existência de uma unidade pela pluralidade, um reconhecimento do eu no outro e do outro no eu; é, como na propositura de Enrique Dussel, uma “Ética da Libertação”, onde “aceitar o argumento do outro supõe aceitar o outro como igual, e esta aceitação do outro como igual é uma posição ética [...]” (DUSSEL, 2001, p. 8).

Como já mencionado, além do caso da gestação por barriga de aluguel, outro destaque à presunção da filiação se dá com a reprodução assistida heteróloga. Segundo o Conselho Federal de Medicina, a reprodução assistida heteróloga se dá quando há a doação por terceiro anônimo de material biológico ou há a doação de embrião por casal anônimo. Como se utiliza material genético diferente do dos envolvidos para a realização da fecundação, exige-se a autorização expressa do marido, ou companheiro, antes do procedimento, e tal anuência servirá como prévio reconhecimento de uma paternidade socioafetiva.

Apenas se não houvesse tal autorização prévia é que o marido, ou companheiro, poderia promover ação negatória de paternidade genética (Artigo 1601, Código Civil de 2002). A presunção de filiação, mediante a autorização ao procedimento de reprodução assistida heteróloga, é absoluta.



Pesquise mais

A reprodução assistida heteróloga tem complicado o entendimento da paternidade/maternidade tomada a partir da coincidência genética. Nesse sentido, essa realidade tem deixado de ser referência para as decisões no campo do Direito “de Família”. Assim, sugerimos que você consulte a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com o processo de seguinte número: 70019125285 (Inteiro Teor).

Sobre o reconhecimento jurídico da afetividade nas relações de parentalidade, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 2016 (Recurso Extraordinário 898.060/ Repercussão Geral 622, afirmou: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Voto do Ministro Luiz Fux)). Trata-se do reconhecimento, em definitivo, pelo julgador, da ideia de multiparentalidade.

Ser pai ou mãe nem sempre se apresenta como atividade de escolha para os envolvidos. Infelizmente, no que diz respeito à situação socioeconômica do Brasil, muito se vê de famílias que lutam para assegurar o sustento de seus filhos. Em muitos casos, sem conseguir. Para garantir que esse momento aconteça com o máximo de responsabilidade, dispõe-se na Constituição Federal de 1988, no artigo 226, §7º, que “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, vê-se que o planejamento familiar em nosso país pode ser identificado como direito dos indivíduos e dever do Estado, em ações preventivas de cunho educativo, em relação a métodos contraceptivos transitórios e no que diz respeito a soluções definitivas, como a laqueadura tubária e a vasectomia. O instituto jurídico que especificamente tratará desses temas é a Lei nº 9.263, de 1996, que veio regulamentar o referido artigo da Constituição Federal, cuidando, inclusive, de estabelecer penas a

quem descumprir os princípios basilares que orientam as questões relativas ao planejamento familiar.

Uma das vedações dispostas na Lei nº 9.263/96 é a realização de histerectomias ou ooforectomias com o objetivo de esterilizar mulheres, salvo, expressamente, de exigências médicas (artigo 10, §4º, e artigo 15). Mesmo a laqueadura tubária e a vasectomia não devem ser feitas sem que uma série de exigências seja cumprida. Aquele ou aquela que se submeter a procedimentos definitivos de esterilização deve assinar documentos de consentimento e deve passar por aconselhamento prévio.



Assimile

Segundo o artigo 10, I, da Lei 9.263/96, é exigido para os procedimentos definitivos que:

“I-em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce” (BRASIL, 1996).

Em adição a esse primeiro nível de requisitos a serem cumpridos, soma-se o disposto no §5º deste mesmo inciso: “na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges”.

Outro ponto importante trazido pela lei é o fato de só poderem oferecer os procedimentos de esterilização definitiva aquelas instituições com “todas as opções de meios e métodos de contracepção reversíveis” (artigo 14, Parágrafo Único). Tais meios e métodos reversíveis deveriam ser oferecidos gratuitamente na Rede Pública de Saúde, sob a forma de políticas públicas destinadas ao controle de natalidade, mas tais programas não são perenes, dependendo bastante de políticas de governo, sujeitas a alterações conforme se alternam no poder os governantes e seus partidos de referências.

Também são políticas públicas os programas destinados à orientação de crianças e jovens sobre sexualidade e prevenção de doenças e da própria gravidez. Mais do que lidar com difíceis projetos como os referentes ao aborto ou ao parto anônimo, por exemplo, importante se faz a prevenção por meio da educação, que pode ter resultados mais eficazes e a longo prazo. Afinal, o conhecimento confere ao indivíduo autonomia.

Feitas essas considerações, encerramos mais uma unidade de Biodireito. Releia a matéria e busque relacioná-la com histórias reais! Busque por jurisprudências para observar a aplicação do que discutimos aqui teoricamente. Você verá como ficará mais fácil a assimilação do conteúdo e a resolução das questões propostas! Bons estudos e até a próxima!

Sem medo de errar

Seu escritório recebeu mais um cliente cujo caso envolve Biodireito. Nesse, em específico, você teve a oportunidade de dar seu parecer a um pai que quer ingressar com ação negatória de paternidade, cujo filho nasceu de um processo de reprodução assistida heteróloga, com o uso de barriga de aluguel. Para a solução do caso, foi pedido a você que utilizasse a estrutura formal de um parecer, com seus elementos obrigatórios, quais sejam: o título, o endereçamento, o relatório e a fundamentação.

Título: Ação negatória de paternidade

Endereçamento: João

Relatório:

Trata-se de consulta feita com o objetivo de verificar a viabilidade de propositura de ação negatória da paternidade de criança nascida de procedimento de reprodução assistida heteróloga.

Fundamentação:

Conforme se observa da legislação brasileira, a presunção de filiação no caso da reprodução assistida heteróloga se dá no momento em que o pai, antes da realização do procedimento, dá seu expresso consentimento para que ele aconteça.

A primeira providência seria verificar se houve tal anuência. Caso ela tenha existido, trata-se de presunção absoluta da filiação, sendo ela reconhecida e protegida em todos os seus aspectos jurídicos.

Dispositivo:

Caso não tenha havido o expresso consentimento, poderá João ingressar com a ação negatória de paternidade. Cabe, no entanto, frisar a seu cliente que a mera produção de prova por meio de perícia com o exame de DNA não é suficiente para descaracterizar, aos olhos do julgador, a relação entre pai e filho. Além disso, a desconstituição da conjugalidade não possui qualquer relação com a parentalidade exercida pela mãe ou pelo pai.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Assinatura.

Local, data.

Avançando na prática

Barriga de Aluguel

Descrição da situação-problema

Láís tentou engravidar de seu esposo, André, por anos, sem sucesso. Descobriram por fim, que Láís não possuía condições de levar ao fim a gestação. Certos de que nasceram para ser pais, procuram Bruna, prima de Láís, para propor a ela a ideia de ser barriga de aluguel para a gestação, e ela aceita imediatamente. Assim, fertilizado o óvulo de Láís com o esperma de André, conseguem 1 embrião viável que é inseminado em Bruna. Conforme transcorre a gravidez, André se vê encantado pela prima de sua esposa, sentimento em que é correspondido. Juntos, decidem informar a Láís que André se separará dela e que ficarão com a criança. Desesperada, Láís procura ajuda de advogados, em busca de uma solução para sua situação. É possível que André e Bruna fiquem com a criança para si?

Resolução da situação-problema

No que diz respeito à gestação que se utiliza de barriga de aluguel para que seja viável, dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 1597-A, que a presunção de maternidade nesse caso é de quem cedeu o material genético.

Contraria-se, dessa forma, a definição da mater semper certa est, ou seja, de que certa é a mãe que gera a criança. No que diz respeito à multiparentalidade, por exemplo, não se faz possível a parturiente também exigir registro na certidão da criança como mãe.

Por último, convém anotar que se foram seguidos todos os parâmetros estabelecidos pela Resolução 2121/2015 do CFM, há, entre os envolvidos, termo de compromisso dispondo sobre as questões da filiação.

Faça valer a pena

1 A família tem especial proteção conferida pelo texto constitucional de 1988, tratada em conjunto com a proteção da criança, do adolescente e do idoso, em seu capítulo VII. Seus dispositivos inovaram em muitos aspectos, inclusive naqueles que dizem respeito aos filhos.

Sobre os dispositivos constitucionais que dizem respeito à instituição familiar, responda:

a) A Constituição Federal de 1988 reafirmou o disposto no Código Civil de 1916 e efetivou a divisão entre filhos havidos no casamento e aqueles oriundos de união estável.

b) No capítulo destinado à proteção da família, verifica-se que o planejamento familiar é de responsabilidade exclusiva do indivíduo.

c) A Constituição Federal dispõe que família, para fins de direito, é apenas o núcleo formado pelos pais casados e seus descendentes;

d) A Constituição veda qualquer forma coercitiva de controle de natalidade por parte de instituições oficiais ou privadas.

e) A redação do artigo 1597 do Código Civil acompanha a orientação dada pela Constituição Federal, vedando discriminação entre os filhos.

2 Verificou-se, a partir das leituras feitas, que há países que permitem o livre comércio de barrigas de aluguel, existindo famílias que tiram seu sustento da prática da maternidade por substituição. Como vimos, o mesmo não é autorizado no Brasil.

Sabendo dos pré-requisitos exigidos para a gestação em que se utiliza o recurso da mãe por substituição, indique a resposta correta:

- a) A doação de gametas, diferentemente da barriga de aluguel, pode ter caráter lucrativo e comercial.
- b) As doadoras temporárias e útero devem pertencer apenas à família da mulher interessada, em parentesco de até quarto grau.
- c) A questão da filiação da criança deve ser preestabelecida em termo de compromisso feito pela doadora de útero.
- d) A presunção de maternidade para esses casos reside naquela que gestou a criança, e não na que forneceu o material genético.
- e) É necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro se a doadora do útero for casada ou viver em união estável.

3 Sabe-se que, no Brasil, há as possibilidades de reprodução assistida homóloga e heteróloga. Ambas as técnicas são disciplinadas pelo Código Civil no que diz respeito à presunção de filiação daqueles havidos na constância do casamento.

Sobre os tipos de reprodução assistida, e a partir de seus estudos nesta seção, aponte a resposta correta:

- a) No caso da reprodução homóloga há a doação de gametas masculinos por terceiro, fazendo com que a presunção prescindia de autorização prévia do marido ou companheiro.
- b) A reprodução heteróloga obriga-se ao sigilo quanto à identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores.
- c) Na reprodução heteróloga mantém-se a presunção de paternidade disposta no artigo 1597, do Código Civil, mas o mesmo não vale para a presunção de maternidade.
- d) Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos, exceto aqueles havidos por fecundação homóloga depois de falecido o marido.
- e) Presume-se a filiação nos casos dos embriões excedentários havidos de reprodução artificial heteróloga, na constância do casamento.

Referências

ANVISA. **10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/10%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es++SisEmbrio/1121df4c-ab05-47e9-bae0-8dc283f36fbc>>. Acesso em: 1 de nov. 2017.

BBC Brasil. **Cientistas japoneses criam técnica para “rejuvenescer” óvulos de mulheres mais velhas**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/ciencia/2009/11/091112_ovulos_pesquisa_rw.shtml>. Acesso em: 7 nov. 2017.

BEZERRA, M. B.; CARMO, N. A. do; MACEDO, M. F. Transplantes Gonodais: estado da arte. **Ciência Animal**, Fortaleza, v. 22, p. 325-338, jun. 2012.

BOFF, L. **A águia e a galinha**. 4. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Código Penal**. Presidência da República, Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

_____. Decreto de Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.

_____. Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

_____. **Lei de Biossegurança** – Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm> Acesso em: 10 dez. 2017

_____. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.

_____. **Regulamento Técnico sobre as atividades de transplantes**. Disponível em: <http://www.adote.org.br/assets/files/portaria_3407.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2017.

_____. Resolução CFM nº 1931/2009. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 4 nov. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Relator: Mello, Marco Aurélio de. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Família.** Apelação Cível nº 70019125285, Oitava Câmara Cível, Julgado em 28/06/2007. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. (SEGREGO DE JUSTIÇA). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. **ADI 3510.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 18 out. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DO BRASIL. **Resolução nº 2.121/2015.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena de. **O Estado Atual do Biodireito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUSSEL, E. **Seminário de Ética.** México: Unam, 2001.

GUTTMACHER INSTITUTE. **Abortion in Latin America and the Caribbean.** Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/abortion-latin-america-and-caribbean>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

JACOB, L. S. **Stress e ansiedade em casais submetidos à reprodução assistida.** 2001. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** São Paulo: Abril, 1973. (Coleção Os Pensadores).

LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao Biodireito.** Atualizado. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, E. S. Os papéis sociais na formação do cenário social e da identidade. **Kinesis**, Marília, v. 2, n. 4, p. 40-52, 2010.

MELLO, Celso de. **ADI 3510.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 18 out. 2017.

MORATO, Antônio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista de Direito da USP.** Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

MUNDO ESTRANHO. **Como é feito o exame de DNA para determinar a paternidade.** Disponível em: <<https://mundoestranho.abril.com.br/tecnologia/como-e-feito-o-teste-de-dna-para-determinar-a-paternidade/>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

PORTILHO, Gabriela. **Como funciona a criogenia?** Disponível em: <<https://mundoestranho.abril.com.br/ciencia/como-funciona-a-criogenia/>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

RABENHORST, Eduardo R. **O que são os direitos humanos**. Disponível em: <www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/01_rabenhorst_oqs_dh.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

SIQUEIRA-BATISTA, R., SCHRAMM, F. R. Conversações sobre a boa morte: o debate bioético acerca da eutanásia. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, p. 111-119, fev. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 622 - **Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

TELÖKEN, C.; BADALOTTI, M. Bioética e reprodução assistida. **Revista AMRIGS**, Porto Alegre, v. 46, p. 100-104, dez. 2008.

WRIGHT, V. C., CHANG, J.; JENG, G.; MACALUSO, M. Assisted reproductive technology surveillance. **Surveillance Summaries**, EUA, n. 57, p. 1-23, 2008.

Experiência com seres humanos e Alimentos transgênicos

Convite ao estudo

Caro Aluno,

Seja bem-vindo à Unidade 3 de Biodireito! Nesta unidade vamos estudar a experiência com seres humanos e os alimentos transgênicos. Com certeza você já ouviu falar sobre esses temas, correto? Mas sabe responder, por exemplo, que requisitos necessitam serem cumpridos para que seja possível uma pesquisa com seres humanos? Qual o posicionamento da justiça brasileira sobre o aborto de fetos anencéfalos e pesquisa com células-tronco embrionárias? Será que os alimentos transgênicos causam danos ao meio ambiente ou à nossa saúde? Pois bem, nesta unidade, buscaremos explorar o tema proposto e responder estas e outras perguntas de acordo com o saber jurídico que contorna nossa atuação!

Veja agora o contexto de aprendizagem elaborado para contextualizar a matéria desta unidade.

Alberto é um famoso médico e pesquisador brasileiro, experiente na área de biomedicina. O local de seu trabalho é de difícil acesso, no meio da Amazônia, e ele lida constantemente com os problemas locais. Ele lidera uma equipe composta por outros cientistas, ambientalistas, biomédicos e dois estagiários, um de química e um de direito, este último estuda os impactos éticos, ambientais e consequentemente jurídicos da atuação de Alberto.

Com o aparecimento de uma doença, que atingiu, principalmente, as gestantes ribeirinhas de sua cidade, ele se

juntou à sua equipe para estudar soluções para o problema. Até que um dia: "Eureka"! Ele encontrou um princípio ativo em uma planta e desenvolveu o que é chamado de "fitomedicamento". A partir dessa descoberta, sua equipe iniciou os trabalhos mais específicos. Poderia ser a solução para essa tão rara doença?

Os biomédicos indicaram que eram necessários testes com cobaias humanas, para verificar a eficiência do medicamento. Iniciaram de imediato o contato com as grávidas na área de risco que podiam ter contraído a doença.

Os cientistas trabalhavam em um projeto paralelo, em que estudavam os impactos do vírus nos fetos e bebês atingidos pela doença. A fim de descobrir uma forma de cura, Alberto os indicou a necessidade de estudar as células-tronco embrionárias.

Por fim, Alberto ainda tinha uma ideia final, estudar geneticamente seu "fitomedicamento". Por ser fabricado com um extrato padronizado de origem vegetal, as células, com o princípio ativo que atacaria o vírus, podiam ser utilizadas em outros produtos. Através de um transgênico ele atingiria o maior número de pessoas.

Será que Alberto e sua equipe conseguirão salvar a população desta cidade? Vamos ajudá-lo com isso!

Seção 3.1

Experiência com seres humanos e Anencefalia

Diálogo aberto

Caro aluno,

O Biodireito está ligado diretamente à imposição de limites e controle às práticas científicas. É claro que todos queremos que as pesquisas científicas continuem, que novas curas sejam descobertas, mas não ao custo de vidas humanas inocentes. Temos visto na televisão e nos jornais que a cada dia surgem novas doenças. O Brasil, por exemplo, foi acometido pelo Zika vírus, lembra-se? Com a proliferação desse vírus e as doenças causadas por ele, como a microcefalia, os cientistas tiveram que agir rapidamente para descobrir uma possível cura.

Claro que a legislação tem que acompanhar o que acontece no mundo da ciência, por isso o estudo do Biodireito. Do mesmo modo, juristas tiveram que verificar uma forma de solucionar o problema dos fetos com anencefalia e as consequências penais de um possível aborto.

Devemos, então, conseguir ponderar direitos fundamentais atendendo, sempre, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Vamos, em conjunto, pensar na melhor forma de solucionar esses casos difíceis como o do nosso cientista Alberto?

Alberto é um famoso médico e pesquisador brasileiro, experiente na área de biomedicina. Com o aparecimento de uma doença que atingiu, principalmente, as gestantes ribeirinhas de sua cidade no interior do Amazonas, ele encontrou um princípio ativo em uma planta com o qual pôde criar um "fitomedicamento". Após seguir todos os protocolos, ele precisava entrar em contato com gestantes da área de risco para fazer o teste do medicamento e saber se este teria resultado.

Assim, no contato com duas gestantes, Lara e Dora, ambas com três meses de gestação, Alberto encontrou uma possibilidade de realizar o teste. Lara, por estar dentro da área de risco da doença, aceitou participar da pesquisa, desde que Alberto lhe pagasse uma indenização prévia de dez mil reais. Dora, por outro lado, não quis participar, mas ela tinha um problema, seu bebê é anencéfalo, ou seja, nascerá sem o desenvolvimento completo do cérebro e poderá morrer em poucas horas após o parto. Ela estava desesperada, pois não conseguiria suportar a dor de ver seu filho nascer e não sabia o que fazer! Ela queria interromper a gravidez.

A partir dos fatos narrados, imagine que você é o estagiário jurídico de Alberto. Seu papel é, junto ao Comitê de ética do laboratório, identificar eventuais problemas na atuação do cientista, bem como, se necessário, impô-lo limites. Assim, vamos ter que responder a ele: é possível realizar esses experimentos em cobaias humanas? Quais os requisitos necessários para isso? Alberto terá que pagar alguma quantia para Lara?

Em seguida, imagine que o cientista Alberto te relatou o caso de Dora, como a legislação e jurisprudência brasileira trata o tema? Há alguma forma de ajudá-la?

Não pode faltar

Bem-vindo à Seção 3.1, prezado aluno! Na unidade anterior, estudamos temas como a clonagem humana e reprodução assistida, está lembrado? Vimos como o Direito e a legislação acompanham essas inovações científicas e é assim que tem que ser! Continuaremos, aqui, tratando sobre temas relacionados à ciência e o seu diálogo com o Direito. Nesta seção veremos duas importantes questões: os experimentos com seres humanos e o caso do aborto dos fetos anencéfalos. Prontos para iniciar nossa nova jornada de estudos?

Vimos que o Biodireito é responsável pela criação de normas de conduta e técnicas, colocando os prós e contras a serem respeitados pelos cientistas e médicos, para que suas ações e experiências não causem qualquer tipo de dano ao ser humano ou ao meio ambiente.

A ciência, como uma matéria objetiva, é empírica, ou seja, necessita testar suas teorias para demonstrar se está certa ou errada. Desde Galileu Galilei, a ciência procura respostas com a observação das coisas, a ciência experimental proporcionou a Revolução Científica e nos trouxe ao grau de desenvolvimento que temos hoje: doenças controláveis, mais expectativa de vida. Mesmo assim, queremos mais! Claro, queremos viver mais e com melhor qualidade. Por isso, os avanços tecnológicos sempre buscam novas saídas. Dizem até que o direito à pesquisa deveria ser um direito fundamental. O que você acha sobre isso?

Por outro lado, todos queremos que a ciência evolua e novas descobertas salvem cada vez mais vidas, mas temos a ressalva de que não cause danos a ninguém, seja de forma direta ou indireta como danos ao meio ambiente. É esse o desafio que o Direito tem que lidar: conseguir balancear riscos e benefícios dos experimentos em seres humanos.

A pesquisa científica é um conjunto de atividades desenvolvidas por um pesquisador, envolvendo uma teoria que, por meio de métodos, tem como objetivo contribuir para um conhecimento geral. O cientista pode, para testar sua teoria, utilizar o ser humano, desde que atenda às exigências éticas e científicas. A legislação sobre o tema visa estabelecer padrões de conduta, para proteger a integridade física e saúde do participante.



Assimile

Além dos princípios do Biodireito, já elencados em seções anteriores, como o da autonomia, beneficência, justiça e sacralidade da vida humana, destaca-se outro:

Moralidade médica e cirúrgica – este princípio consiste em nunca executar no ser humano uma experiência que possa lhe causar qualquer prejuízo ou malefício. Em conjunto com o princípio da autonomia, o cientista deverá determinar quando está em jogo o direito de outrem, SEMPRE dando prioridade ao direito à vida e à integridade humana.

Durante a Segunda Guerra Mundial foram realizados inúmeros experimentos com seres humanos, a sua maioria abusiva, dentro dos campos de concentração. Mas não foram os únicos, também durante a Guerra, o Japão fez experimentos em chineses infectando-os com antraz, febre tifoide e cólera; Nos Estados Unidos da América, na Guerra do Golfo Pérsico, os soldados foram vacinados com experimentos como a "piridostigmine" para a prevenção das moléstias que poderiam sofrer pelo uso de armas químicas. Na Austrália, entre 1947 e 1970, crianças pobres e mulheres foram submetidas a testes de vacina de coqueluche, gripe, herpes etc. Dentre muitos outros. Ora, isso precisava cessar! Então algumas Declarações e Códigos surgiram.

Como resposta às atrocidades acima elencadas surgiu o Código de Nuremberg, formulado em agosto de 1947. Foi seguido pela Declaração de Helsinki (1964-1996) e pelas Diretrizes para Pesquisa em Seres Humanos da CIOMS (Conselho Internacional de Organizações de Ciências Médicas), em 1993 e, após, pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005.

No Brasil, essas pesquisas são regulamentadas pela Resolução 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde que, além de colocar os termos e definições, coloca princípios, riscos e benefícios a serem considerados. Para termos uma ideia mais aprofundada sobre o tema, é importante saber quais as exigências legais e éticas da pesquisa em seres humanos. É isso que veremos a seguir:

- Consentimento livre e esclarecido do indivíduo e a proteção a grupos vulneráveis e legalmente incapazes. Relacionado ao princípio da autonomia. É necessária que toda pesquisa tenha um Termo de Consentimento Livre, aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa que aprova a investigação. As pesquisas devem ser desenvolvidas preferencialmente em pessoas com a autonomia plena.

Neste caso, uma exceção é colocada: Indivíduos ou grupos vulneráveis, como é o caso de militares, empregados, presidiários, estudantes, internos em centros de readaptação, asilos e similares, não devem ser sujeitos de pesquisa quando a informação desejada possa ser obtida por intermédio de sujeitos com plena autonomia.

Ainda mais quando há promessas de recompensa, que ferem a liberdade da sua aceitação. Permite-se somente quando a pesquisa tenha um fim terapêutico e promova um benefício direto e significativo para sua saúde. Pesquisas envolvendo menores ou doentes mentais podem ser realizadas com o consentimento de seus representantes legais.

- **Ponderação entre risco e benefício. Ligado ao princípio da beneficência.** A pesquisa tem que ter como resultado o máximo de benefício e o mínimo de risco e trazer vantagens significativas para o paciente, sendo que qualquer dano previsível deve ser evitado. Lembrando que é imprescindível a sinceridade total com os pacientes.

- **Reparação de danos causados. Ligado ao princípio da sacralidade da vida humana.** O pesquisador e outras pessoas envolvidas no experimento devem dar assistência integral ao participante. Este terá direito à indenização por qualquer dano que sofrer, sem possibilidade de recusa. Além disso, a pesquisa deve ser a todo momento avaliada e se causar sofrimentos desnecessários ao paciente deve ser suspensa.



Reflita

As pesquisas médico-científicas sempre envolvem muito interesse econômico, sempre que há muita relativização, a comunidade mundial tem que tomar cuidado e providências, alguém arcará com essas consequências, e provavelmente, os direitos humanos serão afetados. Como proteger os mais vulneráveis de pesquisas que possam colocar em risco sua saúde? Será que os princípios e legislações vigentes são suficientes e protegem a dignidade da pessoa humana?

Outros pontos a serem observados para a pesquisa: Respeito aos valores éticos, morais, culturais, sociais e religiosos; Fundamentação em experiências prévias com animais; Uso de material biológico e dos dados obtidos na pesquisa para a finalidade específica do protocolo; Sigilo dos dados de pesquisa pelo investigador; obter vantagens pessoais, qualquer interesse comercial ou renunciar à sua independência profissional.

Certo é que, não há possibilidade de simular todos os efeitos que poderão ocorrer no organismo e como um remédio surtirá efeitos sem testá-los anteriormente no corpo humano. Podemos nos perguntar de onde vem a coragem para alguém tomar um remédio que ainda está em fase de testes e que pode causar algum dano ainda não conhecido. A resposta é: a maioria das pessoas envolvidas nesses testes são aquelas que já estão doentes e não tiveram sucesso na cura com o tratamento convencional, por isso, a única escolha que lhes resta é a do teste.



Pesquise mais

O Brasil está em 15º lugar no ranking mundial de participação de estudos clínicos, entretanto, a burocracia é o maior entrave para que mais pesquisas sejam desenvolvidas. Há um Projeto de Lei do Senado – PLS 200/2015 – que quer colocar um marco regulatório para pesquisas com seres humanos no Brasil. Apesar de ainda existirem diversas discussões, poderá ser uma boa solução para avançarmos nas pesquisas médicas.

Assista a entrevista realizada pela TVSENADO, publicada em 26.07.2016. Em: TVSENADO. "Projeto que regula pesquisa com seres humanos traz desafio a parlamentares - Bloco 1". Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=AVC4HKnRPOU>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Ficamos mais calmos ao saber que a ciência está a se desenvolver mais para nosso benefício e que o Biodireito está aí para nos proteger de possíveis abusos. Mas ainda há muito o que ser desenvolvido! Não podemos nunca parar de pensar em novas alternativas para maiores proteções aos seres humanos.

Vamos agora tratar sobre outro importante ponto do Biodireito que é o caso dos fetos anencéfalos. Houve uma grande discussão jurisprudencial sobre esse tema. As discussões sobre o assunto giram em torno, principalmente, do direito fundamental à vida. Apesar de ser um tema polêmico, seremos capazes, com esse estudo, de ponderar esses direitos. Preparados?

Inicialmente, para que possamos entender a complexidade do tema, precisamos entender bem o conceito. O que significa anencefalia?



A anencefalia é a má formação do tubo neural, caracterizada pela ausência parcial do encéfalo. O encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia é necessário ter "ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio (STF, 2012, p. 46).

Em outras palavras, o embrião não consegue desenvolver plenamente uma parte do cérebro, que é a responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, emotividade. Pode-se constatar a anencefalia ainda na gestação (a partir da 12^a semana por meio de ultrassonografia) em que se percebe que o feto não tem o desenvolvimento completo do cérebro. Caso ocorra o nascimento com vida, o recém-nascido somente controlará os batimentos cardíacos, circulação sanguínea e respiração, podendo vir a falecer horas, dias ou semanas depois.

É uma fatalidade que a medicina ainda não sabe exatamente o motivo. Entretanto, pode causar diversos debates dentro do mundo jurídico. É o que vamos estudar a seguir.

Um dos julgamentos mais importantes realizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) foi aquele relacionado à possibilidade de aborto do feto anencéfalo. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, julgada em 2012. Por maioria, a Corte Suprema decidiu que a interrupção da gravidez, em casos em que for detectada a anencefalia, não é crime. A partir desse julgamento, caberá à mulher decidir se leva a gestação adiante ou se realiza a antecipação terapêutica do parto.

De acordo com o Código Penal brasileiro, o aborto é crime, salvo em casos de estupro ou quando a vida da mãe estiver em risco. Antes dessa decisão do Supremo, algumas mães já haviam conseguido autorização para o aborto, em caso de anencefalia, entretanto, havia que o requerer judicialmente, o que poderia levar muito tempo e aumento do risco para a vida da mãe. Após a decisão, o anencéfalo não é visto como uma vida em potencial, portanto, caso um médico habilitado constate a anencefalia a

interrupção terapêutica da gravidez é autorizada, sem necessidade de ir ao judiciário.

A pergunta a ser respondida pelos ministros do STF era: Podem grávidas de fetos anencéfalos interromper a gestação, com assistência médica, sem incorrer em prática criminosa? A resposta foi sim, pois de acordo com a relatoria do ministro Marco Aurélio de Mello o feto sem cérebro, mesmo que biologicamente vivo, é juridicamente morto.

Trata-se de uma questão polêmica e, com certeza, muito difícil de ser debatida, em que estavam em pauta os Direitos Fundamentais, que foram articulados da seguinte forma:

Laicidade estatal: A discussão iniciou com o alerta de que o julgamento não trataria se o aborto é moralmente certo ou errado, mas sim se a conduta do aborto de fetos anencéfalos merecia tutela penal. Assim, o relator tomou cuidado para que os argumentos da decisão não aderissem a uma ou outra crença religiosa, mas tão somente à legislação.

Direito à vida: Para o STF, o anencéfalo é um morto cerebral, portanto não há vida em potencial. Assim, não há que se falar em proteção à vida ou até proteção à criança e ao adolescente. Corroborado pelo Conselho Federal de Medicina que em 2004 constatou que os anencéfalos eram natimortos cerebrais. O aborto é um crime contra a vida e tutela-se a vida em potencial, neste caso não há vida possível.

Possibilidade de doação de órgãos: Um dos pontos argumentados por quem era a favor a manutenção da gravidez era a possibilidade de doação dos órgãos do bebê anencéfalo que nasceria. Se a lei obrigasse a continuação da gravidez somente para a posterior doação de órgãos, estaria atentando contra a dignidade da pessoa humana. Além disso, é comum que os órgãos de fetos com anencefalia sejam menores, o que já impossibilitaria a doação.

Liberdade reprodutiva e direito da mulher: Não há direito social em concreto em tutelar uma vida que não vai se desenvolver socialmente, portanto, é direito da mulher, em prol de sua dignidade, decidir se seguirá com aquela gravidez ou não. Assim, a possibilidade do aborto

de feto anencéfalo tem como princípio também zelar pela saúde psíquica da gestante.

Direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade: O Ministro relator colocou que aos direitos básicos da mulher devem ser preservados e é ela que tem que decidir diante de um caso como o da anencefalia.



Refleta

Com a decisão da ADPF 54, o STF feriu o princípio de separação dos poderes e acabou legislando sobre matéria penal quando deveria apenas decidir? Para responder à pergunta é necessário relembrarmos sobre ativismo jurídico.

Outro importante debate surgiu com essa decisão. Como ficam os direitos sucessórios desses fetos anencéfalos? Destaca-se que a legislação cível brasileira coloca a aquisição de direitos pelo anencéfalo. Como dito anteriormente, é possível verificar a existência da anencefalia já na 12ª semana de gestação. Caso este bebê nasça com vida, é necessário saber se mesmo assim adquirirá direitos, quando inicia a sua proteção e quando cessa. Vamos lá?



Vocabulário

Direitos de humanidade: Aqueles direitos que são concedidos pelo simples fato de ser humano. Aplicável *erga omnes*.

Nascituro: Diz daquele que há de nascer. Em outras palavras, é o feto. Aqui adquire personalidade civil.

Natimorto: Diz daquele que nasceu morto. Aqui não adquire personalidade jurídica.



Lembre-se

Para ajudar a entender essa parte da matéria, é necessário relembrarmos sobre a parte geral do Código Civil. O seu artigo 1º e 2º falam sobre a personalidade e a capacidade de adquirir direitos. Eles dispõem que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, sendo que essa personalidade se inicia com o nascimento com vida, mas a proteção do nascituro é garantida desde a concepção.

Assim, se houver a morte do feto anencéfalo ainda durante a gravidez, o natimorto não terá qualquer direito de sucessão ou herança. Até aqui, não temos dúvidas. O nosso Código Civil, em seus artigos 2º e 1798º, estabelece o direito à sucessão garantido desde à concepção, mas para que seja possível o direito a receber a herança, deve-se haver o nascimento com vida, ainda que venham a falecer instantes depois.

As dúvidas aparecem quando se trata de um feto anencéfalo. Ele também adquirirá direitos patrimoniais se nascer com vida e respirar, mesmo que logo após venha a falecer. Entretanto, depois do julgamento do STF, surgiu uma nova forma de interpretar esse artigo.

O Código Civil estabelece no artigo 6º que os direitos cessam com a morte real da pessoa natural ou se presume em relação aos ausentes. Entretanto, o Código não determina especificamente como deve se dar essa morte. Há um tempo, esta era verificada através da existência ou não de respiração ou pela atividade do coração. Agora, com os avanços da tecnologia, não faz mais sentido ser assim, porque os médicos conseguem prolongar a vida ou fazer a respiração e o coração funcionar por meio de máquinas. Portanto, agora, a forma de saber quando a pessoa realmente faleceu é com a morte cerebral. Esta determinação é corroborada com a Lei 9.434 de 1997, que trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para transplantes. Claro que esta argumentação não é totalmente aplicável no caso dos anencéfalos, pois se tratam de situações diferentes. Entretanto, precisamos articular esse conceito para entender a questão abaixo colocada.



Exemplificando

Um bebê anencéfalo nasce, com vida, respira e após uma semana falece. Contados três dias do nascimento do bebê, seu genitor falece, deixando herança, sem testamento. Como ficam os direitos sucessórios? Veremos a seguir que esses poderão ser debatidos de duas formas distintas.

A verdade é que o Direito não debateu ainda essa questão de forma ampla e satisfatória. Portanto, a doutrina ainda coloca argumentos a favor e contra o recebimento dos direitos sucessórios. Alguns doutrinadores entendem pela aplicação do Código Civil,

tendo o direito à herança se nascer com vida e respirar. Então mesmo com o diagnóstico de anencefalia, não haveria morte cerebral, havendo direitos sucessórios como qualquer outro caso. Para outros doutrinadores, a anencefalia é determinante e constata-se que sequer houve a vida, mesmo que com respiração. Através do entendimento advindo com a lei de transplantes de órgãos, Lei n. 9.434/97, o feto anencéfalo é vivo biologicamente, mas é um morto cerebral. Este último argumento ganhou mais força após a decisão do STF, estudada anteriormente. Assim, o feto anencéfalo teria apenas direitos de humanidade, não lhe assistindo qualquer direito de personalidade e em consequência de herança, dentro do âmbito civil.



Pesquise mais

Em 2016, foi impetrada no STF a ADI n. 5581 que incluía o pedido de interrupção da gravidez como possibilidade excepcional para mulheres infectadas pelo vírus zika, que causa microcefalia e má formação fetal. O processo ainda não foi julgado, mas discute-se alguns pontos contrários. Isso porque, caso houvesse a descriminalização, também a questionaríamos em caso de outras anomalias, exemplo das Síndromes de Down e Edwards, o que poderia levar um ressurgimento da eugenia.

Em suma, a presente seção apresentou os requisitos necessários para que sejam possíveis os experimentos com seres humanos e a discussão jurisprudencial sobre o caso de aborto de fetos anencéfalos. Depois desta leitura, poderemos responder a situação-problema colocada no início da seção. Vamos ver como funciona, na prática, a aplicação desses direitos?

Sem medo de errar

A Seção 3.1 iniciou com a situação-problema do Alberto, nosso famoso cientista, que encontrou uma possível cura para uma nova doença, transmitida pela picada de um mosquito. Com esse novo tratamento, Alberto ficou com algumas dúvidas sobre como se deve dar os experimentos com seres humanos de acordo com a legislação específica de Biodireito. Por isso contratou você, um estagiário de Direito, para auxiliá-lo na interpretação e aplicação da lei. Depois do estudo da seção ficou fácil ajudá-lo, certo? Será que compreendemos bem a teoria colocada nesta seção? Vamos ver!

A primeira parte da situação tratava da possibilidade de Alberto fazer um tratamento experimental com Lara, uma gestante de três meses, que corria o risco de ser acometida por uma doença transmitida por um vírus. Ela estava em área de risco e, portanto, consentiu em participar do experimento, mas colocou a condição de pagamento de uma indenização prévia. Será que é possível realizar o experimento nessas condições?

Para ajudá-lo na questão é preciso percorrer o caminho dialógico abaixo:

1. É possível realizar pesquisas em seres humanos?
2. Se sim, há algum requisito a ser cumprido de acordo com a lei?
3. Há possibilidade de colocar recompensas monetárias para a participação em experimentos? Essa compensação fere o princípio do consentimento livre?

Vimos que, a pesquisa em seres humanos é possível, desde que cumpridos todos os requisitos legais e procedimentais, para evitar qualquer dano à pessoa envolvida no experimento. A todo momento a moralidade médica é colocada à prova. O consentimento livre pode ser considerado, em seguida, como o outro princípio a ser obedecido. Este tem que ser livre, esclarecido e só o indivíduo pode decidir se participa ou não do experimento. No caso em tela, Lara consentiu, ciente dos riscos, de forma consciente.

Sobre o pedido de recompensa feito pela grávida Lara, como condição para participar do experimento, vimos que não poderá ocorrer. Essa questão fere o consentimento livre. O pagamento de indenização somente será feito se houver algum dano com a pessoa que participa do experimento. A pesquisa tem que ter como resultado o máximo de benefício e o mínimo de risco e trazer vantagens significativas para o paciente, sendo que qualquer dano previsível deve ser evitado. Se o dano ocorrer, o experimento deverá cessar imediatamente e o pagamento da indenização é obrigatório e inescusável.

Outra questão foi colocada, Alberto também conversou com a grávida Dora, que não quis participar do experimento, pois o feto que estava em seu ventre é anencéfalo. Alberto tem a intenção de ajudá-la, pois ela tinha a vontade de interromper a gravidez neste momento. Pelo estudo da seção, verificamos que, no sistema

jurídico brasileiro, esse aborto seria concedido, diante do julgamento e resultado da ADPF n. 54. Após a decisão, o anencéfalo não é visto como uma vida em potencial, portanto, caso um médico habilitado constate a anencefalia, a interrupção terapêutica da gravidez é autorizada, sem necessidade de ir ao judiciário.

Avançando na prática

O reconhecimento de direitos sucessórios a fetos anencéfalos

Descrição da situação-problema

Carolina, casada com Marcelo, está grávida de três meses. Ao realizar o ultrassom necessário para o acompanhamento da gravidez foi constatada a anencefalia do embrião. Ou seja, ele poderia nascer, mas não teria qualquer expectativa de vida. Carolina, mesmo ciente da possibilidade de aborto, decide permanecer com a gravidez. O bebê nasce, mas sobreviveu apenas sete dias. Dois dias após o nascimento do bebê, seu pai, Marcelo, sofre um acidente e falece, deixando bens aos seus herdeiros. Nesse caso, diante do que foi estudado e pelo posicionamento doutrinral, há possibilidade ou não do recebimento dos direitos sucessórios? Quais as duas formas possíveis pelo direito de reconhecer ou não esse direito?

Resolução da situação-problema

Alguns doutrinadores entendem que o Código Civil é claro, os direitos sucessórios são advindos do nascimento com vida e há vida se houver respiração, então mesmo com o diagnóstico de anencefalia, não haveria morte cerebral. Portanto, há direitos sucessórios como qualquer outro caso.

Entretanto, como vimos durante a seção, outros doutrinadores desenvolveram uma teoria, corroborados pelos princípios desenvolvidos na decisão do STF estudada e pela lei de transplante de órgãos. Para eles, o feto anencéfalo é vivo biologicamente, mas é um morto cerebral. Assim, o feto anencéfalo teria apenas direitos de humanidade, não lhe assistindo qualquer direito de personalidade dentro do âmbito civil.

Evidente é que esta última posição é polêmica. Ela nos deixa alguns pontos a serem discutidos, como, por exemplo: se houver a antecipação da morte do nascituro anencéfalo, poderia ser considerado homicídio, certo? Vamos refletir sobre isso?

Faça valer a pena

1. As pesquisas em seres humanos é um assunto debatido em âmbito nacional e internacional. A proteção da dignidade da pessoa humana é o fundamento principal para a autorização ou não dessas pesquisas. Em nome da ciência ela é possível, mas alguns princípios devem ser respeitados.

Levando em consideração os princípios da bioética, qual abaixo não se enquadra nesta matéria:

- a) Princípio da Autonomia.
- b) Princípio da Beneficência.
- c) Princípio da Presunção de inocência.
- d) Princípio da moralidade médica e cirúrgica.
- e) Princípio da justiça e sacralidade da vida humana.

2. Camila, grávida de três meses, teve o diagnóstico, emitido por laudo médico, de que seu bebê era anencéfalo, ou seja, não teria o desenvolvimento completo do cérebro. Após a confirmação de outros dois médicos e sabendo que a situação era irreversível, Camila, mesmo sem correr risco de vida, decidiu pela interrupção da gravidez, o que foi imediatamente concedido pelo médico

O julgamento foi procedente, o STF declarou, portanto, que se constatada a anencefalia e a mãe queira realizar o aborto, dentro do direito penal, esta decisão provoca a:

- a) inexigibilidade de conduta diversa.
- b) criminalização da mãe e aplicação da pena legal.
- c) perdão judicial.
- d) exclusão da tipicidade.
- e) exclusão da antijuridicidade.

3. O Supremo Tribunal Federal, órgão judicial responsável pela interpretação de nossa Constituição Federal, julgou a questão da possibilidade de interrupção da gravidez em caso de ser constatada a anencefalia, que é uma má-formação fetal, em que esse feto não terá qualquer perspectiva de vida com seu nascimento. Foi articulada a interpretação dos artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro que tratam sobre autoaborto e aborto com o consentimento da gestante. Destaca-se que, para decidir sobre o caso, foi feita uma audiência pública, os ministros não decidiram por sua concepção pessoal, mas por meio de uma análise detalhada do caso e a partir de estudos científicos.

Para a decisão foram articulados direitos fundamentais constitucionais, abaixo alguns desses princípios estão elencados. Marque a alternativa que não corresponde com a justificação correta:

- a) Direitos sexuais e liberdade reprodutiva da mulher. O direito prefere tutelar o direito concreto e a dignidade da mulher, colocando em segundo plano uma vida que não tem capacidade de se desenvolver socialmente, que é a do anencéfalo.
- b) Direito à liberdade e autonomia. A mãe que tem o poder de decidir pelo aborto ou não, em caso de se constatar a anencefalia.
- c) Direito à vida e integridade de terceiros. Apesar de não haver expectativa de vida para o anencéfalo, este pode auxiliar outras vidas, por meio da doação de órgãos.
- d) Laicidade estatal. O direito brasileiro é laico, portanto, questões religiosas e morais não podem entrar na discussão sobre aborto de anencéfalos.
- e) Direito à vida. O respeito ao direito à vida estaria cumprido, a partir do momento em que cientificamente se ficou demonstrado que não há vida em potencial, o anencéfalo é um morto cerebral.

Seção 3.2

Células-tronco embrionárias

Diálogo aberto

A proteção do Direito à vida, à integridade física, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica são os princípios a serem debatidos quando se fala de pesquisa com células-tronco embrionárias. Tratam-se de células existentes no embrião humano, que se multiplicam facilmente e têm grande capacidade de diferenciação, dando origem a diversos outros tipos celulares e tecidos do corpo humano.

O debate legal e ético é focado em dois pontos de vista: de um lado os cientistas alegam que ao permitir a pesquisa, estaria ferindo o direito à vida, já que se tratam de um potencial ser humano. E, também, há uma insegurança em relação ao desenvolvimento celular e o formato que a célula criada teria. Por outro lado, outros cientistas falam da observância do direito à saúde e pesquisa científica sendo indispensável o estudo das células-tronco embrionárias, pois trazem enormes benefícios para pessoas já vivas. Vamos, então, entender como o Direito brasileiro se posiciona?

Veja agora a situação-problema da Seção 3.2, será que conseguimos auxiliar a equipe do nosso cientista a resolver as demandas de Bioética?

A equipe de Alberto está eufórica. O teste com as grávidas da cidade no interior do Amazonas estava encaminhado e logo saberiam se o remédio tinha funcionado. Enquanto não obtinham os resultados, os cientistas continuavam com outros projetos paralelos. Eles estudavam os impactos do vírus nos fetos e bebês atingidos pela doença transmitida pelo mosquito. Depois de uns dias, eles perceberam que estavam travados. Eles já tinham usado todos os meios possíveis para saber como a célula se desenvolvia e nada de resultados.

De acordo com os relatórios médicos das crianças acometidas pela doença, sabia-se que desenvolveram uma má formação no

cérebro. Não era à toa que Alberto era o chefe. Ele teve a ideia de utilizar células-tronco embrionárias para entender, por meio de seu desenvolvimento, em qual fase que o vírus se manifestava. Sabendo de estudos nesse mesmo sentido na Inglaterra, ele ligou para seu amigo James, que prontamente se propôs a ajudá-lo. James trabalha para uma empresa que produz embriões unicamente para fins de investigação de doenças. Ele poderia enviá-los para o Brasil. Entretanto, para isso, Alberto teria que efetuar o pagamento de cinco mil reais por embrião. Será que o ordenamento jurídico brasileiro permite a utilização desses embriões? E ainda pagar um valor tão alto?

Ao tratar do assunto com o resto da equipe, todos ficaram receosos sobre a utilização de células-tronco germinativas. Será que não estariam cometendo algum crime ao utilizá-las? Pareciam estar atentando contra o direito à vida!

Você como estagiário de direito, especializado em Bioética, se lembrou da Lei de Biossegurança. Também se recordou que ela tinha sido matéria de julgamento pelo STF. A lei e a decisão poderiam resolver todas as questões da equipe! É melhor arregaçar as mangas e preparar um relatório para responder a essas e outras dúvidas, vamos lá?

Não pode faltar

A sociedade contemporânea tem sido beneficiada, de diversas formas, com as novas pesquisas científicas realizadas em todo o mundo. Em especial, o estudo da genética pode apresentar novas soluções às graves doenças. A pesquisa com células-tronco embrionárias é um dos tópicos mais debatidos dentro da Bioética e do Biodireito, por trazer grandes controvérsias morais, éticas e uma aparente colisão de direitos fundamentais.

É normal vermos em filmes, novelas ou séries de TV, médicos usando células da coluna vertebral de uma pessoa adulta para doações de medula óssea. Desde que haja compatibilidade pode-se assim salvar vidas. Essas também são células-tronco, mas não são essas que causam tanto alvoroço na comunidade científica. Em 2005, com a Lei de Biossegurança, o Brasil autorizou a pesquisa com as células que são tidas como as mais importantes para o ser humano: as células-tronco embrionárias ou germinativas.

A presente seção tratará especificamente do debate ético sobre essas pesquisas. Inicialmente, apresentaremos a conceituação; legislação aplicável nacional e internacional; e, por fim, o debate que ocorreu no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, julgada em 2008. Vamos lá?

A ciência descobriu que a pesquisa com células-tronco embrionárias poderia salvar vidas ou melhorar as que foram acometidas por doenças até então incuráveis. Por meio de um estudo específico poderiam ser descobertas curas para diversas doenças neurológicas. Isso foi um grande avanço para a biomedicina.

Mas, por outro lado, questões éticas foram colocadas. Ora, essas células advêm de embriões humanos. Será que essa manipulação de material genético não violaria o direito à vida? Mas, e o direito à pesquisa e descoberta de novas terapias que ajudariam pessoas já vivas? O objetivo da presente seção é apresentar todos esses debates para que possamos, em conjunto, ponderar direitos. Vamos lá?

Para compreendermos melhor essa discussão de Biodireito, é importante compreendermos algumas terminologias e estágios do desenvolvimento desta célula:



Vocabulário

Células-tronco embrionárias: são "células pluripotentes que crescem *in vitro* na forma de linhagens celulares de embriões humanos" (ZAGO, 2006, p. 18-19). São as células que são capazes de se transformar em qualquer tecido de um organismo.

Embrião: é a célula formada pela divisão do zigoto de oito dias após a fecundação até oito semanas que é o fim do estágio embrionário. (ZAGO, 2006, p. 18-19)

Fertilização *in vitro*: fecundação (junção dos dois gametas feminino e masculino) realizada por meio de uma técnica extracorpórea, feita em laboratório, que originará o zigoto (célula principal do ser multicelular que dá origem às outras células), que se dividirá para formar o embrião. (ZAGO, 2006, p. 18-19)

Assim, em resumo, para que as pesquisas com células-tronco embrionárias ocorram é necessário que se realize uma fertilização *in vitro*: são retirados diversos óvulos de uma mulher para serem fecundados em laboratório. Pode ser que daí se formem diversos embriões. Depois da fecundação, um desses embriões é implantado no útero. Então os excedentes podem ser destinados à pesquisa, desde que cumpridos alguns requisitos legais.



Saiba Mais

As células-tronco germinativas podem ser utilizadas para procedimentos de teste de medicamentos como também para o melhor funcionamento de um organismo vivo como uma alternativa terapêutica de algumas doenças como câncer, Parkinson, Alzheimer, Huntington, esclerose múltipla e lateral, amiotrófica, além de traumas pós-acidentes na medula espinhal. São importantes, não são?

Mesmo sendo tão importantes, vê-se muitas discussões em diversos setores da sociedade. O primeiro é econômico, as células-tronco embrionárias apresentam uma grande fonte de renda para indústrias de medicamentos, chegando a ponto de, em países como os Estados Unidos da América, existirem disputas em relação às suas patentes. Além disso, maiores investimentos seriam importantes para aumentarem as pesquisas com essas células, mas a custo de quem? Se pensarmos na possibilidade de se autorizarem investimentos privados, estaríamos permitindo, também, que os benefícios desses estudos sejam destinados somente para aqueles que possam pagar pelo alto valor desse tratamento. E isso não está correto, não é?

A partir dessa discussão econômica, vemos outras celeumas, refletidas no Direito. No Brasil, o debate legal sobre a patente ainda não pode ser colocado, apesar de alguns projetos de lei neste sentido. Isso porque um caráter exigido para a concessão da patente é o da invenção, o que é impossível, já que não se inventam as células-tronco germinativas, elas já existem no corpo humano. Mas, outras discussões afloram quando se pensa na possibilidade de pesquisa com células-tronco de embriões. Será que estaríamos violando o direito à vida e à dignidade humana? Antes de entrarmos nessas questões éticas envolvendo princípios basilares fundamentais, vamos entender como se dá essa proteção dentro do Direito internacional e nacional.

Para entendermos o que está em jogo, primeiro vamos estudar, brevemente, a evolução legislativa sobre a proteção do genoma humano, para, em seguida, chegarmos à discussão com as células-tronco embrionárias.

Os Direitos Humanos de terceira geração surgiram diante de modificações e evoluções da contemporaneidade, as quais precisavam ser analisadas e legisladas. Dentre esses direitos encontra-se o direito ao patrimônio comum genético não manipulável. O objetivo é proteger os indivíduos e a coletividade daquelas pesquisas que têm o intuito de mutação genética e aperfeiçoamento do ser humano, ou seja, a ciência não pode criar um super-homem.

Entretanto, nada impede que se estude as células do corpo humano para que seja possível melhorar a nossa vida. Aliás, muitas terapias já foram descobertas dessa forma!



Lembre-se

O artigo 225, parágrafo 1º, II e V da Constituição Federal de 1988 foi inserido em resposta a direitos de terceira geração consagrados internacionalmente. Esses artigos falam sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sendo uma obrigação como indivíduo e como coletividade lutar por sua proteção. Para isso é necessário preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, qualidade de vida e o meio ambiente.

Esse direito vem de uma preocupação internacional de proteção das gerações futuras, de se beneficiar de um patrimônio genético não artificialmente modificado. O receio da comunidade internacional gira em torno da seleção genética de embriões que se pode fazer a ponto, inclusive de eliminar parcialmente a espécie humana.

Explico: O medo de que se selecione embriões melhores que outros, leva, conseqüentemente, ao descarte dos que não se encaixam nos padrões. Trata-se de um crime contra a humanidade.

Assim como criminalizou-se a eliminação de judeus ocorrida na Segunda Guerra Mundial, com o holocausto, o embrião portador de uma anomalia genética nunca poderá deixar de ser portador dessa anomalia. Portanto, ele não pode, simplesmente, ser eliminado.

Refletindo sobre essas questões, a UNESCO, em 1997, consagrou a Declaração Universal Sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos que coloca o genoma humano como patrimônio da humanidade e está relacionado com princípios de proteção à dignidade da pessoa humana e à diversidade. Destaca-se o artigo 15 que dispõe sobre a responsabilidade de cada Estado em proporcionar um livre exercício de investigação sobre o genoma humano, devendo resguardar os direitos humanos e a proteção da saúde pública.

Com isso, cada país faz a sua própria regulação sobre a possibilidade ou não de utilizar em pesquisas científicas as células-tronco germinativas. Os Estados Unidos da América possuem uma grande problemática, já que havia um decreto impedindo o financiamento público das pesquisas com células-tronco germinativas e a pesquisa feita por particulares era feita sem qualquer regulamentação. Na Espanha autoriza-se a pesquisa somente com embriões inviáveis. No Reino Unido é permitida a utilização de embriões humanos para fins de investigação, inclusive pode-se produzir embriões unicamente para estes fins.

Por outro lado, no Brasil, o marco legal se deu, inicialmente, com a Lei n. 8.974/95, que ao tutelar o patrimônio genético, constituía como crime a manipulação genética de células germinativas humanas. O interesse do legislador era o de proteger a integridade das características genéticas da célula embrionária. Não havendo crime, portanto, quando apenas se "manuseava" as células. O crime se dá somente quando se tem a alteração de seus componentes, a invenção de um novo ser vivo. Entretanto, essa legislação foi atualizada, em 2005 e revogada pela Lei n. 11.105/2005, a chamada Lei de Biossegurança. O artigo 5º da lei é expresso em colocar a autorização de pesquisa com células-tronco embrionárias, desde que sejam cumpridos alguns requisitos.



Assimile

De acordo com a Lei n. 11.105/2005, as células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos podem ser utilizadas para pesquisa e terapia, desde que cumpridos os seguintes requisitos:

Devem ser embriões remanescentes de um procedimento de fertilização *in vitro*; embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais; é necessária a autorização dos genitores; os comitês de ética em pesquisa da instituição têm que aprovar o projeto da pesquisa; é vedada a comercialização desse material biológico, sendo crime a sua prática.



Exemplificando

Um casal que não conseguiu reproduzir-se de forma natural procura o hospital ou uma clínica de fertilização, para a reprodução assistida, a chamada fertilização *in vitro* ou "bebê de proveta". Para que essa reprodução ocorra é necessário que ocorra os seguintes procedimentos: a retirada de vários óvulos; a fertilização da maior quantidade possível, pois é alto o risco deles se tornarem inviáveis; e implantação de um óvulo fecundado no útero da genitora. Somente um desses embriões será implantado, o restante pode ser congelado. Com o passar do tempo, o casal genitor poderá autorizar a utilização desses embriões remanescentes para a pesquisa de suas células-tronco. O pesquisador interessado tem que ter um projeto de pesquisa aprovado pelo comitê de ética de sua instituição e não pode pagar qualquer valor para o acesso a esse material.

Após a promulgação dessa lei, um grande debate se instalou na comunidade científica brasileira. Questões como violação ao direito à vida de um lado e direito à pesquisa de outro levaram à interposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3510 no Supremo Tribunal Federal (STF), proposta pelo Procurador Geral da República. Adiante que a ADI foi julgada improcedente, ou seja, a pesquisa com células-tronco está autorizada no Brasil, mas é importante tecermos alguns comentários sobre o que estava em jogo nesse julgamento.

A AD) n. 3510 foi proposta em 31 de maio de 2005 pelo Procurador Geral da República. O objeto da ação era a declaração da inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, a Lei de Biossegurança. Como vimos, esse

artigo dispõe sobre a permissão da utilização de células-troncos obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* para a realização de pesquisas e terapias.

A discussão principal é sobre o direito fundamental à vida. Para o Procurador Geral da República, a vida se inicia com a fecundação, então, o embrião humano é vida humana e a sua utilização para pesquisa viola a dignidade da pessoa humana. Em contrapartida a Advocacia Geral da União manifestou-se pela constitucionalidade das normas impugnadas na ação, porque a proteção da vida no campo jurídico brasileiro é a condição de nascimento com vida, conforme estabelecido no Código Civil.

O caso, além de debater direitos importantíssimos, foi o primeiro a ter uma audiência pública, um mecanismo de democracia participativa. O relator do caso, o Ministro Carlos Ayres Britto, chamou o público especializado para que fosse possível a busca de um conceito jurisdicional do vocábulo "vida" e para o pleno significado da expressão dignidade da pessoa humana. A audiência pública foi vista como uma forma de legitimar a decisão, já que se poderia ter contato com especialistas da área, para encontrar a melhor solução do caso, baseando-se somente em dados científicos.



Refleta

A sociedade civil foi chamada para se manifestar nesse julgamento. Cientistas, religiosos, portadores de deficiência e interessados se manifestaram em audiência contra ou a favor da pesquisa com células-tronco embrionárias. Como você articularia a sua manifestação se tivesse participado como "amigo da Corte"? Conseguiria ponderar os direitos em discussão?

Inicialmente, debateu-se a posição de quem era a favor da lei e, conseqüentemente, os benefícios que traria a utilização de células-tronco na recuperação de deficiências. A possibilidade da pesquisa com as células-tronco germinativas pode trazer para a medicina regenerativa novas possibilidades de auxiliar milhares de pessoas com deficiências, entender como se dá o processo de divisão da célula e possibilitar a recuperação de tecidos danificados por doenças ou traumas. As ONGs se manifestaram

alegando que o conservadorismo religioso não poderia colocar em causa a adoção de medidas que poderiam beneficiar milhares de deficientes, que nasceram com doenças ou que foram acometidos por acidentes.

Por outro lado, cientistas ressaltaram que aquelas células já se tratavam de um potencial ser humano e, do ponto de vista técnico, teria uma insegurança em relação ao seu desenvolvimento e a orientação da célula que seria criada. Como o debate girava em torno do direito à vida e principalmente de quando este se inicia, a comunidade religiosa também se envolveu, sendo contrária à lei. Representantes da igreja alertavam que, pelo fato do embrião humano já ser um ser humano, ele é indisponível, protege-se o direito à vida e não poderia ser colocado à disposição da comunidade científica.

Após ouvir todos os interessados, iniciou-se o julgamento da Ação de Inconstitucionalidade, ponderando os direitos em relação a essa matéria tão importante. A base da argumentação contra e a favor da lei, foi o direito à vida, articulado e visto de formas diferentes. Segue abaixo, a ponderação desses direitos feitos pelos ministros do STF.

Vamos ver agora como foram articulados os votos a favor da Lei de Biossegurança:

I. Direito à vida. A Constituição Federal brasileira não dispõe especificamente sobre quando é o início da vida humana. Utilizando, a teoria "natalista", deve-se proteger a vida em concreto, da pessoa que nasceu com vida. Assim, o relator do caso no STF alerta que não pode existir "pessoa humana embrionária", mas sim "embrião de pessoa humana" (STF, 2008). O embrião humano é um bem que deve ser protegido pela legislação brasileira, mas não é uma pessoa. O ministro conceituou o termo células-tronco embrionárias. Destacou que essas células embrionárias que seriam utilizadas vieram de uma manipulação humana extracorpórea, ou seja, nos termos da lei, elas não vieram de uma gravidez, é um embrião que jamais corresponde ao conceito de nascituro. Então, não se pode derivar que esse embrião é pessoa humana.

II. Direito à pesquisa. A possibilidade de utilizar os embriões *in vitro* remanescentes é um poder de recuperar outras vidas

humanas. Doenças degenerativas graves atingem cerca de 5 milhões de brasileiros. A lei autoriza o estudo sobre essas doenças e promove a possibilidade de encontrar uma cura que ajudará todas essas pessoas a ter uma vida mais digna. A ministra Carmem Lúcia colocou, de forma contundente em seu voto, que a ciência se tornou aberta e dinâmica, atua não apenas para sarar os homens, mas para transformá-los, é um fator de determinação social e, portanto, deve ser regulada pelo direito. Nessa regulação constata-se que a pesquisa com células-tronco embrionárias não agride a dignidade humana.

III. Direito ao planejamento familiar. O casal não é obrigado a utilizar todos os embriões resultantes da fertilização *in vitro*. Isso porque, em geral, são vários e a utilização de muitos iria contra o planejamento familiar. A lei permite que se utilize esses embriões remanescentes para a pesquisa com suas células, evitando até o descarte. Para que embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. O que não é autorizado pela Constituição.

Necessário, agora, verificarmos os posicionamentos contrários à lei. Os ministros votaram para a procedência parcial da ação:

I. Direito à vida. Para os ministros que votaram contrários à lei, a vida humana se inicia no momento da concepção, portanto, não há como, de forma alguma relativizar esse direito. Biologicamente o embrião já concebido, mas não nascido já é um ser humano. A pretensão não se baseia em considerações religiosas, mas pressupostos jurídicos, de que o zigoto é uma célula que possui todas as características do ser humano que dali vai nascer. Portanto, ele já deve ser protegido e considerado o seu direito à vida.

II. Direito à pesquisa. Tanto os ministros que votaram pela procedência em parte da lei como para o Procurador Geral da República que impetrou a ADI, a proibição de utilização das células-tronco embrionárias não prejudicaria a pesquisa científica. Aliás, tem-se que a pesquisa com as células-tronco adultas, encontradas no líquido amniótico ou na coluna vertebral tiveram mais resultados do que as pesquisas com as germinativas.

III. Imposição de limites à ciência. O ministro Menezes Direito colocou alguns posicionamentos que levariam ao julgamento de procedência em parte da ADI. Para ele, é necessário observar uma série de condições para a concessão das pesquisas com células-tronco embrionárias. Foram, portanto, sugeridas restrições na pesquisa, como a garantia de não destruição dos embriões e o aumento da fiscalização das clínicas de reprodução assistida. Para o ministro, a biologia deve estar subordinada a valores éticos e deve-se colocar um controle no nível de invasão científica no mistério da vida. O mesmo para o Ministro Gilmar Mendes que, pelo princípio da razoabilidade, colocar-se-ia, portanto, a pesquisa sob o crivo de uma fiscalização social, para que tivesse um controle ético dos procedimentos feitos, inclusive, pelo Ministério da Saúde.



Pesquise mais

O programa Grandes Julgamento do STF, realizado pela TV Justiça é uma ótima forma de aprofundar e verificar como se deu em específico os votos dispendidos em plenário. Destaca-se a sessão de julgamento, compreendida no vídeo:

TVJUSTIÇA. **Grandes Julgamentos do STF - Lei de Biossegurança parte 2.**

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6NmZjGWuNcQ>>.

Acesso em: 2 dez. 2017.

Ao final, a decisão considerou que a Lei de Biossegurança não ofende o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa "significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade" (STF, 2008). Apesar de dividir opiniões, a ação foi julgada improcedente e não colocaram restrições à Lei. Ou seja, seis dos ministros (maioria) votaram pela constitucionalidade total da lei.

Por meio do estudo desta decisão podemos ver um dos mais importantes papéis dos ministros do STF, o de intérpretes e aplicadores de direitos fundamentais. Assim, vemos que nosso papel como juristas também é o de críticos, para que, a depender do caso, possamos mudar os paradigmas impostos e entender a

evolução da sociedade. A ciência a todo momento nos coloca novas fronteiras que precisam ser ultrapassadas pelo Biodireito. Nos vemos na próxima seção, com novos desafios.

Sem medo de errar

Nesta Seção 3.2 foi proposta a você a seguinte situação problema:

Alberto é um pesquisador que tem a intenção de trabalhar com células-tronco embrionárias para descobrir como um vírus atinge células e manifesta a doença. Como vimos, ele entrou em contato com um cientista inglês, James, que trabalha em uma clínica que produz embriões exclusivos para a pesquisa científica. Ele lhe informou que podia enviar os embriões desde que lhe pagasse uma quantia por eles.

Também é necessário responder às perguntas dos cientistas, que ficaram em dúvida se essas pesquisas atingem ou não o direito à vida.

E agora? Será que essa negociação é legal? As mesmas leis do Reino Unido se aplicam ao Brasil? E o direito à vida, é atingido com essas pesquisas?

Para ajudá-los a responder às questões propostas, temos que lembrar alguns pontos:

- O que são as células-tronco embrionárias?
- Há violação ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana a pesquisa com células-tronco embrionárias?
- Quando começa a vida, diante da argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal?
- Há legislação específica sobre o tema? O que a Lei de Biossegurança coloca como requisitos? Esta lei é inconstitucional?

Vamos lembrar a legislação sobre o tema?



Constituição Federal de 1988 - Art. 5º, caput: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Código Civil de 2002 - 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.

Lei de Biossegurança - Art. 5º: 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. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997

Agora ficou fácil, não é?

A pesquisa com células-tronco embrionárias ou germinativas não violam o direito à vida ou da dignidade da pessoa humana, pois a Constituição Federal brasileira não coloca o termo inicial da vida a ser protegida. Em correspondência com nosso Código Civil, a proteção é somente se nascer com vida. Então, o embrião, remanescente de uma fertilização *in vitro* não é ainda um ser humano.

A legislação inglesa não é a mesma do Brasil. Aqui não se permite que sejam criados embriões com a destinação única de investigação. Aqui os embriões a serem utilizados para pesquisa de suas células-tronco têm que estar inviáveis ou congelados pelo prazo de pelo menos 3 anos, além de, claro, autorização dos genitores. Além disso, não se permite a compra de embriões ou pagamento de qualquer valor para ter este material. Caso haja cobrança de qualquer valor, os envolvidos poderão sofrer sanções criminais por isso.

Avançando na prática

Direito à vida e o Direito à pesquisa: como balancear direitos

Descrição da situação-problema

Pedro, um idoso de 70 anos, é portador de Alzheimer. Sua família sempre fez de tudo para que ele recebesse os melhores tratamentos, mas, mesmo assim, a cada dia ele se sente cada vez mais debilitado. Sente alterações de comportamento e de personalidade, isso porque trata-se de uma neuropatologia, em que há a morte de neurônios de partes do seu cérebro.

Sua filha Camila ficou sabendo de pesquisas com células-tronco embrionárias, das quais poderiam surgir novas terapias para a doença de seu pai. Ficou muito empolgada e foi procurar saber como se davam esses estudos, já que assim seu pai poderia participar das pesquisas. Mas se deparou com uma questão ética: o que legitimava essa pesquisa, já que para isso teriam que ser destruídos futuros seres humanos? A vida do seu pai valeria mais do que a de um embrião? Entrou assim em contato com a Associação da Medula Óssea, o advogado da instituição se dispôs a uma reunião para retirar-lhe todas as dúvidas.

Imagine que você é o advogado da Associação, como explicaria a situação para Camila?

Resolução da situação-problema

A possibilidade de utilizar os embriões *in vitro* remanescentes é um poder de recuperar outras vidas humanas. A Lei de Biossegurança

autoriza o estudo sobre essas doenças e promove a possibilidade de encontrar uma cura que ajudará todas essas pessoas a ter uma vida mais digna. A ministra Carmem Lúcia colocou, de forma contundente em seu voto, que a ciência se tornou aberta e dinâmica, atua não apenas para sarar os homens, mas para transformá-los, é um fator de determinação social e, portanto, deve ser regulada pelo direito.

A pesquisa com células-tronco embrionárias também não fere o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana, na medida em que, por advir de fertilização *in vitro*, esse embrião nunca foi implantado num útero, portanto nunca houve gravidez, que poderia dar a sequência a um feto e à vida. O Direito brasileiro protege a pessoa desde a concepção, mas tem direitos à medida que nasce com vida. Se assim não fosse, o Direito deveria obrigar a implantação de todos os embriões resultantes dessa fertilização *in vitro*, o que é inviável e feriria o princípio do planejamento familiar. Dessa forma, o Direito se preocupa com o embrião, ele é um bem jurídico, mas não tem direito à vida, pois ele ainda não a possui.

Outro ponto importante de recordarmos são as limitações colocadas pela Lei de Biossegurança, assim se protege a não produção de embriões somente para o fim da pesquisa, quando coloca a necessidade de serem embriões excedentes inviáveis ou que estão há três anos congelados.

Faça valer a pena

1. Em 1997, a UNESCO adotou a Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Pode-se dizer que é uma resposta aos Direitos Humanos de terceira geração, sendo necessária uma precaução internacional diante das novidades trazidas pela ciência. Protegendo a dignidade da pessoa humana, igualdade e respeito de toda a família humana. O artigo 225 da Constituição Federal brasileira é a internalização dessa Declaração em nosso ordenamento, em especial os incisos II e V do parágrafo 1º.

Levando em consideração o estudo desse tão importante artigo e os incisos assinalados de nossa Constituição Federal, assinale o direito consagrado correspondente e que se relaciona com a proteção estabelecida pela Unesco na Declaração sobre o Genoma Humano:

- a) Direito ao livre desenvolvimento.
- b) Direito à pesquisa e evolução manipulada do ser humano.
- c) Direito ao patrimônio comum genético não manipulável.
- d) Direito à educação ambiental.
- e) Direito à preservação de processos ecológicos.

2. Maria Lucia é estudante de Biomedicina em uma grande universidade brasileira. Ela se interessa muito pela área de reprodução e seu sonho é descobrir o chamado “mistério da vida”. Assim, na busca de realização desse sonho, ela se inscreveu para participar de um estágio supervisionado em uma clínica e maternidade, local em que poderia estudar melhor como são feitas as fertilizações *in vitro*. A partir dessa experiência, ela conseguiu ser contratada e faz, diariamente, o contato com futuras mães e médicos. Em um dia, Maria Lucia precisou substituir uma colega e fez o procedimento de retirada dos óvulos e a posterior fertilização *in vitro*. Daí resultou 10 embriões. Foi o momento mais importante de sua vida. Em seguida, Maria Lucia perguntou ao médico como os embriões seriam implantados. Ele a respondeu que somente um dos embriões seria implantado no útero da genitora e os outros eram inviáveis, portanto, seriam encaminhados para pesquisa com as suas células-tronco. Maria não concordou com tal colocação, como assim os embriões seriam descartados? Ela achou isso um absurdo e disse, inclusive, que iria informar à polícia e ao ministério público o ocorrido, pois acreditava ser um crime! Já que, primeiro, era um absurdo todos os embriões não serem implantados na genitora e, segundo, ela sabia que não se deveria fazer pesquisas com material genético humano. “A ciência é incrível, mas deve ter limites”.

Ao agir dessa forma, Maria Lucia infringiu dois importantes princípios do Biodireito, assinale-os:

- a) Direito à integridade física e direito ao acesso ao estudo.
- b) Direito ao planejamento familiar e direito à pesquisa.
- c) Direito à religião e direito ao genoma humano intacto.
- d) Direito à dignidade humana e direito ao meio ambiente sustentável.
- e) Direito à vida e direito à dignidade humana.

3. A Lei de Biossegurança, Lei n. 11.105 de 2005, estabelece normas de segurança e os mecanismos de fiscalização para a utilização de células-tronco para fins de pesquisa e terapia. Esta é bastante conhecida pelas polêmicas que trouxe após a sua publicação, sendo que ela autorizou expressamente a pesquisa com células-tronco embrionárias, células tidas como “curinga”, que podem formar diversos tecidos do corpo humano e se estudadas podem ajudar a criar novas terapias para doenças degenerativas.

Entretanto, a lei coloca alguns requisitos para a pesquisa com células-tronco germinativas, assinale a alternativa que elenca todas essas condições:

- a) embriões advindos de fertilização *in vitro* ou natural; embriões inviáveis ou congelados por três anos ou mais; consentimento dos genitores; projeto de pesquisa aprovado pelo comitê de ética da instituição; criminalização da comercialização do material biológico.
- b) embriões advindos de fertilização *in vitro* ou natural; embriões inviáveis ou congelados por três anos ou mais; consentimento dos genitores e pagamento de indenização; projeto de pesquisa aprovado pelo comitê de ética da instituição.
- c) embriões advindos de fertilização *in vitro*; embriões inviáveis ou congelados por pelo menos dez anos; consentimento dos genitores; projeto de pesquisa aprovado pelo comitê de ética da instituição.
- d) embriões advindos de fertilização *in vitro*; pagamento de uma indenização monetária aos genitores; embriões inviáveis ou congelados por três anos ou mais; projeto de pesquisa aprovado pelo comitê de ética do Ministério da Saúde;
- e) embriões advindos de fertilização *in vitro*; embriões inviáveis ou congelados por três anos ou mais; consentimento dos genitores; projeto de pesquisa aprovado pelo comitê de ética da instituição; criminalização da comercialização do material biológico.

Seção 3.3

Alimentos transgênicos

Diálogo aberto

Caro aluno, seja bem-vindo à última seção desta unidade. Já percorremos um intenso caminho até aqui, vimos sobre as pesquisas com seres humanos, aborto de fetos anencéfalos e pesquisas com células-tronco embrionárias. Discutimos o direito à vida, à integridade física, à pesquisa científica. Mas ainda nos falta um ponto a ser estudado: o dos alimentos transgênicos. Eles fazem parte da realidade de todos nós. É normal vermos notícias sobre esses produtos na televisão, internet e jornais. Recorda-se de alguma vez vê-los nos supermercados?

O Brasil é hoje o segundo maior semeador de transgênicos do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos da América. Portanto, essa questão tem muito impacto no Direito.

Esta Seção 3.3 trata sobre questões relacionadas aos alimentos transgênicos, sua proteção, análise atual da biotecnologia alimentar, seus aspectos legais e riscos. Ufa, beba muita água, coma muitas frutas, para ter fôlego para prosseguir! Veja agora uma situação-problema desenvolvida para debatermos melhor esse assunto. Vamos lá?

Alberto, nosso grande pesquisador e cientista, ficou muito contente com o resultado de sua pesquisa com as grávidas da população ribeirinha do interior do estado do Amazonas. O “fitomedicamento” encontrado através de um princípio ativo de uma planta correu como esperado. O medicamento de origem vegetal elaborado com extratos padronizados gerou resultados positivos para a prevenção da doença transmitida por um mosquito.

Fazendo suas leituras diárias, em busca de novas terapias, Alberto se deparou com uma publicação científica a favor dos organismos geneticamente modificados. Este artigo técnico explicava que a modificação genética dos alimentos poderia trazer benefícios à saúde. Alberto fez logo a ligação com seu “fitomedicamento”. Ora,

ele poderia erradicar a tal doença transmitida por um mosquito se a distribuição do medicamento chegasse a todas as pessoas de forma mais rápida. Melhor! Ele poderia alterar geneticamente alguns alimentos de consumo diário e inserir as informações genéticas da planta do seu medicamento. Assim, o princípio ativo estaria em outros produtos. Ah, vai ser uma grande inovação!

Como Alberto é cuidadoso, pesquisou um pouco mais sobre os chamados Organismos Geneticamente Modificados “OGMs” e ficou em dúvida sobre os seus riscos. Como a questão tinha a ver com a Lei de Biossegurança, entrou em contato com a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. E fez alguns questionamentos à atendente, que prontamente encaminhou o caso para o departamento jurídico.

Imagine que você foi o assistente jurídico, especialista em biotecnologia e saúde, encarregado para responder aos questionamentos de Alberto. Quais os efeitos legais que essa alteração genética de alimentos teria e que efeitos poderia causar ao meio ambiente e aos seres humanos. Será que seu medicamento é a solução da forma como ele imagina?

Não pode faltar

Prezado aluno, nossa última seção trata sobre os alimentos transgênicos. Vemos aqui uma interação direta da ciência em nossa vida. Há muitas discussões em jornais e redes sociais sobre os benefícios e malefícios desses alimentos. O estudo dos chamados Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) e sua interação com o Direito é de extrema importância. Aqui, o Biodireito está ligado a algo corriqueiro, de nosso dia a dia, nossa alimentação e o meio ambiente.

Imagine a seguinte situação: você, ao chegar no supermercado para fazer as compras semanais, se depara com a seção de frutas e verduras. Só de olhar para todas aquelas verduras como milho, soja, feijão, não é possível perceber a diferença. Mas pode ser que você esteja diante de um alimento transgênico. Temos, portanto, que debater o impacto desses produtos em nossa vida e em nossos direitos.

Para estudar essa matéria, precisamos estar cientes do que está em causa: direito de proteção de material genético, direito ao meio ambiente equilibrado, direito à saúde, direito à informação, direito à pesquisa, entre outros. Mas, antes disso, temos que entender melhor um conceito utilizado anteriormente, mas que aqui iniciará a nossa exposição. O que significa Biossegurança?



Assimile

Biossegurança: "condição de segurança alcançada por um conjunto de ações destinadas a prevenir, controlar, reduzir ou eliminar riscos inerentes às atividades que possam comprometer a saúde humana, animal e meio ambiente". (ANVISA, 2008, p. 1).

A conceituação do termo Biossegurança por um dos principais órgãos de controle de alimentos do Brasil não é coincidência. A Biossegurança está relacionada, e se preocupa, com a inserção dos Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) em nosso ecossistema. Isso porque ainda não se sabe certamente os danos que eles podem causar.

Mas, afinal, o que são os Organismos Geneticamente Modificados? Vamos nos lembrar das aulas de biologia! O DNA é uma molécula que possui todas as informações sobre uma determinada espécie. Com a biotecnologia foi possível alterar geneticamente esse DNA e mesclar informações de espécies. Na verdade, o método a ser utilizado depende do que se deseja. Pode-se inativar ou modificar genes, por exemplo.



Exemplificando

Os transgênicos podem estar presentes em nosso dia a dia em uma ida ao mercado podemos nos deparar com esses alimentos. Isso porque existem técnicas de melhoramento genético que tiram os fiapos das mangas, colocam gomos no abacaxi e retiram as sementes da melancia, uva e tangerina. A realidade é que o cientista pode escolher a forma como quer apresentar os alimentos.

Essa alteração genética é chamada de transgenia, mais comum em plantas ou sementes, mas também é uma realidade em animais como o salmão e o porco. O objetivo principal é

o aperfeiçoamento desses organismos, para que eles sejam mais nutritivos ou mais resistentes a herbicidas. As melhorias científicas introduzidas pela necessidade de maior produção foram a resistência a pragas e doenças, balanço nutricional, forma de crescimento, formato e qualidade. Isso foi desenvolvido com o cruzamento de plantas com parentes selvagens, seguido de programas complexos de melhoramento para combinar características desejáveis em um único plantio. Assim, chamamos de transgênico: "organismo cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética" (BRASIL, 2005, art. 3, V). Importante ressaltar que o OGM, resultado dessa intervenção, seria impossível de acontecer com as técnicas de cruzamento tradicionais ou naturais.

As discussões legais em torno deste tema surgiram nos anos setenta, mas teve um destaque maior com a Convenção da Diversidade Biológica realizada no Rio de Janeiro em 1992. Foi o primeiro acordo internacional sobre aspectos da diversidade biológica como os genomas e genes; espécies e comunidades; habitats e ecossistemas. Seu objetivo foi o de fomentar novas tecnologias para obter melhores impactos de novas técnicas no meio ambiente.

Também, é um marco para a homogeneização internacional da legislação sobre a temática. Ou seja, criou-se um parâmetro que deve ser seguido pelos Estados e internalizados em seus ordenamentos jurídicos. Essa padronização é necessária porque se trata de um tema ligado ao meio ambiente, em que se houver algum desastre ecológico, dificilmente estará restrito aos limites e fronteiras dos países. Sendo responsabilidade de toda humanidade.



Saiba Mais

A Convenção sobre diversidade biológica foi assinada por 157 países em 1992 no Rio de Janeiro e inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 2 de 1994. Ela tem como objetivo a conservação da diversidade biológica, utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios e acesso aos recursos genéticos. Os Estados parte têm o direito soberano de explorar seus

próprios recursos segundo suas políticas ambientais desde que não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou áreas além de sua jurisdição. Sendo que esse tratado não é direcionado somente aos Estados, Organizações Internacionais ou ONGs, mas também para empresas privadas em que seus produtos possam diretamente causar impactos no meio ambiente, e até particulares.

Em 1997 cerca de 25 mil experimentos com alimentos transgênicos foram conduzidos em 45 países. No Brasil, a discussão se iniciou em 1995, quando uma empresa, a Monsanto, uma das maiores multinacionais de sementes, mostrou interesse em comercializar no país seu novo produto, uma semente de soja transgênica, chamada "*Roundup Ready*". Por muitos anos, nosso Direito ficou silente em relação às sementes transgênicas. Muitos agricultores iam até a Argentina comprar sementes geneticamente modificadas para plantar no sul do Brasil. Alguns estados, inclusive, criaram legislações proibindo o uso. Entretanto, em 2005, com a Lei de Biossegurança, o Brasil autorizou o uso dos organismos geneticamente modificados.



Pesquise mais

A empresa Monsanto é a líder mundial em biotecnologia, produzindo 90% dos organismos geneticamente modificados do mundo. Ela é detentora da patente da única variedade de soja modificada existente no mercado. De acordo com seu website, seu objetivo é ajudar agricultores a produzir mais alimentos e reduzir o impacto da agricultura no meio ambiente. Mas pode ser que essa intervenção tenha outros impactos. É isso que o documentário "O mundo segundo a Monsanto" procura demonstrar. Que tal buscá-lo para saber um pouco mais sobre esse novo mundo?

Com a publicação da lei, muitas questões surgiram e o debate ficou entre quem é a favor e quem é contra a produção de transgênicos, além de diversas celeumas jurisprudenciais. Para compreendermos o que estava em causa, precisamos saber os direitos envolvidos, vamos lá?

A primeira problemática envolvendo os organismos geneticamente modificados está na preservação do direito à biodiversidade. Como estudamos na Seção 3.2, os Direitos Humanos de Terceira Geração

vieram como resposta a novas evoluções científicas introduzidas em nosso cotidiano a partir dos anos 70. Em 1972 foi publicada a Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano em Estocolmo. A Organização das Nações Unidas explanou que o melhoramento do meio ambiente humano é questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos, relacionado ao desenvolvimento econômico e dever de todos os governos.

Em resposta a essa e outras Cartas Internacionais sobre o tema, dentro do capítulo referente à Ordem Social, a Constituição Federal de 1988 dispôs o artigo 225, o qual trata sobre o direito ao meio ambiente equilibrado como um dever do poder público e sua preservação para futuras gerações. Isso quer dizer que o meio ambiente não é um bem individual, mas sim de toda uma coletividade. Não só a coletividade que vive atualmente, mas a garantia para as gerações futuras.

Um desses direitos que deve ser protegido é o direito ao patrimônio comum genético não manipulável. Junto com direito ao meio ambiente, pretende-se a garantia de que as futuras gerações recebam o mundo da forma como o recebemos, com a grande variedade de espécies no ecossistema. Essa conservação e proteção das diversas espécies no ecossistema é que está em risco.

Então, o que é Biodiversidade? A Convenção sobre a Diversidade Biológica estabelece que a diversidade biológica é a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas



Refleta

A biodiversidade é maior em locais mais quentes do planeta, principalmente nas florestas tropicais. Mesmo sendo enorme a variedade de espécies que existem no mundo sabemos que muitas estão em risco. Para termos ideia dessa biodiversidade, tomamos como exemplo as azeitonas. As azeitonas são frutos advindos da árvore oliveira. Todos nós conhecemos, colocamos em saladas, na pizza, a azeitona verde e/ou a preta. Mas, na realidade, pelo mundo são mais de 270 tipos. Isso é biodiversidade! Mas ela está sendo colocada em risco pelos transgênicos. Por que será?

A Biodiversidade pode ser definida como “variação biológica de determinado lugar”, ou seja, são os diferentes tipos de espécies

presentes no mundo, tanto animais como vegetais. E mais, não só as diferenças entre elas, mas também as diferenças dentro de cada espécie. Uma das consequências da proliferação dos transgênicos está no empobrecimento da biodiversidade.

É certo que as plantas modificadas também interagem com o meio ambiente, dão origem a outras por meio da polinização. Os processos naturais continuam. Com a inserção dos OGMs há a redução da diversidade de cultivares e a conseqüente perda da diversidade genética na agricultura e de uma rica herança genética ainda não estudada.

Podemos ver como exemplo a questão das ervas daninhas. Sim, na agricultura queremos eliminá-la, mas ela faz parte do meio ambiente. Muitos OGMs fazem com que haja redução de ervas daninhas no meio ambiente, prejudicando assim a vida selvagem. Ora, outros organismos se alimentam delas, como: insetos e pássaros. Eles ficarão sem alimento e também podem entrar em extinção. Países com grandes variedades do mesmo tipo de espécie, que possuem uma relação cultural com o alimento, sofrem diariamente com esse possível risco, como o Peru em relação às batatas, afinal elas são uma tradição inca!

Levando em consideração esses conceitos, e possíveis impactos ao ecossistema, a Lei de Biossegurança colocou alguns entraves para os que desejam plantar e comercializar organismos geneticamente modificados. Assim, os agricultores precisam correr atrás de uma avaliação de impacto ambiental, emitida pelo Ministério do Meio Ambiente, bem como o licenciamento e Estudo de prévio impacto ambiental. Somente com esse parecer favorável eles poderão seguir com o plantio. Entretanto, critica-se bastante a falta de controle desses órgãos.

Outro direito colocado em risco é o da saúde. Os alimentos transgênicos, assim como todos OGMs, são uma tecnologia relativamente nova. Portanto, ainda não é possível para a ciência precisar completamente os seus impactos e malefícios. Alguns estudos já apontam para os danos causados à saúde de quem os consome.

Os defensores destes alimentos apontam questões positivas, como a tolerância a herbicidas, o fato de serem mais nutritivos e

baratos, a eficiência de seu cultivo e a possibilidade de serem uma solução para o combate à fome. Mas, os pontos negativos nos fazem questionar essa realidade.

A possibilidade do DNA inserido no alimento ser tóxico, ou causar alergias, é grande, pode até causar o enfraquecimento do sistema imunológico. Também há o aumento de resistência a antibióticos e aparecimento de novos vírus, quando há a combinação de genes. Exemplo disso foi o que ocorreu no Japão em 1989, em que milhares de pessoas ficaram doentes e 37 morreram devido ao consumo de "triptofano" geneticamente modificado, em que foi inserido um gene de bactéria que produziu uma substância tóxica.

Estudos realizados na Escócia noticiaram que ratos alimentados somente com batatas transgênicas desenvolveram doenças e problemas de saúde. Além disso, a resistência que esses alimentos possuem a herbicidas faz com que aumente a quantidade de agrotóxicos utilizados durante o plantio e a consequente absorção pelo ser humano através da alimentação.

O estado do Rio Grande do Sul, pelo receio do uso desses transgênicos, tentou por meio de lei estadual impedir o plantio de OGMs, até que se efetivasse um estudo comprovando os benefícios desses alimentos. Essa reação veio de um estudo comparado, diante da rejeição dos europeus, como, por exemplo, a Consumers Association, organização inglesa que, diante das incertezas e dos possíveis danos à saúde da população, impede a comercialização de produtos transgênicos.

Certo é que o direito à saúde está consagrado na Constituição Federal e é um direito fundamental, que não permite relativizações ou apenas uma proteção mínima. Para que a saúde seja garantida, o Estado tem que agir positivamente. No caso dos alimentos transgênicos, o Estado brasileiro coloca em risco a saúde de sua população ao permitir a sua produção e comercialização. E você, aluno, imagina alguma forma de solucionar esse problema?

Há uma certa negligência por parte do Estado brasileiro, pois não é preciso que tenha uma prova científica absoluta, bastando que tenha o risco e que esse seja irreversível ou grave, para que tivesse que se preferir pelo direito ao meio ambiente e à saúde. Pelo princípio da precaução, era necessário que se tivesse certeza de

que a ingestão desses OGMs não causa risco à saúde dos indivíduos para liberar o seu plantio.

Exatamente por não se ter conhecimento do que pode resultar o uso contínuo dos alimentos transgênicos na saúde das pessoas que é obrigatório o aviso de se tratar de um alimento geneticamente modificado. Tem-se também que observar o direito à informação. O Código de Defesa do Consumidor coloca a obrigatoriedade de dar as informações necessárias e adequadas em respeito dos produtos colocados à venda e aptos para o consumo. Trata-se do princípio da transparência.



Saiba Mais

Tratam sobre o direito à informação: todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988, art. 5, XXXIII).

Direito do consumidor: São direitos básicos do Consumidor: a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem (BRASIL, 1990, art. 6, III).

No Brasil, o Decreto n. 4.680/2003 regulamentou a necessidade de informação em relação aos alimentos transgênicos, inclusive os alimentos vendidos a granel ou *in natura*, e até os já embalados. O artigo 40 da Lei de Biossegurança manteve a obrigatoriedade da rotulagem. Ou seja, há a obrigatoriedade de colocar um T dentro de um triângulo amarelo no rótulo das embalagens. Para alguns doutrinadores somente essa inscrição no rótulo não é suficiente. É necessário que as informações sejam destacadas, incluindo o risco que aquele alimento possa causar à saúde e à segurança dos consumidores.

Caso os fornecedores não informem que aqueles alimentos ali comercializados são geneticamente modificados ou contém OGMs em sua composição podem incorrer em publicidade enganosa por omissão, de acordo com o artigo 37, §1º do Código de Defesa do Consumidor. O Procon ao identificar esses casos pode aplicar multas a essas empresas. Em 2015, foram aplicadas diversas sanções que variaram de duzentos mil a mais de um milhão de reais.

Sabe-se que existem milhares de alimentos no mercado brasileiro suspeitos de serem transgênicos, advindos dos Estados Unidos e da Argentina e que não têm qualquer inscrição. Além desses, os restaurantes e lanchonetes também não têm a obrigatoriedade de informar que usam alimentos geneticamente modificados em seus cardápios.



Saiba Mais

Por outro lado, há um projeto de lei que pode colocar em causa esse direito ao consumidor. Trata-se do Projeto de Lei n. 34/2015, que altera a Lei de Biossegurança para que sejam rotulados apenas alimentos que contenham 1% ou mais de transgênicos em sua composição. Além da necessidade expressa de análise laboratorial do alimento. Acontece que a transgenia não é detectada quando o alimento é processado. Com esse projeto corremos o risco de consumir OGMs e não termos o conhecimento. O que será pode ocorrer se esse projeto for aprovado?

Após a análise dos direitos que estão em risco, com a inserção no nosso cotidiano dos Organismos Geneticamente Modificados, é importante ter em conta os pontos positivos que levaram à promulgação da Lei n. 11.105/2005, a Lei de Biossegurança que autoriza a produção e comercialização dos transgênicos, como direito ao avanço científico.

Certo é que, a transgenia é uma inovação trazida pela ciência, que permite o plantio e a produção de sementes e outros alimentos de forma mais barata, o que poderia ser a solução para a fome em nosso mundo. É vista, assim, como um avanço científico e sendo necessário maior desenvolvimento ao direito à pesquisa para trazer ainda mais benefícios à sociedade. Isso sim seria sensacional, certo? Apesar de ainda muitas controvérsias, estudos colocam os pontos positivos dos alimentos transgênicos.

O órgão da União de Academias Germânicas de Ciências e Humanidades concluiu que os alimentos transgênicos são mais saudáveis, causam alergias tanto quanto os não transgênicos, ou até menos porque são submetidos a mais testes toxicológicos. Além disso, demonstra que populações como a dos Estados Unidos da América consomem OGMs há muitos anos, e, até o momento, não se teve relatos comprovados do efeito adverso desses alimentos.

Essa foi a posição considerada pelo Estado brasileiro para a aprovação da Lei 11.105/2005, em especial pela redução dos custos para produção agrícola. Principalmente, visando o direito à pesquisa e desenvolvimento de novas técnicas. Além de ser propulsora do mercado agrícola de sementes transgênicas, que mesmo antes da lei, já praticava seu plantio.

Assim, a Lei de Biossegurança permitiu a produção, comercialização e plantio dos alimentos transgênicos em todo o território brasileiro. Em seus primeiros artigos, a Lei coloca diretrizes da política Nacional de Biossegurança, que vimos de forma indireta durante toda a seção 3.3: a proteção ao meio ambiente; proteção à vida e à saúde humana; estímulo ao avanço científico.

Mas, e todos aqueles pontos negativos que vimos anteriormente? O legislativo não os considerou? Sim, o legislativo o resolveu por meio de regulação técnica mais estrita. Por isso, a Lei criou o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS – e reestruturou a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio. Assim, cabe a esta última Comissão avaliar caso a caso os possíveis riscos oferecidos pelos transgênicos.

Assim, para que seja permitido esse plantio ou comercialização é necessário o cumprimento de alguns requisitos: obtenção do certificado de biossegurança emitido pela CTNBio; autorização para experimentos dos Ministérios competentes; parecer técnico favorável da CNBS para a comercialização; licenciamento ambiental; Estudo prévio de impacto ambiental; avaliação de eficácia agrônômica, avaliação de segurança alimentar e avaliação de impacto ambiental. Nesse ponto, a burocracia é importante para assegurar o nosso bem-estar. Mas será que é suficiente?

A Seção 3.3 termina por aqui. Entretanto, muitas dúvidas ainda permanecem. Mudanças legais e políticas podem influenciar diretamente na tratativa dos OGMs e se há risco ou não de seu consumo só o futuro nos dirá. Como juristas temos que estar sempre atentos a essas alterações para que possamos lutar para maiores informações e maior proteção à saúde da população.

A Seção 3.3 tratou sobre os Organismos Geneticamente Modificados, a análise atual da Biotecnologia e Biossegurança, bem como os riscos e benefícios dos transgênicos. Agora será possível auxiliarmos nosso cientista Alberto. Você se lembra do que nos foi solicitado?

O cientista Alberto, muito preocupado com a saúde da cidade interiorana do Amazonas, produziu um medicamento contra uma doença que acometia a cidade, transmitida por um mosquito. Esse fitomedicamento advinha de um princípio ativo de uma planta. Como seu medicamento deu certo, Alberto teve a ideia de massificar a sua produção. Como assim? Ele propôs a alteração genética de produtos de consumo diário, com a inserção das informações genéticas da planta e do medicamento nos alimentos. Assim, o princípio ativo seria distribuído de forma mais célere para a população. Como a questão tinha a ver com a Lei de Biossegurança, foi necessário entrar em contato com o CNTBio, que fez a tratativa junto a seu departamento jurídico. Assim, você, o responsável pela área, o alertou sobre que efeitos legais que essa alteração genética teria e que efeitos poderia causar ao meio ambiente e aos seres humanos.

A situação problema leva em consideração aspectos da biotecnologia e os riscos dos alimentos transgênicos.

Inicialmente precisamos alertar Alberto das normas de Biossegurança necessárias para a manipulação de Organismos Geneticamente Modificados. A Lei n. 11.105/2005 deve guiar seus trabalhos. Para dar prosseguimento ao seu trabalho com organismos geneticamente modificados, ele deve ter a autorização de órgãos do governo e aprovação da CTNBio para a manipulação desse medicamento. A Comissão Técnica Nacional de Biossegurança teve suas competências alteradas pela Lei de Biossegurança e é o órgão responsável por avaliar os casos e eventuais riscos à saúde de quem terá acesso a produtos feitos de organismos geneticamente modificados.

Alberto também tem que ter ciência sobre os riscos à saúde que pode causar a manipulação genética. Bem como os danos ao meio ambiente. Essa alteração pode causar danos à biodiversidade. Estudos

indicam que os OGMs podem causar riscos à saúde do ser humano, em especial, alergias ou enfraquecimento do sistema imunológico. É importante considerar também que os estudos científicos sobre o tema não são conclusivos e uma minoria alega que os produtos transgênicos não causam risco para a saúde humana.

Por fim, Alberto tem que se atentar para outro importante detalhe: o direito à informação. Os organismos geneticamente modificados possuem características distintas daqueles sem qualquer manipulação genética. Por essa razão, devem ser informados a quem os consome. A Lei de Biossegurança, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal colocam a obrigação de inscrever no rótulo do alimento de forma clara que se trata de um produto feito com OGMs. Até porque, cabe à pessoa, destinatária final, escolher se o consome ou não.

Avançando na prática

As laranjas transgênicas de Patrícia

Descrição da situação-problema

Patrícia é uma grande agricultora da cidade Transgenópolis. Ela ganhou diversos prêmios por ter desenvolvido técnicas com o plantio de laranjas. Isso porque uma das características dessa cidade é possuir uma terra com muitas rochas, que não é o ideal para o plantio dessa fruta, pois precisa de um solo permeável e profundo. Ela plantou muitos hectares de laranjeiras e ainda fez no fundo de seu quintal uma pequena produção de sucos. Esses sucos são engarrafados e vendidos de forma informal pela cidade Transgenópolis. Mas Patrícia tem um segredo. As mudas de laranjas foram produzidas em viveiros, advindas de um pesquisador de outro país. Ele prometeu que as laranjas nasceriam em qualquer tipo de terreno, ela só precisava, depois do fim da safra, voltar a comprar novas mudas. Ela não poderia comercializar com ninguém sem o avisar e pagar uma pequena quantia pela patente dessa muda. Essas mudas eram geneticamente modificadas, pois foi colocado um gene que as adaptou ao tipo de terreno da cidade.

Por ser muito famosa, Patrícia dá muitas entrevistas a jornais locais. Em uma dessas entrevistas, Patrícia aproveitou para fazer

uma propaganda de seus produtos. A capa do jornal local saiu com sua foto e uma descrição de seus sucos como os mais naturais do país! Claro que eram naturais, ela própria os plantava e produzia! Ela teve que duplicar a quantidade da produção diante da grande demanda. Quando questionada pelo jornalista sobre plantas geneticamente modificadas, ela alertou que não era o caso de seus produtos!

Tendo em vista esta situação, Patrícia está violando algum direito consagrado em nosso ordenamento jurídico? Quais as consequências que ela poderá sofrer? Ela é obrigada a falar que seus produtos são geneticamente modificados?

Resolução da situação-problema

Patrícia merece todo o destaque por seu perfil empreendedor, entretanto, ainda tem muito o que aprender dentro da Biossegurança e do direito do consumidor. As mudas eram geneticamente modificadas, portanto, tratam-se de produtos transgênicos. Ela não pode fazer o plantio desses OGMs sem que ninguém o saiba! A Lei de Biossegurança autoriza o plantio de organismos geneticamente modificados, entretanto, coloca alguns requisitos para isso, bem como estudo de impacto ambiental e autorizações do CTNBio, por exemplo. Ultrapassada essa barreira, Patrícia também não os pode comercializar sem o aviso prévio ao consumidor de que se trata de um produto transgênico. A rotulagem, com a inserção de um T em fundo triangular amarelo, é obrigatória.

Patrícia fez pior. Ainda afirmou que não se tratavam de produtos geneticamente modificados. Para o Direito, ela fez propaganda enganosa, proibida pelo artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor. Como sanção ela poderá levar uma multa dos organismos de defesa do consumidor.

Faça valer a pena

1. A legislação internacional sobre o tema alimentos transgênicos é ampla, uma vez que tal proteção diz respeito a toda humanidade e às gerações futuras. Destaca-se a Convenção sobre Diversidade Biológica, em que dispõe no seu texto parâmetros a serem seguidos pela comunidade internacional para a proteção dos Organismos Geneticamente Modificados.

No Brasil, a área de plantação de transgênicos é maior que a de não transgênicos e, em relação à soja, representa 85% da plantação. Marque a alternativa que corresponde a regulamentação brasileira para este cultivo:

- a) Código Civil de 2002.
- b) Novo Código Civil Ambiental.
- c) Lei de Biossegurança.
- d) Lei de cultura transgênicas.
- e) Lei para produção de biodiversidade.

2. Como resposta aos possíveis riscos que os cientistas colocam sobre a alimentação contínua de alimentos transgênicos, a agroecologia se tornou moda. A alimentação orgânica está se desenvolvendo e cada dia mais ganha mais adeptos. A agroecologia propõe assim alternativas saudáveis e ainda com a intenção de minimizar a artificialização do ambiente natural. É uma forma sustentável de garantir a diversidade de culturas alimentares sem o uso, inclusive, de agrotóxicos.

Tendo em consideração a legislação internacional estudada, bem como os princípios articulados de nossa Constituição Federal, elenque os princípios que se relacionam com Biossegurança e os alimentos transgênicos.

- a) Direito à Genética, Direito ao Meio Ambiente, Direito à Biodiversidade e Biossegurança, Direito à alimentação orgânica.
- b) Direito à Vida, Direito à Saúde, Direito à Integridade Física, Direito ao Estudo, Direito ao Desenvolvimento Sustentável.
- c) Direito à Biologia, Direito à evolução, Direito ao desenvolvimento sustentável, Direito à Informação, Direito à pesquisa.
- d) Direito à Biodiversidade, Direito ao patrimônio comum genético não manipulável, Direito à saúde, Direito da Prevenção, Direito à informação, Direito à pesquisa e ao avanço científico.
- e) Direito à Biodiversidade, Direito ao Meio Ambiente não manipulado, Direito à vida, Direito da Prevenção, Direito a futuras gerações, Direito ao Desenvolvimento sustentável.

3. A pesquisadora Alda Lerayer é uma grande defensora dos alimentos transgênicos, para ela: “Os transgênicos nada mais são do que a evolução de técnicas milenares”. Em uma matéria publicada no site do Conselho de Informações de Biotecnologia, ela dispôs sobre as perspectivas do ano de 2010 para os transgênicos: “Foram oito liberações de cultivos comerciais para soja, milho e algodão em 2010. (...) Quanto à soja, foram aprovados dois eventos tolerantes ao herbicida *glufosinato* de amônio e um resistente a insetos e tolerante ao glifosato” (CIB, 2011).

Tendo em vista essa visão positiva sobre os OGMs, a Lei de Biossegurança de 2005 trouxe a autorização para o plantio e comercialização desses organismos geneticamente modificados. Em 2015, houve a apresentação de um projeto de lei n. 34/2015, para “liberar os produtores de alimentos de informar ao consumidor sobre a presença de componentes transgênicos quando esta se der em porcentagem inferior a 1% da composição total do produto alimentício”.

Muitas críticas são colocadas a essa visão positiva dos transgênicos, uma vez que, por serem organismos novos no ecossistema, não se consegue prever totalmente os seus efeitos. Tendo em vista as duas posições colocadas no texto acima, marque a alternativa que corresponda aos dois direitos feridos: 1. pela cientista e 2. caso o projeto de lei seja aprovado:

- a) 1. Proteção à sondagem genética e 2. Direito de acesso à justiça.
- b) 1. Direito ao livre mercado e 2. Proteção contra publicidade abusiva.
- c) 1. Direito ao meio ambiente sustentável e 2. Direito à ampla defesa.
- d) 1. Direito de informação e 2. Presunção de vulnerabilidade do consumidor.
- e) 1. Direito à Biodiversidade e 2. Proteção para informações adequadas e claras sobre os produtos.

Referências

- ANVISA. **Conceitos e definições**. Agência nacional de vigilância sanitária. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/conceitos-e-definicoes4>>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Helsinquia**. Princípios éticos para investigação médica em seres humanos. Disponível em: <<http://ispup.up.pt/docs/declaracao-de-helsinquia.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BBC BRASIL. **Pela 1ª vez, transgênicos ocupam mais da metade da área plantada no Brasil**. Notícia de 8 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/02/130207_transgenicos_cultivo_tp.shtml>. Acesso em: 1 dez. 2017.
- BERGEL, Salvador Dario. **Patentes de genes: implicações éticas y jurídicas**. In.: Revista Bioética, v. 5, n. 2. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/387/487>. Acesso em: 1 dez. 2017.
- BRASIL. **Lei n. 11.105/2005**. Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados. Promulgada em 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42>. Acesso em: 3 dez. 17.
- _____. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- _____. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018
- DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. **Cenário Internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias**. In.: Revista Saúde Pública. Anis Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero: Brasília, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. aum. e atual. Conforme o Novo Código Civil e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ESTADÃO. **A guerra pela semente da Monsanto**. Publicada em 15 de fevereiro de 2013 por Luiz Guilherme Gerbelli. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-guerra-pela-semente-da-monsanto-imp-,1001130>>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- FILHO, Flávio Finardi. **Alimento transgênico é saudável**. Publicado em Jornal da Tarde em 25.11.2004, pag. 2-A.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Cadê as sementes?** Tatiana Diniz, reportagem local, 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/equilibrio/eq2202200705.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

HOSSNE, Willian Saad; VIEIRA, Sonia. **Experimentação com Seres Humanos: Aspectos Éticos**. In.: SEGRE, Marcos; COHEN, Cláudio. (Orgs.) Bioética. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Edusp, 2002, p. 159-179.

IDEC. **Apoie a continuação da rotulagem de alimentos transgênicos**. Instituto brasileiro de defesa do consumidor. Publicado em 18.07.2017. Disponível em: <<https://www.idec.org.br/fim-da-rotulagem-dos-alimentos-transgenicos-diga-no>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

MELO, Helena Pereira de. **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE - CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução Nº 466, de 12 de dezembro de 2012**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html>. Acesso em: 3 maio 2018.

MPF. **Justiça mantém multa à Monsanto por pesquisa com OGM em Ponta Grossa**. Notícias. Publicado em 09 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/regiao4/sala-de-imprensa/noticias-r4/mpf-mudanca-em-decisao-judicial-manter-multa-a-monsanto-por-pesquisa-com-ogm-em-ponta-grossa>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Tatiana Pereira das; PORTO, Marcelo Firpo de Souza; MARINHO, Carmem Luíza Cabral; BRAGA, Ana Maria Cheble Bahia. **O Conceito de Biossegurança à Luz da Ciência Pós-Normal: avanços e perspectivas para a saúde coletiva**. In.: Saúde Soc. V. 16, n. 3, São Paulo, pag. 158-168. Disponível em: <https://static.portaleducacao.com.br/arquivos/arquivos_sala/media/objeto_de_aprendizagem_conceito_biosseguranca_ciencia.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2017.

OLIVEIRA, Paulo Henrique; ANJOS FILHO, Roberio Nunes dos. **Bioética e pesquisas em seres humanos**. In.: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V.101, jan/dez 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67739/70347>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

OMS. **Glossário revisado da Terminologia das Técnicas de Reprodução Assistida (TRA)**. Comitê Internacional para Monitorização da Tecnologia Reprodutiva Assistida (ICMART) e Organização Mundial da Saúde (OMS). Traduzido e Publicado pela Red Latinoamericana de Reproducción Asistida em 2010. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_por.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2017.

ONU. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <https://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **O Código de Nuremberg. 1947.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/codigo_nuremberg.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017

PATURY, Felipe; SCHELP, Diogo. Transgênicos – Os Grãos que Assustam. **Revista Veja**, edição 1826, ano 36, n. 43, p.97, 29 out. 2003.

SANTOS, Marília Andrade dos. **Anencefalia, aquisição de direitos e conceito de morte.** In.: Revista Persona n. 49. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.br/Persona49/49Andrade.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.** Julgada em 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

STF. **ADI 3510, de 29 de maio de 2008.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.** [Internet]. Paris: Unesco, 1997. Disponível: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

UNESCO. **Declaração Universal Sobre Genoma Humano e Direitos Humanos.** Comitê para a área de ciências e meio ambiente. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

STF. **Ação direta de Inconstitucionalidade n. 3645-9.** Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgada em 31.05.2006.

STJ. **REsp nº 1387921 / PR.** Ministro Herman Benjamin. Julgado em 15 de dezembro de 2015.

VARELLA, Marcelo D; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança e biodiversidade: contexto científico regulamentar.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ZAGO, Marco Antonio, e COVAS, Dimas Tadeu (editores). **Células-Tronco – A Nova Fronteira da Medicina.** São Paulo: Atheneu, 2006.

Transfusão de sangue, Transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo e Mudança de Sexo

Convite ao estudo

Seja bem-vindo, prezado aluno, à nossa última unidade de Biodireito.

Fizemos uma grande jornada até aqui! Você se lembra do que estudamos? Primeiro vimos os aspectos gerais do Biodireito. Foi muito importante para sabermos os conceitos e princípios que envolvem essa formidável matéria. Em seguida, com o estudo da clonagem e reprodução assistida, percebemos a importância de impor limites ao desenvolvimento científico, em prol da dignidade da pessoa humana. Depois, vimos os requisitos para experimentos com seres humanos, posicionamentos jurisprudenciais sobre o aborto de fetos anencéfalos e a pesquisa com células tronco embrionárias. Por fim, os benefícios e riscos dos alimentos transgênicos. A ciência, assim, entrou em nosso cotidiano.

Agora, passamos para nossa última unidade. Vamos estudar os aspectos jurídicos da transfusão de sangue, transplante de órgãos e mudança de sexo. Serão levantados debates polêmicos em que nós juristas teremos que enfrentar em nossa rotina de trabalho. Vamos nos deparar com situações difíceis em que precisaremos balancear direitos para chegar a uma melhor solução para o caso concreto. É um desafio, mas tenho certeza de que você está preparado!

Veja agora o contexto de aprendizagem elaborado para introduzirmos a matéria desta unidade.

Dr. Amado é um conceituado médico-cirurgião da cidade “Liberdade”. Ele passa a maior parte de seu tempo dentro do Hospital Nova Esperança, isso porque sua rotina de plantões não o deixa pensar em outra coisa senão no trabalho, mas ele adora. Ajudar pessoas e salvar vidas é sua missão. Em um desses plantões, Dr. Amado foi avisado que havia acontecido um acidente na principal avenida da cidade e saiu correndo para atender o máximo de pacientes que poderia ajudar. Ele se envolverá em três casos de urgência e enfrentará grandes desafios. Será que ele precisará do jurídico do hospital? O Biodireito e o direito médico poderão ajudá-lo com esses impasses!

Nesta unidade veremos como o Biodireito, ligado a questões médicas, pode ser mobilizado e nos levará a ponderar direitos, como o direito à vida e a religião, em especial quando há a recusa do paciente em receber a transfusão de sangue. Também, os requisitos legais sobre transplante de órgãos e tecidos, características do doador e do receptor e a chamada lista única de espera. Por fim, veremos sobre direito à identidade sexual e às possibilidades de redesignação do estado sexual.

Então, vamos partir para a Seção 4.1 e auxiliar o Dr. Amado a resolver o seu primeiro desafio? Boa Sorte!

Seção 4.1

Transfusão de sangue

Diálogo aberto

Olá, prezado aluno. Vamos iniciar nossos três últimos debates sobre Biodireito?

Nesta seção aprenderemos sobre as generalidades da transfusão de sangue. De início, pensamos que se trata de uma questão simples dentro do direito médico. Entretanto, o debate inicia quando há a negativa da transfusão por motivos religiosos. A recusa é um direito garantido constitucionalmente, mas se a vida daquela pessoa estiver em risco? O direito à religião deve se sobrepor ao direito à vida? O posicionamento jurisprudencial poderá nos ajudar a resolver essas questões. Estudaremos, também, como o direito penal e direito civil incidem nessas questões. Preparado? Vamos lá!

Veja, agora, nossa situação-problema para, em conjunto, resolvermos esse impasse legal.

Dr. Amado é um conceituado médico-cirurgião da cidade “Liberdade”. Em um de seus plantões, Amado foi avisado que havia tido um acidente na principal avenida da cidade. Ele foi o médico designado para atender, dentre outros, Carolina.

Carolina é testemunha de Jeová e segue os mandamentos religiosos à risca desde sua infância. Ela sabe que suas concepções religiosas somente a dizem respeito, mas gostaria que sua família seguisse da mesma forma. Grávida de oito meses, ela finalmente vai realizar o sonho de ser mãe, mas acontece que ela foi acometida por complicações com um sangramento intenso, devido ao acidente de carro, entrando, assim, em trabalho de parto antecipadamente. A caminho do hospital avisou que preferia perder sua vida e a de seu filho do que ambos receberem transfusão de sangue.

Os médicos constataram que o feto estava com problemas cardíacos e que necessitaria de cirurgia logo quando nascesse. O

marido de Carolina liga, então, para sua advogada que consegue rapidamente uma liminar para que o plano de saúde acoberte todas as custas do hospital para que os procedimentos ocorram sem hemotransfusão.

Após o parto, tendo em vista a má-formação do coração do bebê, e, posteriormente, devido à apresentação de sangramento no pós-operatório, não restou outra alternativa à equipe médica e ao Dr. Amado senão recorrer à transfusão sanguínea. Caso contrário, o bebê não aguentaria e poderia falecer. Após a cirurgia, Amado pediu à enfermeira que entrasse em contato com o jurídico do hospital. Ele relatou o ocorrido ao advogado e precisava saber se poderia ser responsabilizado civil ou penalmente, pois tinha descumprido a vontade dos pais.

Imagine que você é o advogado do hospital. Esclareça para o Dr. Amado quais os riscos que ele correu ministrando o sangue. Ele era obrigado a encontrar métodos alternativos mesmo com a vida da criança em risco? Ele poderá ser responsabilizado? Hum, situação complicada, teremos que recorrer ao Biodireito para resolvê-la! Com certeza a pesquisa de jurisprudência de nossos tribunais nos dará o caminho certo a percorrer. Vamos à pesquisa?

Lembre-se que já temos que ir nos preparando para entregar ao professor, ao final desta unidade, um parecer sobre uma questão estudada com pesquisa jurisprudencial. Ao trabalho?

Não pode faltar

Caro Aluno,

Até agora, já aprendemos que o Biodireito está ligado diretamente à Bioética. Também é o ramo do direito que estuda questões envolvendo situações médicas que nem sempre têm uma resposta direta e objetiva. O nosso papel como juristas está em analisar o caso e conseguir interpretá-lo à luz da legislação e da melhor proteção dos direitos fundamentais. Pode ser que questões sociais, culturais, religiosas e científicas se cruzem e, assim, precisaremos balancear direitos para resolver de acordo com a justiça.

Uma dessas situações é a da transfusão de sangue. Como fica a situação de alguém que, por suas crenças religiosas, não aceita a hemotransfusão mesmo que a negativa lhe cause inúmeros danos ou inclusive a morte? Ou, se pensarmos se tratar de uma criança em que os pais negam o tratamento. Eles têm legitimidade para colocar questões religiosas acima da vida desta criança? E, penalmente? Alguém será responsabilizado? Evidentemente, temos aqui um caso de conflito de direitos fundamentais que precisamos resolver!

Iniciaremos nosso trajeto para resolução dessa e de outras perguntas com a análise constitucional. Em seguida, veremos a posição da legislação específica para o caso como o Código de Ética Médica. Por fim, as diversas posições jurisprudenciais. Com certeza seu coração bateu forte agora, mas fique tranquilo, vamos chegar lá sem maiores complicações!

É normal, na televisão, em novelas ou filmes, ouvirmos falar no procedimento médico de transfusão de sangue, correto? Ou até mesmo você já pode ter doado sangue para um hospital. Portanto, sabe que se trata da transferência de sangue de um doador para um receptor. Pode acontecer que se transfira o sangue ou somente os seus “hemocomponentes” como plasma sanguíneo, plaquetas, hemácias e leucócitos. É um procedimento médico necessário em situações de intervenções cirúrgicas, traumatismos, hemorragias digestivas ou em outros casos que tenha havido grande perda de sangue.



Pesquise mais

Tem curiosidade e quer saber mais sobre como se dá a transfusão de sangue? Quais as etapas desde a doação até a transfusão? Este curta nos mostra uma ideia de como funciona todo esse procedimento.

CIÊNCIA 2.0. **Curta: Da doação à transfusão de sangue.** Publicado em 23 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0k-acj0L-nM>>. Acesso em 18 mar. 2018.

A transfusão de sangue é um procedimento médico corriqueiro. O médico responsável tem que verificar o tipo sanguíneo do receptor e proceder com a transferência, podendo, assim, salvar vidas. Pode ser que ocorram complicações, como falha humana, falta de controle de qualidade e contaminação. Nesses casos, o médico é responsabilizado civilmente e penalmente.

A problemática do Biodireito se inicia quando há a recusa dos pacientes em receber a transfusão de sangue. Os devotos da religião Testemunhas de Jeová têm como premissa o não recebimento de sangue de outra pessoa. Eles recusam a transfusão de sangue, mesmo em caso de risco de vida. Portanto, em situações como essa, o médico tem que ponderar direitos ao respeitar a religião e a vida dessas pessoas. A legislação e a jurisprudência brasileira e internacional já se posicionaram como deve ocorrer nesses casos, vamos ver?

Você se lembra de que a Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe sobre Direitos e Garantias Fundamentais no seu artigo 5º? Pois bem, dentre esse rol de direitos, há a determinação de que todos são iguais perante a lei, sendo invioláveis os direitos à vida, à liberdade e à igualdade. Ou seja, o Estado tem que agir positivamente para a proteção de seus cidadãos. Isso significa dizer que o Estado tem que prover políticas públicas para impedir que particulares violem os direitos aí elencados.

Destaca-se aqui o direito à vida. Já estudamos este direito em seções anteriores, mas vamos lembrá-lo? Esse é o fundamento de todos os direitos. Entende-se como o direito de permanecer vivo e também de ter uma existência digna. Como sabemos, na maioria das vezes, as violações do direito à vida são em princípio ilícitas, salvo se provar que o agente da violação agiu em legítima defesa ou no cumprimento de um dever. Até aqui não temos muitas novidades. Os casos em que a discussão sobre o direito à vida apresenta maior dificuldade de consenso resultam em situações limite, em que se tem outro direito na balança.

Ligado a esse direito está o direito à saúde. O Estado deve proteger o direito à saúde e impedir que nenhum ator, seja ou não estatal, interfira neste direito em prol, também, da integridade física da pessoa. Não se pode permitir que alguém se recuse a prestar cuidados de saúde a certos grupos, tal como minorias étnicas ou prisioneiros, e promove ações para que ninguém fique sem cuidado médico. Sabemos que a situação da saúde pública no país não é muito eficaz e nem sempre se consegue atendimento a toda a demanda. Em muitos casos, o Estado é obrigado a pagar um hospital particular para atender aquelas pessoas de extrema urgência. Pois se trata de um direito fundamental que o Estado deve prover.

Outro direito também protegido pela nossa Constituição é o da religião. Sabemos que nosso Estado é laico, não possui uma religião oficial. Trata-se de um princípio político que rejeita a influência da religião na esfera pública do Estado, em aspectos legislativo, executivo e judiciário. Mas não é por isso que o Estado deixa de garantir a liberdade religiosa. Essa também faz parte da liberdade de expressão e até liberdade política e necessária para a plena democracia. Trata-se de um direito que deve ser sempre preservado; é uma limitação do poder estatal. O grande constitucionalista Jorge Miranda já tinha feito essa relação ao dizer que somente há plena liberdade política se houver plena liberdade religiosa, nos diversos tipos a serem concedidos e compatibilizados com os poderes do Estado.

Assim, pode-se praticar livremente qualquer culto religioso, sendo, inclusive, obrigatória a proteção aos locais de culto e liturgias (Art. 5, VI, CF/88). Essa liberdade de culto, consagrada pela Constituição, não se restringe ao espaço religioso, mas sendo uma vertente da liberdade de expressão, pode estar em qualquer âmbito da vida do indivíduo e declarada livremente. É de responsabilidade do Estado promover condições para que a liberdade de crença possa ser desenvolvida em todos os ambientes.



Refleta

A liberdade religiosa foi um direito conquistado com muita luta. Por causa desse artigo, podemos, hoje em dia, ser da religião que quisermos e professá-la sem que ninguém se intrometa nisso. Mas será que este direito está efetivamente garantido? Temos visto notícias de pessoas que violam diretamente o direito à religião de outras, queimando templos ou outras formas de intolerância religiosa. O que podemos fazer para que essas violações de direitos humanos não mais se repitam?

Uma dessas religiões de livre manifestação no Brasil, e no mundo, é a "Testemunha de Jeová". Eles baseiam suas práticas diárias na Bíblia e adoram exclusivamente a Deus, chamando-o de Jeová. Para eles, o sangue humano tem grande significado e não deve ser mal empregado, por isso a transfusão compromete a pureza do sangue. Eles a recusam e têm todo o direito de fazer isso.

Sob o ponto de vista jurídico, o direito à liberdade compreende o poder de agir de cada pessoa e de escolher por si, desde que respeitados os limites impostos pela lei ou que não fira o direito de outrem. Assim, outra obrigação é imposta ao Estado: ele não pode compelir ninguém, nem mesmo por obrigação imposta em Lei, a fazer algo que seja contrário à sua crença religiosa.

Então, agora nos vemos diante de uma colisão de direitos. O direito à vida, à saúde e integridade física de um lado e o direito à liberdade religiosa de outro. Certo é que nossa Constituição é pluralística, portanto, abrange várias normas e princípios, não existe uma hierarquia absoluta dos bens jurídicos que defina a vida como maior valor do que a questão religiosa. Nenhum direito fundamental é absoluto, mas sim são relativos. Isso porque, nenhum direito fundamental pode ser usado como escudo para prática de atos ilícitos e porque eles podem entrar em choque e concorrer uns com os outros, como é o caso que estamos estudando nesta seção.

Os direitos elencados acima são considerados por constitucionalistas como normas-princípios. Os princípios são mandatos de otimização com grande carga valorativa. O Direito deve, então, ser interpretado e, para isso, existem algumas regras a serem observadas. Assim, a doutrina entende que os bens jurídicos não estão num plano vertical, mas sim horizontal, no qual todos concorrem para o bem-estar de cada ser humano. Quando esse choque ocorrer, não se pode dizer a priori qual direito deve se sobressair ao outro.

Pela hermenêutica, essa visão do STF é a aplicação do princípio da harmonização, cedência recíproca ou ponderação, que estabelece que os direitos em colisão devem ceder reciprocamente, permitindo a existência de um ponto de convivência entre eles, somente quando se perceber a colisão em um caso concreto.



Exemplificando

O direito à liberdade de expressão é consagrado também pela nossa Constituição. Podemos expressar nossos pensamentos livremente, entretanto, ele pode ser limitado pela proibição do racismo. Foi o que ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS, trata-se de um escritor que colocou em seus livros conteúdo antissemita. Os ministros

deixaram claro que, “como qualquer direito individual, a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser afastada quando ultrapassar seus limites morais e jurídicos, como no caso de manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n. 82.424. Brasília, Relator Min. MOREIRA ALVES. Relator para Acórdão: Min. Maurício Correa. Julgado em 17 de setembro de 2003. Publicado no Diário de Justiça em 19 de março de 2004.

Assim, vemos que somente à luz do caso concreto será possível chegar à melhor e mais justa solução. Foi assim que nossa Corte Suprema decidiu, com o uso da técnica da concordância prática. Não deve haver um sacrifício de direito, mas sim sua concordância.

Voltando a nossa matéria, transfusão de sangue e as Testemunhas de Jeová, temos que colocar na balança o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. De início pensamos ser um conflito fácil, por óbvio a vida é mais importante. Se assim pensarmos, assumimos que o direito à vida é um direito absoluto, e já sabemos que não é assim que vê a doutrina. Temos que ver o caso concreto para decidir.

Para iniciarmos nossa interpretação, vamos analisar um caso concreto. Uma criança chega a um hospital com risco de vida. Seus pais professam a religião Testemunha de Jeová e, de início, já avisam ao médico que recusam o tratamento com a hemotransfusão. O médico, assim, se vê entre o direito à vida da criança e o direito à religião. Temos o agravante de ser o paciente, menor de idade, em que os representantes legais falam por ele. Que direito deve prevalecer?

Antes de responder a essa pergunta, vamos refletir primeiramente, se há o direito de recusa por parte dos adeptos desta religião. Essa recusa é constitucional? Já vimos que a Constituição Federal assegura o direito à liberdade religiosa. Também, de acordo com o princípio da legalidade, o Artigo 5º, II, da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Assim, não há lei que obrigue o médico a fazer a transfusão de sangue nos adeptos da religião Testemunhas de

Jeová, portanto, eles não podem, por vontade médica, serem constrangidos a sofrer determinada intervenção médica. Uma lei nesse sentido seria até inviável, já que pode haver a possibilidade de tratamento alternativo. Então, sim, a recusa é constitucional e eles podem se recusar a receber o referido tratamento.



Assimile

Ninguém pode ser constrangido a consultar um médico ou submeter-se a um tratamento contra sua vontade livre e consciente manifestada. Assim, quando ciente de um tratamento que deve ser realizado e seus riscos, o paciente dá uma declaração, chamada de consentimento informado.

O médico não pode ultrapassar a vontade de um sujeito, maior, capaz. Deve-se proteger escolhas diferentes baseadas em formas diferentes de ver o mundo, é uma questão cultural e religiosa que deve ser respeitada. Assim, quando se trata de si próprio, a recusa a receber tratamento é autoexecutória em relação ao médico, na medida em que se funde diretamente nos direitos fundamentais envolvidos.

Agora, a questão deve ser tratada diferente se a pessoa correr risco de vida. Vamos ver o que o Código de Ética Médica fala sobre isso!



Assimile

O Código de Ética Médica, instituído por meio da Resolução CFM n. 1.246/88, de 8 de janeiro de 1988, estabelece que é vedado ao médico:

Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida. (CFM, 1988, art. 46)

Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida. (CFM, 1988, art. 56)

Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente. (CFM, 1988, art. 57)

Portanto, interpretando o Código de Ética Médica, se o paciente correr risco de vida, o direito à vida deve prevalecer, inclusive sequer há necessidade de intervenção judicial em caso da necessidade iminente de utilizar a transfusão de sangue para salvar a vida da pessoa. O médico deve fazê-lo, pois deve empreender todas as diligências necessárias para o tratamento do paciente.

Rodrigo Janot, à época Procurador-Geral da República, se manifestou neste sentido, ao se recusarem à transfusão os seguidores da religião que impõem ao médico “a restrição ao exercício ético da profissão, o que equivaleria a uma autorização a que, ao exercer o direito próprio, seja violado o direito de outrem” (PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 2015).



Saiba mais

A Convenção Europeia para proteção de Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano prevê em seu artigo 5º a necessidade de consentimento livre e esclarecido de qualquer intervenção no domínio da saúde, mas no seu artigo 8º dispõe que em casos de urgência, quando não for possível colher o consentimento, poderão ser feitas as intervenções médicas necessárias para garantir a saúde do paciente.

Concluimos, portanto, que o médico deve analisar o quadro clínico geral do paciente para verificar se há ou não a necessidade de transfusão de sangue. Caso não tenha risco de vida, tem que se respeitar a vontade da pessoa e não proceder com o tratamento com hemotransfusão. Caso contrário, os médicos têm que adotar todas as medidas necessárias para salvar a vida do paciente, independentemente da recusa à transfusão de sangue.

Outra situação é quando a vida de um menor está em jogo, uma pessoa que ainda não possui condições para opinar acerca de sua própria vida e confia em seus representantes legais. Sustentam as Testemunhas de Jeová que a decisão do chamado menor amadurecido deve ser respeitada. O menor amadurecido é considerado aquele adolescente que tem maturidade e inteligência suficiente para compreender os benefícios, riscos de intervenções médicas, por exemplo. Se não se tratar de um menor nessas condições, a recusa dos pais deve ser respeitada para também abranger a criança.

Mas, caso haja risco de vida, a situação é vista diferente. De forma mais específica, vamos analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta legislação não coloca expressamente essa questão, mas chegamos lá com a leitura dos artigos 17 e 13, pelo respeito à integridade física e a intervenção do Conselho Tutelar. A verdade é que os pais não podem dispor da vida do filho, então essa recusa pode ser substituída em prol de interesses maiores, principalmente se tratando de direito à vida, sendo necessário o médico recorrer ao Ministério Público para um parecer e decidir qual a melhor solução no caso concreto. Por esses motivos que alertamos que a ponderação de direitos deve ser feita somente no caso concreto, para, assim, determinarmos qual direito deve prevalecer sobre o outro.

Na tentativa de coexistir os dois direitos, a Bioética viu como saída a consideração do tratamento alternativo. A transfusão de sangue não é o único meio de que pode se valer o médico para salvar a vida ou a saúde de um adulto ou de uma criança, que até atingem o mesmo resultado. "São eles: os expansores do volume do plasma, os fatores de crescimento hematopoéticos, a recuperação intraoperatória do sangue no campo cirúrgico, a hemostasia meticulosa, etc." (BASTOS, 2000, p. 26). Portanto, nada impede que os dois direitos sejam observados.

Após essa análise legal e doutrinal, é importante vermos a aplicação deste direito no âmbito penal e cível.

Criminalmente, merece destaque um caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Recurso em sentido estrito n. 993.99.085354-0. 9ª Câmara de Direito Criminal do TJSP. Relator Desembargador Francisco Bruno. Julgado em 28.01.2010), em que os pais de uma criança impediram que ocorresse a hemotransfusão por motivos religiosos, e o médico, da mesma religião, chegou a ameaçar outros médicos para que não houvesse a intervenção. A transfusão de sangue não ocorreu, o que causou a morte da criança. O tribunal entendeu que os pais e o médico deveriam ser julgados pelo tribunal do júri diante da caracterização de homicídio em dolo eventual. Em outro julgamento (Habeas Corpus n. 184.642/5. 9ª Câmara de Direito Criminal do TJSP. Relator Juiz Marrey Neto. Julgado

em 30.08.1989), a conduta do médico não foi tipificada como constrangimento ilegal, mesmo contrariando a vontade expressa do responsável. Estava comprovado o risco de vida da criança e o médico agiu e ministrou a transfusão de sangue, mesmo contrário à vontade dos pais. Nesse mesmo caso, os pais também foram acusados de omissão de socorro, por não terem aceitado a hemotransfusão, mas ficou comprovado o uso de técnica terapêutica distinta. Assim, o juiz entendeu não haver justa causa, pois não houve falta de assistência.

Civilmente, vemos casos envolvendo os planos de saúde. O TJ de São Paulo (Apelação Cível com Revisão n. 442.163-4/1-00. 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP. Relator Caetano Lagrasta. Julgado em 13.06.2007) analisou o caso em que uma paciente escolheu outro hospital que não o conveniado, e, portanto, decidiu que a paciente não tinha direito de reembolso pela troca, pois não estava prevista em contrato. O hospital conveniado comprovou que havia a terapia alternativa. A paciente também não teve direito ao dano moral. O Tribunal do Rio Grande do Sul (Processo n. 70021268982. 5ª Câmara Cível. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 26.09.1997) já decidiu pela desnecessidade de intervenção judicial para a transfusão de sangue. Se o médico entender que há o risco de vida, ele pode intervir com a hemotransfusão. Por fim, destaca-se o julgado do Mato Grosso (Processo n. 22395/2006. 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Relator Desembargador Sebastião de Arruda Almeida. Julgado em 31.05.2006) em que determinou ser dever do Estado a obrigação de fazer um tratamento alternativo.

Então, nós, como aplicadores do direito, temos que considerar todas as hipóteses. Não podemos nos esquecer que num caso de conflitos de direitos como esse, os princípios da Bioética – autonomia, beneficência, não maleficência e justiça – podem auxiliar-nos para decidir pela escolha mais acertada no caso concreto. É uma questão tormentosa, mas o ideal é sempre ter em mente a proteção total da dignidade da pessoa humana.

Após toda essa análise legal, doutrinal e jurisprudencial, somos capazes de responder nossa situação-problema balanceando direitos, correto? Vamos lá!

Iniciamos nossa seção com a apresentação de uma situação-problema. Tratava-se do caso do Dr. Amado, médico cirurgião que se deparou com uma questão extrema, uma gestante, que professa a religião Testemunha de Jeová se recusou a transfusão de sangue para ela e para o seu filho. O bebê nasceu com uma má-formação no coração e precisou de cirurgia. Os pais correram atrás e conseguiram uma liminar para que o hospital arcasse com os custos de um tratamento alternativo à hemotransfusão. Acontece que o bebê estava em risco de vida e precisou da transfusão. Era a última alternativa do médico, senão aceitar a morte do bebê.

Você foi chamado como advogado do hospital. O médico sabia da posição dos pais e mesmo assim fez a transfusão de sangue, colocou a vida da criança acima do direito à religião.

Foi pedido para você esclarecer para o Dr. Amado quais os riscos que ele correu, ministrando o sangue. Ele era obrigado a encontrar métodos alternativos, mesmo com a vida da criança em risco? Pode ser responsabilizado civil ou penalmente pelo ocorrido?

É evidente que o caso é de ponderação de direitos. De um lado o direito à vida e do outro o direito à religião. Ambos direitos fundamentais, com igual valor. Como não temos direitos absolutos, temos que observar o caso concreto para compatibilizar os dois direitos.

Pelo relatado, o paciente estava em risco de vida. Vimos que o Código de Ética Médica é claro ao determinar que é vedado ao médico:

Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, **salvo em iminente perigo de vida**.

Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, **salvo em caso de iminente perigo de vida**.

Art. 57 - Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente.

Então, como advogado do hospital, o ideal é começarmos pensando o que aconteceria se Dr. Amado consentisse com o pedido

dos pais e não procedesse com a transfusão de sangue? O bebê podia morrer. Claro é que, como há o risco de vida, como médico ele tem que agir de todas as formas possíveis para salvar a vida do bebê. Não utilizar da transfusão, em um caso como este, é aceitar a morte. Sendo assim, se Dr. Amado não o fizesse, poderia ser condenado em homicídio por dolo eventual, assim como os pais da criança. Como o caso foi assertivo ao dizer que há o risco de morte e a urgência, o médico tinha que proceder com a transfusão de sangue.

O que se indica é, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, chamar o Conselho Tutelar, bem como requerer judicialmente, em caráter de urgência, a autorização para continuação do tratamento.

Mesmo assim, ainda civilmente, os pais poderiam ajuizar uma demanda cível contra o hospital, requerendo danos morais. É legítimo, entretanto, como vimos, se o fizerem, o caso poderá ser julgado improcedente, pois há o risco de vida da criança, o que vem em primeiro lugar no caso concreto.

Nesse e nos demais casos a serem vistos nesta unidade, podemos utilizar a pesquisa jurisprudencial como uma ferramenta para auxiliar a defender a nossa posição. Vamos treinar, a partir do que foi estudado, e utilizar a jurisprudência indicada para confirmar as teses acima levantadas?

Avançando na prática

Métodos alternativos e o direito à diferença

Descrição da situação-problema

Jacob é um menino de 7 anos, filho de Catarina e Joaquim. Jacob estava brincando na rua de casa quando foi atropelado por um carro desenfreado. No caminho do acidente para o hospital, os paramédicos tentaram de tudo para mantê-lo vivo, mas ele estava perdendo muito sangue. Seus pais o acompanharam até o hospital e apresentaram um documento, oficializado em cartório, em que toda a família era da religião Testemunhas de Jeová e já avisaram para que não houvesse qualquer transfusão de sangue na criança.

Os médicos do hospital fizeram as intervenções necessárias. Os pais chamaram, também, o médico da família para auxiliar nos cuidados, que também professava a religião Testemunha de Jeová. Ao encontrar o médico do hospital, responsável pelos cuidados da criança, o alertou sobre uma nova terapia, alternativa ao sangue, que eram os expansores do volume do plasma. Essa era tão eficaz quanto a hemotransfusão, no caso de Jacob.

Acontece que o médico responsável não deu importância ao que foi dito pelo outro médico e, inclusive, sabia que tinha menos custos para o hospital se ministrasse a transfusão de sangue. Portanto, ignorou o pedido dos pais, tratava-se de uma criança, então para acelerar o processo, realizou a hemotransfusão em Jacob.

Os pais de Jacob, ao saberem da notícia, ficaram desolados. Precisavam correr atrás de seus direitos. Eles procuraram você, advogado especialista em Bioética e Biodireito, para cuidar da situação. Em suma, quais os argumentos que utilizaria para requerer os direitos dos pais da criança? Que tipo de indenizações pediria?

Resolução da situação-problema

Essa situação se torna mais séria diante da negativa expressa da paciente e a ação do médico exatamente contrária. Vimos que, se houver o risco de vida inevitável, o médico pode ultrapassar o direito à religião e prosseguir com a transfusão de sangue, mas caso contrário, o direito à religião é tão importante quanto o direito à vida, eles são direitos fundamentais horizontais.

Evidente que o direito à religião deve ser respeitado. A legislação e jurisprudência dizem que o médico é obrigado a respeitar e não proceder com a transfusão se houverem meios alternativos.

O Código de Ética Médica é claro ao determinar que é vedado ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal. Assim, o médico pode ser responsabilizado civilmente por ter ministrado o sangue, tendo uma alternativa viável apresentada por outro médico. Poderia ser feito um pedido de dano moral.

A criança não sofria risco de vida e havia meio alternativo, portanto, deve-se respeitar o direito à religião e o direito à diferença, mesmo que não concordemos.

Faça valer a pena

1. O Direito de recusa a tratamento médico específico, por causa de uma determinação da religião, é garantido constitucionalmente. Isso porque, de acordo com o artigo 5º, VII, é assegurado(a) _____. Além do mais, através do _____ ninguém será obrigado a fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Entretanto, pode ser que _____ da pessoa esteja em risco. Assim, é necessário no caso concreto ponderar os direitos.

Marque a alternativa que indica o preenchimento correto das lacunas encontradas no texto:

- a) a livre manifestação do pensamento; princípio da eficiência; direito à vida.
- b) o livre exercício dos cultos religiosos; princípio da legalidade; direito à vida.
- c) o direito de indenização; princípio da proporcionalidade; direito à imagem.
- d) o direito de consentimento; princípio da legalidade; direito à moral.
- e) a livre expressão da atividade intelectual; princípio da legalidade; direito à imagem.

2. Mário, advogado de Túlio e Juliana, médico e enfermeira, foi contratado para defendê-los em um processo penal, em que foram acusados de omissão de socorro. Isso porque, há três anos atrás, eles estavam em um culto em sua igreja da religião Testemunhas de Jeová, quando ocorreu um grande incêndio. Uma das participantes do culto ficou gravemente ferida. Eles a acompanharam até o hospital e não a deixaram receber transfusão de sangue. Em contrapartida, cuidaram-na e ministraram-na uma terapia alternativa. Houve uma certa demora na recuperação, mas ela ficou bem. Mesmo assim, o Ministério Público os acusou de omissão de socorro.

Tendo em vista o estudado, a legislação e jurisprudência pátria, qual será, possivelmente, o resultado do processo acompanhado por Mário?

- a) Tulio e Juliana serão condenados por omissão de socorro, pois não cuidaram efetivamente da saúde de sua colega de culto.
- b) Tulio e Juliana serão condenados por omissão de socorro, mas terão a sua pena suspensa, pois a colega de culto se recuperou.

- c) Tulio e Juliana serão inocentados, eles sequer poderiam ter sido acusados de omissão de socorro, já que, mesmo com o meio alternativo, eles a auxiliaram na recuperação.
- d) Tulio e Juliana serão inocentados pelo crime de omissão de socorro, mas deveriam ser condenados por tentativa de homicídio em dolo eventual, pois colocaram a vida da colega em risco.
- e) Tulio e Juliana serão condenados por omissão de socorro e deveriam ser condenados também por tentativa de homicídio em dolo eventual, pois colocaram a vida da colega em risco.

3. O sistema de saúde público de um Estado pode também ser acionado judicialmente para promover uma terapia alternativa à transfusão de sangue, já que o direito de recusa é garantido constitucionalmente. O Tribunal do Mato Grosso foi assertivo ao dizer: “Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispensem-na”.

Correlacionando os direitos que estão em jogo quando se fala da recusa da transfusão de sangue e o papel do Estado, marque a alternativa correta:

- a) A transfusão de sangue deve ocorrer em qualquer situação mesmo que inexista risco de morte e aceitação do paciente.
- b) O Estado brasileiro ainda não pode se comprometer totalmente a respeitar o direito à religião, pois não possui instituições que ofereçam a hemoterapia alternativa.
- c) Caso seja realizada a hemotransfusão, sem o consentimento, essa ação pode ser considerada crime, mesmo que haja risco de vida do paciente.
- d) O enfermeiro nunca é responsabilizado, ele deve realizar a transfusão de sangue, independente da situação, desde que esteja prescrita pelo médico.
- e) Se a transfusão de sangue for necessária para a sobrevivência do paciente, o procedimento correto é o hospital requisitar decisão jurídica para proceder com a hemoterapia, caso ela seja recusada.

Seção 4.2

Aspectos legais sobre o transplante

Diálogo aberto

Caro aluno, seja bem-vindo à Seção 4.2. Vamos continuar no ambiente médico e estudar sobre transplante de órgãos e tecidos. Se recorda que na seção anterior estudamos transfusão de sangue e o direito de recusa? Nela estudamos um pouco sobre o Código de Ética Médica, certo? Aqui seguiremos com essa temática, dando enfoque a um sério problema que é a ausência de doadores de órgãos diante de uma grande quantidade de pessoas na lista de espera.

O transplante de órgãos e tecidos no Brasil já foi um assunto tabu. Hoje em dia, houve uma evolução no estudo e na aceitação da população sobre o tema e o número de transplantes tem crescido. No primeiro semestre de 2017, o número aumentou em 15,7% se comparado com o mesmo período de 2016. As técnicas têm se especializado, mas a lista de espera ainda é grande. A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS coloca a necessidade de políticas públicas para um maior esclarecimento da população em torno do tema.

Vamos, nesta seção, entender como o assunto é tratado dentro do Direito. Através de um caso concreto, podemos entender como se dá a aplicação legal do tema. Vamos lá?

Dr. Amado está em uma noite tensa de plantão, um acidente na principal rua da cidade o deixou sem tempo até para respirar. Após alguns momentos de tensão, relacionados com uma transfusão de sangue, foi atender outra vítima do acidente. Ao ver o nome do paciente, notou que já o conhecia: era Salvador que, além de ser um antigo paciente de Amado, pois tem um grave problema no coração e está na lista de transplante, é um famoso ator de novelas.

O paciente corria sério risco de vida, pois o acidente havia agravado o seu problema cardíaco. Dr. Amado iniciou os procedimentos e fez

todo o possível para que Salvador fosse para o topo da lista única de transplantes. Entretanto, ele ainda estava em terceiro lugar, pois haviam pacientes em estado mais grave.

A mãe de Salvador, Janaina, entrou em contato com o advogado da família como sua última esperança, para que ele iniciasse um processo requerendo ao juiz que Salvador fosse para o topo da lista e o próximo a receber o coração, afinal Salvador era uma pessoa famosa, necessitava mais do coração do que outros doentes; solicitou que ele fizesse um texto oficial para veicular na televisão e nas redes sociais o estado de Salvador e pedir publicamente para que alguém lhe destinasse o coração de algum doador *post mortem*; e, por fim, o colocou a parte da negativa do plano de saúde de lhe cobrir o tratamento e transplante, uma vez que estava no contrato que o plano não cobria esses procedimentos. Em contrapartida, Janaina teria que pagar cem mil reais por toda a cirurgia do filho.

Imagine que você é o advogado contratado pela família. É necessário fazer um parecer oficial para apresentar a Janaina sobre a viabilidade de seus pedidos junto ao Judiciário. Com isso, já podemos treinar para o parecer jurisprudencial que será entregue na próxima seção. Hum, vamos necessitar do Biodireito para responder a essas perguntas. Vamos lá?

Não pode faltar

Prezado aluno, vamos agora avançar um pouco mais em nossos estudos sobre Biodireito. Até agora vimos questões de difícil análise, em que tivemos que até balancear direitos. Entramos, nesta unidade, em um estudo mais específico sobre o direito médico. Na seção anterior discutimos sobre a transfusão de sangue e o direito de recusa. Agora, vamos estudar sobre questões legais sobre o transplante. Iniciamos nosso estudo com o conceito de transplantes, veremos a legislação referente ao assunto e questões jurídicas como a cobertura do plano de saúde. Em termos científicos, o transplante é considerado uma das maiores conquistas da cirurgia moderna, mas também apresenta grandes obstáculos ético-jurídicos que discutiremos e resolveremos nesta seção.

A todo tempo, vemos na TV, nos jornais ou lemos na internet, problemas envolvendo essa temática, como, por exemplo, a escassez de órgãos para transplante. Existem milhares de pessoas que foram diagnosticadas com alguma doença cujo único tratamento é o transplante. Essas pessoas poderiam, então, voltar a sua vida diária e ao mercado de trabalho. A sociedade cumpre, assim, o princípio ético da beneficência.

O transplante de órgãos e tecidos é um dos procedimentos médicos mais complexos e consiste na “amputação ou ablação de um órgão com função própria, de um organismo para ser instalado em outro e exercer as mesmas funções” (NANDA, 2015, p. 203). Pode ser feito com órgãos, tecidos e até células de um doador para um receptor. O primeiro transplante de que se tem notícia é datado do século II a. C., na Índia, para tratamento de queimaduras e ferimentos graves. Depois disso, a técnica foi se especializando, chegando a ter um caso de transplante de rosto, que ocorreu no início de 2017 em uma cirurgia com duração de 56 horas, nos Estados Unidos da América.

O período entre a retirada de um órgão de uma pessoa e o transplante para terceiro é chamado de isquemia, e é determinante para sua viabilidade e sucesso da operação. Por exemplo, fígado e pâncreas têm que ser retirados antes da parada cardíaca e podem ficar de 12 a 24 horas fora do corpo. Já as córneas se preservam até sete dias fora do corpo.

Acontece que o transplante de órgãos não chega ao número esperado por falta de doadores. Essa grande demanda mobiliza um mercado criminoso paralelo. Estamos falando do tráfico de órgãos, nacional e internacional. A Câmara dos Deputados mobilizou até uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar esses crimes no Brasil e analisou três casos que ocorreram em 2004. Há inquéritos, nos estados de São Paulo e Minas Gerais, de órgãos que denunciam uma possível máfia entre médicos que retiram os órgãos de pacientes ainda vivos para depois declararem sua morte. Alguns médicos foram presos e condenados por transplante irregular.

De acordo com a OMS (Organização Mundial de Saúde), 5% de todos os transplantes realizados no mundo têm ligação direta

com o tráfico de órgãos. A atuação dessas quadrilhas se apoia na desigualdade social, vai até países pobres e pagam para que pessoas ricas e influentes possam obter os órgãos que necessitam para viver.



Pesquise mais

Parece cena de filme de terror, aquela em que a pessoa acorda em uma banheira com gelo, possivelmente sem algum órgão no corpo. Infelizmente, essa é a realidade em alguns países ao redor do mundo. É o que mostra o documentário "Tráfico de Órgãos – Terceiro crime organizado mais lucrativo do mundo". (Assistir 00:00 – 08:29)

Para coibir esse tipo de crime, a Lei 9.434/1997, conhecida como a Lei dos Transplantes, permite apenas a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento. Ou seja, lucrar com o sofrimento alheio é proibido por lei. O tráfico de órgãos foi tipificado, os artigos 14 e 15, da Lei referida acima, colocam as sanções penais que vão de reclusão de no mínimo três anos para no máximo doze anos, bem como aplicação de multa, a depender do crime.

O Código de Ética Médica também veda ao médico participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou tecidos humanos.



Refleta

E se o comércio de órgãos fosse legal, desde que fossem cumpridos todos os requisitos de segurança e saúde? O estudioso de Bioética, Joel Pinheiro, entende que a proibição de venda reduz as chances de o paciente conseguir o transplante, e a venda poderia dar esperança para famílias carentes. O que você acha sobre essa posição?

A CPI do Tráfico de Órgãos analisou os casos que foram denunciados e alertou para a necessidade de denúncia dos crimes. Os médicos são obrigados a seguir as leis e os protocolos. Viu-se que em alguns casos de delitos, a quadrilha de médicos cometia o crime de mistanásia, em que transformava uma pessoa em coma em doadora de órgãos, atentando contra a sua vida.



Rechaçar o comércio ilegal de órgãos é uma medida necessária para combater a relativização do valor da pessoa humana. Foi a forma decidida na jurisprudência do TRF da 5ª Região no Habeas Corpus HC 1839 PE 2004.05.00.004735-8 (TRF-5) e Habeas Corpus HC 2179 PE 2005.05.00.015836-7 (TRF-5). Destaca-se aqui a parte final:

em razão de tratar-se de crime cuja prática afeta a garantia da ordem pública, por ofender a própria dignidade humana e o nome do país, que, não bastando a vergonha de ter entre os seus filhos escravas sexuais levadas para os países ricos europeus, sofre agora a ignomínia de ver brasileiro[s] miseráveis sendo levados para o exterior para vender órgãos de seu corpo.” (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Habeas Corpus n. 2179. Processo n. 2005.05.00.015836-7. Relator Desembargador Federal Petrucio Ferreira. Julgado em 14 de junho de 2015).



Para evitar esse tipo de crime, a Lei dos Transplantes impõe o momento certo para que ocorra a extração de tecidos, órgãos ou partes do corpo em caso de morte. O marco é a morte encefálica. Já estudamos sobre esse momento na unidade anterior, se recorda? A morte cerebral é a definição legal de morte, que consiste na completa e irreversível parada de todas as funções do cérebro. Os médicos confirmam esse diagnóstico através de protocolos específicos baseados em sólidas normas médicas. Dentre elas, um angiograma cerebral, em que se verifica a ausência de fluxo sanguíneo que chega ao cérebro e a ausência de respiração natural. Os critérios mais específicos serão delineados pelo Conselho Federal de Medicina.

Vamos ver como se dá o procedimento para a retirada dos órgãos e tecidos, após declarada a morte cerebral? A morte encefálica tem que ser constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, e a lei ainda autoriza a presença do médico de confiança da família do falecido para confirmar a morte antes da doação de seus órgãos. Após essa declaração, a família é questionada sobre a possibilidade de doação dos órgãos.



Após a morte encefálica e o consentimento da família para a doação de órgãos, o procedimento para a doação é o seguinte: 1. notificar as Centrais Estaduais de Transplantes (CET) da unidade federada onde ocorreu a morte; 2. caso o estabelecimento de saúde não tenha autorização para o transplante, deverá permitir que a equipe médico-cirúrgica de remoção e transplante tenha acesso ao paciente e ainda fornecer todo o apoio operacional; 3. a equipe de remoção poderá ressarcir o estabelecimento de saúde, caso seja necessário; 4. o cadáver então, após a retirada dos órgãos ou tecidos, é necropsiado e condignamente recomposto para ser entregue aos familiares para sepultamento.

Caso haja a morte sem assistência médica, ou óbito em decorrência de uma causa mal definida, a remoção dos órgãos ou tecidos para transplante somente ocorrerá depois da autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia. É proibida por lei a retirada de órgãos e tecidos de pessoas não identificadas. Importante lembrar que a pessoa juridicamente incapaz poderá doar seus órgãos, *post mortem*, desde que ambos os pais consentam, ou seus representantes legais.

Mas é só os juridicamente incapazes que precisam do consentimento do representante legal? É necessário o consentimento da família para a doação de órgãos em caso de morte? Quem pode fazer a autorização para a doação de órgãos e tecidos? A Lei 10.211/2001 alterou a Lei 9.434/97, a Lei dos Transplantes. Antes de 2001, a autorização era presumida, salvo manifestação de vontade em contrário. Era o critério de doação voluntária. Agora, é necessária a autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, respeitada a linha sucessória reta ou colateral até o segundo grau. O documento tem que ser assinado por duas testemunhas presentes na verificação da morte. Será que essa alteração legal fez com que os transplantes diminuíssem?

Mas e o que acontece se o falecido fez uma manifestação expressa em vida, de sua vontade de doar e a família se negar ao transplante? Essa pergunta foi respondida pelas jornadas de direito

civil. O artigo 4º da Lei n. 9.434/97, esse que prevê o consentimento de um membro da família, somente será válido se houver o silêncio do potencial doador. Caso tenha se manifestado em vida, valerá a vontade do doador.

Também vemos nos filmes, novelas, ou até passamos por outra experiência, o transplante de órgãos entre vivos. A legislação permite essa doação, a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuges ou parentes consanguíneos até o quarto grau. Mas, caso um amigo precise, não é possível ajuda-lo? Sim, é. A lei autoriza a doação para qualquer outra pessoa desde que seja autorizado judicialmente, exceto em caso de doação de medula óssea.



Refleta

Mesmo sendo informado previamente sobre as consequências e riscos possíveis da retirada de tecidos ou órgãos, o seu ato de liberalidade é uma forma de dispor de um direito fundamental que é a integridade física. Como é possível a lei permitir esse transplante? Para você, qual é a possível justificativa do legislador?

De qualquer forma, algumas restrições são colocadas: a doação referida, entre vivos, só é possível se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos ou tecidos, cuja retirada não impeça o doador de continuar vivendo, sem risco à sua integridade ou saúde, não pode causar mutilação ou deformação inaceitável.



Assimile

De acordo com a Lei n. 9.175/2017, que regulamenta a já citada Lei n. 9.434/97, em seu artigo 29, §4º, a doação entre vivos somente será válida com documento escrito firmado por duas testemunhas, contendo: I - o tecido, o órgão, a célula ou a parte do seu corpo que doará para transplante ou enxerto; II - o nome da pessoa beneficiada; e III - a qualificação e o endereço dos envolvidos.

Evidente é que o receptor tem que necessitar do tratamento e consentir com o recebimento do órgão ou tecido. Esse consentimento tem que ser expresso e o receptor tem que estar inscrito na lista única de espera. Se o receptor for juridicamente

incapaz, a manifestação é feita por seus pais ou representantes legais. Ele também tem que consentir com os riscos, tidos pela equipe médica de transplante como aceitáveis. Esses requisitos são cumpridos para respeitar a dignidade do receptor.

Tanto na doação após a morte como na entre vivos, exigem-se alguns exames de compatibilidade entre doador e receptor, bem como não há de se admitir que haja transmissão de alguma doença.

Como dito, a Lei n. 9.175/2017, que regulamenta a já citada Lei n. 9.434/97, e dispõe sobre as finalidades dos diversos órgãos estatais ligados ao transplante de órgãos e tecidos. Dentre eles, o Sistema Nacional de Transplantes, que tem como atribuição, dentre outras, gerenciar a lista única de espera de receptores, para que esteja disponível toda a informação necessária para os transplantes. Também é de sua atribuição determinar o destino dos órgãos e tecidos, quando retirados para transplante em qualquer parte do país.

A lista única de espera é constituída por uma lista regional, estadual, macrorregional e nacional. Os requisitos para os candidatos a receptores serão determinados pelo Ministro do Estado da Saúde. Em contrapartida, as Centrais Estaduais de Transplante gerenciam os cadastros, que são inscritos pela equipe médica local. Quem cuida da logística e distribuição dos órgãos e tecidos é a Central Nacional de Transplantes. Esse organismo estatal que recebe as notificações de não utilização de algum órgão ou tecido e o disponibiliza para o receptor subsequente e os aloca, para otimizar e garantir o melhor aproveitamento desses tão importantes órgãos que poderão salvar vidas.

A principal característica das listas é que não são por ordem de chegada, em que o primeiro que se inscrever receberá o órgão e assim sucessivamente. Isso porque existem critérios que devem ser observados, e a compatibilidade dos órgãos com as pessoas inscritas. Além da gravidade do estado de saúde do paciente, já que é determinante o tempo de espera nesse caso.

Não cabe ao Judiciário indicar a ordem correta ou requerer que seja determinado que alguém passe à frente na fila. Exceto se demonstrada alguma irregularidade no hospital. Essa foi a decisão no Tribunal de Justiça de São Paulo. O relator assim dispôs: "sendo (os

órgãos) atribuídos a quem de direito segundo os critérios técnico-médicos e o lugar da lista de cada receptor, até que chegue a vez da autora” (TJSP, 2005). Ou seja, os critérios médicos que determinam o local da fila de cada pretensão receptor.



Exemplificando

Os pretendentes receptores para transplante de fígado têm que fazer exames periódicos a fim de mensurar a gravidade de sua doença, através de um índice matemático (chamado *Model for End-stage Liver Disease*). Quanto maior o resultado, mais à frente na lista o paciente está. Ou então, pode ser que fique disponível um órgão com tipo sanguíneo A, por exemplo, então o receptor será o primeiro da lista com esse tipo sanguíneo, não necessariamente na ordem da lista.

Em alguns casos, entretanto, é necessário ajuizar processo para respeitar a fila, diante de complicações de organização dos transplantes. Foi o que ocorreu em São Paulo. A autora do processo, pretensa receptora, registrada na lista de espera, explanou que no hospital em que está inscrita há somente 20 leitos para transplantes renais, e estes estão permanentemente ocupados. Assim, fica inviável a realização de transplantes de outros órgãos que, quando disponíveis, vão para outro hospital e então beneficiam interessados pior colocados na lista. O agravo da antecipação de tutela foi parcialmente provido para assegurar à autora o seu direito, respeitando-se a lista. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de instrumento n. 153.529-5. Relator Desembargador Torres de Carvalho. Julgado em 05.04.2000).

A inscrição na lista de espera, feita pela equipe médica, quando cumprido os requisitos, não confere ao pretense receptor, ou a sua família, direito subjetivo se o transplante não se realizar em decorrência de alteração do estado dos órgãos, tecidos ou partes do corpo que lhe seriam destinados.

Também, não há que se ter a pretensão de qualquer indenização caso não se faça transplante de um órgão doado. Esse foi o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Foi requerido pela genitora do doador um pedido de danos morais pela não realização do transplante *post mortem* do fígado de seu filho. O juiz entendeu que não era cabida tal pretensão, “a atitude, humana e altruística da

autora, de forma alguma pode ser compensada financeiramente, até porque a dor por ela sentida não tem preço”, e ainda completou, “se não foi completa diante da não realização do transplante do fígado, foi bem sucedida com relação a outros órgãos, também doados (rins e córneas), o que vem a demonstrar que não houve descaso” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Apelação Cível n. 20040111103744. Relator Desembargador Luciano Moreira Vasconcelos. Julgado em 19.10.2011).

Importante, ainda, vermos como fica a situação dos contratos de plano de saúde quando há necessidade de realizar um transplante de órgãos e tecidos, um procedimento médico de alta complexidade. Sabemos que os planos de saúde são regidos por contratos, em muitos casos de adesão, regidos também pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, a realidade prática no Brasil é que os contratos de planos de saúde, assinados antes de 1998, tinham uma cláusula expressa excluindo da cobertura do plano os transplantes de qualquer tipo. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor já se pronunciou indicando que essa prática é abusiva e, se estiver disposto no contrato desta forma, deverá ser declarada nula.

Além do mais, em 1998 foi promulgada a Lei n. 9.656, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Esta, em seu artigo 10, coloca os tratamentos que são excluídos da cobertura assistencial, constam tratamentos estéticos ou experimentais, mas os transplantes de órgãos e tecidos não estão no rol. Em seu parágrafo 4º, coloca que a amplitude das coberturas, inclusive dos transplantes e procedimentos de alta complexidade será definida por normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Em 7 de novembro de 2017, a ANS publica a Resolução Normativa n. 428, que fornece o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde atualizado, constituindo uma referência básica para cobertura assistencial mínima. Por esta disposição, o transplante de medula óssea, por exemplo, é de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, entretanto, os outros transplantes seguem uma legislação específica e constam em um extenso rol nos anexos da resolução. Os exames e procedimentos pré e pós transplantes são considerados procedimentos de urgência e emergência. De acordo com a ANS é necessário verificar o caso concreto e a

complexidade da cirurgia para saber se o plano de saúde abrange ou não o procedimento.



Atenção

Entretanto, a fim de proteger o consumidor, o Tribunal de Justiça de São Paulo sumulou sobre o assunto da seguinte forma:

Súmula 96: "Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento";

Súmula 102: "Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS"

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, também já decidiu pela abusividade na negativa do plano em cobrir a cirurgia do transplante de órgãos ou tecidos. A "cláusula excludente é abusiva e deixa o consumidor a mercê da onerosidade excessiva perpetrada pela seguradora" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 1.053.810/SP. Relator Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 17.12.2009). Portanto, a cláusula contratual que nega a cobertura do plano de saúde para o transplante é nula.

Por fim, importante ressaltar um último detalhe, a Lei dos Transplantes proíbe a veiculação por qualquer meio de comunicação social de anúncios sobre a publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplante; apelo público para doação de tecidos ou órgãos; e apelo público para arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto. O Sistema Único de Saúde pode, entretanto, realizar periodicamente campanhas de esclarecimento público sobre os benefícios de autorização de transplantes.

Mais uma vez, o Biodireito, junto ao direito médico, nos mostra a necessidade de equilibrar e aplicar os princípios bioéticos da autonomia, da beneficência e da não maleficência. Procura-se resguardar a dignidade do doador e a beneficência ao receptor. Agora que já sabemos sobre transplantes de órgãos e tecidos, vamos aplicar nossos conhecimentos em casos concretos? Boa sorte e até a próxima seção!

Sem medo de errar

A situação-problema proposta nesta seção trata de Biodireito e direito médico. Para responder, necessitaremos de um estudo aprofundado da Lei de Transplantes e a jurisprudência colacionada no "Não pode faltar". Vamos lá?

A situação colocava o caso de Salvador, paciente do Dr. Amado, com problemas cardíacos e que teve um agravamento devido um acidente sofrido. Destaca-se que o médico fez de tudo o possível para que Salvador fosse para o topo da lista de transplantes, mas ainda haviam dois casos mais sérios que o dele.

Tendo em vista essa situação, a mãe de Salvador procurou você, o advogado da família, para que tentasse resolver o caso judicialmente. Em suma, a mãe de Salvador queria que o juiz determinasse que seu filho fosse para o topo da lista; bem como, queria fazer pedidos públicos para que fosse destinado um órgão para ele; e, por fim, que o plano de saúde cobrisse os custos da cirurgia e do transplante, uma vez que, haviam se negado, e em contrapartida lhe seria cobrado o valor de cem mil reais.

O objetivo do caso é correlacionar três itens estudados durante a seção. Como advogados de Biodireito, temos que estar aptos a analisar os pedidos propostos pela parte e refletir se são viáveis judicialmente ou não. Vimos que o Brasil adota a lista única de transplantes, em que as pessoas são descritas de acordo com o seu grau de necessidade e não por ordem de chegada; os médicos fazem exames específicos para configurar o grau de cada paciente. São necessários requisitos objetivos em prol da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. Não é concebível que alguém passe à frente na fila somente porque é famoso. Vimos também que o Judiciário não é quem determina a ordem da lista; os médicos que têm a função e os requisitos para tanto. Então, o primeiro pedido de Janaina não poderá ser concedido. Diferente seria se o médico tivesse sido negligente e se omitido em suas funções. Se assim o fosse, o juiz poderia determinar o transplante.

O segundo pedido é proibido por lei. A Lei dos Transplantes, em seu artigo 11, proíbe a veiculação por qualquer meio de comunicação

social de anúncios sobre a publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplante; apelo público para doação de tecidos ou órgãos; e apelo público para arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto.

Por fim, poderemos auxiliar Janaina com o pedido junto ao plano de saúde. Apesar de o contrato assinado com o plano estipular a exceção de cobertura em caso de transplantes, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela abusividade na negativa do plano em cobrir a cirurgia do transplante de órgãos ou tecidos. A “cláusula excludente é abusiva e deixa o consumidor a mercê da onerosidade excessiva perpetrada pela seguradora” (STJ, 2010). O excesso por parte do plano de saúde é claro no caso descrito; a cobrança de cem mil reais para a cirurgia é arbitrária, até porque está ligada ao direito à saúde e à vida do receptor. Portanto, a cláusula contratual que nega a cobertura do plano de saúde para o transplante é nula. Assim, poderá ser ajuizada uma ação no âmbito cível, requerendo como tutela antecipada a cobertura do plano, para que, quando houver o órgão para ser transplantado em Salvador, todos os custos sejam pagos pelo plano de saúde.

Avançando na prática

Legitimidade para autorizar a doação de órgãos ou tecidos

Descrição da situação-problema

Tobias era considerado um ativista, se envolvia em diversas causas para tentar ajudar a sociedade em que vivia, fazia constantemente trabalhos de caridade no hospital e viu a realidade das pessoas que estavam na lista de espera de transplante. Preocupado com isso, fez um documento em cartório em que deixava clara a sua vontade de doar todos os seus órgãos quando falecesse. Infelizmente, sua morte foi precipitada diante de um acidente. Depois de constatada a sua morte cerebral pela equipe de remoção e transplantes, os pais de Tobias foram procurados para consentir a doação de seus órgãos.

A verdade era que Tobias ainda respirava por causa dos aparelhos. Os pais não aceitavam a morte prematura do filho, por isso pediram, primeiro, para que a morte encefálica de seu filho fosse constatada

pelo médico de família, o que não foi autorizado pelo hospital. Depois, mesmo cientes da vontade expressa de Tobias, os pais não consentiram com a doação. Não queriam ver seu filho desfigurado e ainda achavam que a morte cerebral podia ser revertida por algum tratamento. Os médicos tiveram conhecimento do referido documento e recorreram ao advogado para que tomasse as medidas judiciais cabíveis.

Imagine que você é o advogado do hospital, especialista em Biodireito e direito médico, tendo em vista o estudado sobre os aspectos legais sobre transplante, questiona-se: os procedimentos do hospital foram corretos para a constatação da morte encefálica? E qual vontade deve ser respeitada neste caso: a dos pais ou a de Tobias?

Resolução da situação-problema

Importante ressaltar que houve dois procedimentos equivocados por parte dos médicos, os quais é papel do advogado informar ao hospital. Primeiro, a morte encefálica deve ser constatada por dois médicos, mas não podem fazer parte da equipe de remoção e transplante. Isso para dar transparência e objetividade na constatação da morte do pretense doador. Além disso, a lei de transplantes autoriza que um terceiro médico, indicado pela família, possa também fazer os exames para constatar a morte cerebral.

Depois, a Lei 10.211/2001 alterou a Lei 9.434/97, a Lei dos Transplantes. Antes de 2001, a autorização da doação era presumida, salvo manifestação de vontade em contrário. Era o critério de doação voluntária. Agora, é necessária a autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, respeitada a linha sucessória reta ou colateral até o segundo grau. O documento tem que ser subscrito por duas testemunhas presentes na verificação da morte.

Entretanto, no caso em tela, o falecido fez uma manifestação expressa em vida de sua vontade de doar seus órgãos. Mas seus pais preferiram não respeitar e não acataram com a doação. A doutrina cível já se manifestou para a resolução dessa celeuma. O artigo 4º da Lei n. 9.434/97, esse que prevê o consentimento de um membro da família, somente será válido se houver o silêncio do potencial doador. Caso tenha se manifestado em vida, valerá a vontade do doador.

Faça valer a pena

1. O transplante de órgãos e tecidos é um dos procedimentos médicos mais complexos, isso porque se tem que agir contra o tempo para que o órgão retirado de um doador esteja em condições para ser implantado no receptor. Isquemia é o nome do período de tempo determinado por cientistas desde a retirada até a efetivação do transplante. Acontece que há duas situações em que se pode fazer a doação de órgãos e requisitos determinados para isso.

Tendo em vista a legislação estudada sobre o assunto, notadamente, a Lei de Transplantes, assinale a alternativa correta que descreve os dois momentos de retirada de órgãos e o seu requisito.

- a) *Post mortem*, órgãos viáveis para transplante e morte respiratória ou cerebral constatada por dois médicos; Entre vivos, órgãos duplos, disposição gratuita de órgãos do corpo vivo.
- b) *Post mortem*, órgãos viáveis para transplante, e morte cerebral constatada por dois médicos; Entre vivos, qualquer órgão ou tecido do corpo, feita a qualquer pessoa, disposição gratuita de órgãos do corpo vivo.
- c) *Post mortem*, qualquer órgão ou tecido do corpo e morte respiratória constatada por um médico; Entre vivos, órgãos duplos, disposição gratuita ou onerosa de órgãos do corpo vivo.
- d) *Post mortem*, órgãos viáveis para transplante e morte cerebral constatada por dois médicos; Entre vivos, órgãos duplos, disposição gratuita de órgãos do corpo vivo.
- e) *Post mortem*, órgãos viáveis para transplante e morte cerebral constatada por dois médicos; Entre vivos, qualquer órgão ou tecido do corpo, disposição onerosa de órgãos do corpo vivo.

2. Gilberto é um médico que faz parte da equipe de transplantes do hospital de uma grande cidade brasileira. Eles haviam recebido a notícia de que havia um fígado para o transplante. A lista única de transplante, determinada por base no critério MELD (*model for end-stage liver disease*), colocou Sergio como primeiro da lista: ele tem 48 anos, é alcoólatra com cirrose hepática e está na fila de espera há dois anos. O segundo da fila é Antônio, adolescente de 15 anos, portador de uma doença congênita, que espera o fígado há dez anos. A equipe médica se coloca diante de um debate ético, a quem destinar o órgão?

Tendo em vista os conceitos estudados, bem como a legislação e os princípios pertinentes ao Biodireito, marque a alternativa correta.

- a) De acordo com o princípio bioético da beneficência, os médicos devem fazer o bem ao paciente, portanto o correto é destinar o fígado ao adolescente de acordo com o seu tempo de espera.
- b) De acordo com o princípio da igualdade, não cabe aos médicos indicarem quem tem o direito à vida, devem respeitar a objetividade do exame MELD e a lista de transplantes.
- c) De acordo com o princípio bioético da justiça, a distribuição justa dos recursos técnicos e dos serviços da saúde, deve se destinar o fígado ao adolescente que lhe fará melhor proveito.
- d) De acordo com o princípio bioético da sacralidade da vida humana, os médicos devem fazer o bem ao paciente, portanto o correto é destinar o fígado ao adolescente, de acordo com sua idade.
- e) De acordo com o princípio bioético da qualidade de vida, o fígado deve ser destinado ao adolescente, já que Sergio é alcoólatra.

3. Fernanda, esposa de Afonso, ajuizou uma ação cível com pedido de danos morais contra o Hospital de sua cidade. O objeto da ação era porque ela tinha autorizado a doação de todos os órgãos de seu esposo depois de constatada a sua morte cerebral. Acontece que o hospital fez o transplante dos rins e córneas, mas não foi possível a doação do fígado.

Tendo em vista o estudo da legislação e da jurisprudência pertinentes ao assunto, marque a alternativa correta sobre o possível resultado dessa ação proposta.

- a) Evidente que houve descaso do hospital, portanto, o pedido de danos morais deve ser julgado procedente.
- b) A ação deve ser extinta sem mérito, Fernanda não poderia ajuizar a ação pois não é legítima para tanto, já que Afonso não a tinha deixado procuração.
- c) A ação deve ser julgada improcedente. Não é cabível compensar financeiramente a autora pela doação e não houve descaso do hospital, já que fez o transplante dos outros órgãos.
- d) A ação deve ser julgada procedente. A atitude altruísta da autora deve ser compensada monetariamente.
- e) A ação deve ser julgada extinta sem mérito. Não há possibilidade jurídica do pedido, uma vez que o tempo de isquemia já foi ultrapassado e o órgão está inutilizado.

Seção 4.3

Direito e a identidade sexual

Diálogo aberto

Boas-vindas à nossa última seção, caro aluno! É certo que tivemos um longo percurso pelas possibilidades do Biodireito, mas ainda, precisamos de um último grande debate. Chegamos, nesta última seção, a um importante assunto: o direito e a identidade sexual.

Ao refletirmos sobre como a diversidade e a pluralidade se manifestam em nossa sociedade, vemos exemplos de diferenças étnicas, culturais, religiosas. Cada um pode decidir sobre o que é melhor para si. Devemos, então, respeitar para sermos respeitados. As questões sobre gênero e sexualidade têm ganhado grande relevo na mídia, nas redes sociais, na política. Debates que precisam cada vez mais serem incorporados em nosso cotidiano, em busca da garantia da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade.

Nesta seção vamos falar sobre identidade de gênero e transexualidade, em especial o direito do transexual de não ser discriminado e de ter garantida a sua identidade, para que possa viver de acordo com o gênero que lhe convém. Somente assim, o seu direito à cidadania se completará. Nosso objetivo como juristas é pensar em políticas públicas que legitimam formas de inclusão, para chegarmos a um real direito de igualdade.

Para tanto, mobilizamos uma situação-problema, envolvendo esse assunto. Dr. Amado ainda tinha mais um caso para ser tratado. Marcele é uma adolescente de 17 anos que chegou ao hospital porque tinha tentado suicídio. Os pais de Marcele estavam aflitos, pois tinham tentado de tudo para que sua filha melhorasse da depressão que lhe acometia, mas esta chegou ao ápice com a tentativa de se matar.

Marcele, desenvolveu depressão porque é transexual, não se identifica com o gênero mulher. Desde criança sente que “nasceu no corpo errado”. Sua depressão piorou desde que sua solicitação de mudança de registro civil não foi acatada pelo cartório de sua cidade. Marcelle, em seu dia a dia, já é tratada por Marcelo e desejava modificar os seus documentos. A Lei de Registros Públicos era bem clara, o seu nome não é vexatório, portanto, não há motivo para a alteração. Após os cuidados paliativos necessários para que Marcelle não corresse mais risco de vida, Amado tem obrigação legal de reportar o caso à psicóloga e psiquiatra do hospital, Dra. Roberta. Essa, fez uma análise do quadro geral de Marcelle, mas já conhecia esses sintomas, Marcelle somente ficará bem quando fizer a cirurgia de redesignação sexual.

Ao conversar com Marcelle, a Dra. Roberta entendeu que os problemas psicológicos somente seriam resolvidos assim que se pudesse resolver os problemas jurídicos para a modificação do registro civil. Como não entendia muito bem sobre a posição legal e como se dão os procedimentos para requerer a cirurgia de transgenitalização e quesitos sobre a alteração do nome na certidão civil, requereu ao jurídico do hospital um parecer formal, para que pudesse expor e auxiliar Marcelle.

Imagine que você é o advogado requisitado, o ideal será apresentar um parecer jurídico, com a colação de jurisprudências para saber como os tribunais estão se posicionando sobre o assunto. Não se esqueça que o parecer tem que ser técnico e fundamentado, também, na legislação e doutrina. Vamos estudar o que o Biodireito nos ensina sobre direito à identidade sexual e as possibilidades de redesignação do estado sexual, para assim, conseguirmos auxiliar Marcelle, ou melhor, seu real nome, Marcelo?

Não pode faltar

Prezado aluno, seja bem-vindo a nossa última seção de Biodireito. Você se recorda, que, nas seções anteriores, começamos a tratar, sobre os aspectos legais de transplantes de órgãos e tecidos? A legislação médica foi essencial para resolvermos problemas ligados a lista única de transplantes. E, também, que mobilizamos o Biodireito para que fosse abrangido pelo direito médico a possibilidade de

recusa de transfusão de sangue devido o respeito à religião? O direito à diferença foi destacado para demonstrar a necessidade de inclusão e de respeito a direitos que, a princípio, não seriam observados, como a possibilidade de recusa.

Com isso, podemos refletir sobre diversidades de pensamento e liberdade de expressão. Diversidade é o assunto da nossa seção, na qual falaremos sobre direito à identidade sexual. O problema central e fundamental desta seção gira em torno da forma como o Direito lida com essa diversidade. Será que o nosso ordenamento jurídico é realmente democrático e inclusivo?

Nesta seção, teremos que ter em mente os princípios bioéticos da sacralidade da vida e do respeito à dignidade da pessoa humana. Em paralelo ao princípio da sacralidade da vida está o princípio do direito à qualidade saída de vida e igualdade. Essa igualdade, quando vista sob a ótica dos Direitos Humanos, coloca a necessidade de proteção às minorias. A questão da discriminação por orientação sexual, em todos os aspectos da sociedade, é algo que precisa ser discutido e combatido. Precisamos efetivar o direito à igualdade material.



Lembre-se

O direito à igualdade é um daqueles direitos fundamentais que assume forma de princípio, assim como o direito à liberdade. É o Estado, através do direito, intervindo no dia a dia para trazer uma existência minimamente digna. Pode ser dividido em igualdade formal – é a igualdade perante a lei – e igualdade material – real, substancial, tem por finalidade igualar os indivíduos que são essencialmente desiguais.

Existem pessoas que necessitam ser igualados perante a sociedade, também, através da lei: grupos historicamente mais vulneráveis, seja pela questão étnica, cultural, de gênero, e/ou seja por vulnerabilidades adquiridas durante a vida. Podemos dar inúmeros exemplos de leis que protegem as minorias para que possa ser efetivado o direito à igualdade. É uma ação positiva, imposta pelo Estado, para que a sociedade se torne obrigada por lei a fornecer a igualdade, como: para a inclusão dos deficientes

(acessibilidade); o sistema de cotas raciais; os casos de violência de gênero, etc. O mesmo pode ser pensado quando tratamos sobre os direitos dos transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais. É necessário garantir a igualdade material, para que essas pessoas tenham a sua dignidade garantida, em todas suas vertentes enquanto cidadãos.

O direito tem como principal função a de regular uma situação real, que necessite ser refletida no ordenamento para que não haja injustiças. Entretanto, há situações que estão à margem do ordenamento jurídico, seja por uma ausência do legislador ou por questões políticas alheias. Os direitos fundamentais têm a característica de serem direitos de luta, que necessitam de uma mobilização da sociedade para que seja consagrado. Uma necessidade social que precisa ser refletida na lei. É essa a pretensão dos transexuais.

Antes de adentrarmos nas questões legais de fundo, precisamos entender o que significa os vários termos usados como identidade de gênero, travestilidade e transexualidade.

A palavra gênero, na teoria clássica, tem relação com o sexo do indivíduo, cabendo apenas duas vias, a masculina e a feminina. Acontece que, na realidade, novos formatos são colocados. A biologia não pode mais explicar as complexas estruturas sociais e sexuais humanas. O ser humano não vive apenas para o determinismo biológico, é um ser racional e social, que cria novas vertentes.

Assim, identidade de gênero pode ser conceituada como “conceito que remete à construção cultural coletiva dos atributos de masculinidade e feminilidade e sexualidade” (GROSSI, 1998, p.12). Ou seja, o modo como o indivíduo se reconhece e quer ser reconhecido na sociedade, valendo-se por livre escolha, de modificações na aparência, expressões, modo de falar.

O gênero não pode mais ser visto como um elemento imutável da pessoa, adquirido juridicamente e para sempre com a inscrição do estado civil no registro no momento do nascimento. Mas, na realidade, se reporta a elementos dinâmicos da identidade, psicológicos, culturais, educacionais, que levam o indivíduo a sentir e a estar convencido de que pertence a determinado sexo.



Importante assinalarmos a diferença entre transexual e homossexual, para nos esclarecermos diante de alguns mitos impostos pela sociedade. A transexualidade não tem nada a ver com orientação sexual da pessoa. A transexualidade busca definir a pessoa dentro do sexo em que ela se sente, depois é que se verifica a sua orientação sexual. Ou seja, uma pessoa pode ter nascido com um determinado gênero, mas na realidade, psicologicamente, se sente e quer se determinar no sexo oposto. A partir daí sua orientação sexual pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual.



Além da questão de orientação sexual e transexualidade, também é necessário saber diferenciar outras nomenclaturas:

Cisgênero: conceito que abrange as pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi determinado de acordo com o seu sexo biológico.

Intersexual: é aquela pessoa que possui uma desarmonia entre o sexo genético, gonadal e fenotípico, que causa ambiguidade biológica, apresentando características sexuais do sexo masculino e do feminino.

Transgênero: grupo diversificado de pessoas que não se identificam, em graus diferentes, com comportamentos ou papéis esperados do gênero que lhes foi atribuído.

Transexual: pessoa que se sente pertencente ao outro gênero, pode querer fazer cirurgia e tratamentos hormonais para mudar de sexo.

Travestis: indivíduos que vivenciam papéis de um gênero diferente do identificado com o seu sexo de nascimento.

(JESUS, 2012, p. 24-28)

Ora, a diversidade está em todo o lado e o sentimento de intolerância faz com que direitos fundamentais sejam desrespeitados. Explicam, os psiquiatras, que os transexuais; psicologicamente já são do sexo oposto ao biológico, o que gera o transtorno de identidade sexual, incluído na 10ª versão da Classificação Internacional de Doenças, da Organização Mundial da Saúde, catálogo conhecido como CID-10.

Importante ressaltar que, apesar de ser visto como um transtorno psicológico, não se deve dizer que pessoas com identidades de gênero diferentes precisam ser curadas. Esse tipo de discurso apenas corrobora para que não se desenvolvam políticas públicas destinadas a garantir a igualdade material, bem como para combater a violência contra esses indivíduos. Aliás, a despatologização, para que as pessoas transexuais não sejam mais consideradas por documentos médicos oficiais como portadores de transtornos mentais, é uma de suas demandas.

A OMS já se manifestou no sentido da alteração oficial e para retirada do rol de transtornos, mas coloca como um quesito importante para o acesso à saúde dessas pessoas. Até porque, também, de acordo com a OMS, dentre as pessoas transgêneras e transexuais está o maior risco de suicídio, sendo vulneráveis à depressão, chegando a 60% dos casos. Tudo devido à discriminação, violência e incompreensão. De acordo com dados divulgados pela ONG Transgender Europe, que monitora os assassinatos de pessoas transexuais, há um alto índice de mortalidade. Eles assinalam que, de outubro de 2013 a setembro de 2014, 226 pessoas transexuais foram assassinadas em 28 países (TRANSGENDER EUROPE, 2014). O Brasil é o país com maior número de vítimas, 113 pessoas foram mortas na mesma época. Por que será que isso acontece?

O que tem que ser observado é que essas pessoas são mortas, como forma de discriminação, devido, somente, a sua condição e escolha de identidade. O estudo revela, também, que essas pessoas morrem invisibilizadas, não constam nas estatísticas de mortalidade e muitas vezes são enterradas como indigentes. Esse preconceito destinado às pessoas transexuais e travestis é chamado de transfobia.

A comunidade internacional se preocupa com esses altos índices. Em 2007, foram publicados os Princípios de Yogyakarta, sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação a orientação sexual e à identidade de gênero. Logo na introdução insere a necessidade de proteção da dignidade: "orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso". (YOGYAKARTA, 2007, p. 5).

No Brasil houve um projeto de Lei n. 122/2006, que tinha como objetivo criminalizar a discriminação motivada pela orientação sexual ou pela identidade de gênero. Entretanto, foi arquivado, após oito anos sem andamento no Senado Federal. No Distrito Federal, também houve uma tentativa para aprovação de uma lei anti-homofobia que previa a punição por constrangimento, preterimento e violência motivada pela orientação sexual da vítima, mas foi derrubada pela Câmara Legislativa.

Assim, vemos a total vulnerabilidade das pessoas transexuais, transgêneros e travestis e como a ausência legislativa pode levar a desproteção de direitos fundamentais.

Além da questão criminal, ainda há necessidade de garantir o efetivo direito à identidade.

O direito à identidade é uma vertente do direito à personalidade. Assim reflete-se a dignidade humana e tutela as prerrogativas, e garantias de gozo das faculdades do corpo e do espírito da pessoa no exercício de sua liberdade. Isso quer dizer que o indivíduo tem de ser tratado, nas suas relações sociais cotidianas, de acordo com a sua identidade de gênero. As discriminações são incontáveis, no mercado de trabalho, na relação educacional, dentro da sua própria família.

“Discriminação rouba de transexuais o direito ao estudo” é uma matéria jornalística feita pelo Correio Braziliense, em que demonstra como o preconceito pode levar à evasão educacional. CB. Discriminação rouba de transexuais o direito ao estudo. Publicada por Wellington Hanna e Thaís Cunha. <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/violencia-e-discriminacao-roubam-de-transexuais-o-direito-ao-estudo>>. Acesso em: 1 jan. 2018.

Bem, lembrando, vimos que os transexuais são aqueles que não se identificam com o gênero com o qual nasceram e possuem vontade de alterá-lo. A cirurgia de redesignação de sexo é uma vontade da grande maioria. Antes de 1997, a cirurgia de transgenitalização era considerada crime de lesão corporal grave no Brasil, pois era vista como uma mutilação. A resolução n. 1482 de

1997 do Conselho Federal de Medicina a legalizou, com o propósito terapêutico de adequar a genitália ao sexo psíquico. Sendo, então, considerada a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo.



Saiba mais

A cirurgia não é o único tratamento para que a pessoa se adeque ao seu sexo psicológico, como expresso na Portaria 457 da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, há terapias hormonais, psicopedagógicas, medicamentosas, entre outras. Ou seja, isso significa dizer que a mudança da genitália não é necessária para que se considere alguém transexual.

De qualquer forma, foi necessária a regulamentação para a cirurgia de redesignação sexual. A resolução colocou alguns requisitos a serem cumpridos como: o acompanhamento por psicólogo e assistente social; idade mínima de 21 anos; diagnóstico médico; permanência da vontade de mudar de sexo por, no mínimo, 2 anos. A cirurgia é precedida por uma avaliação de equipe multidisciplinar constituída por: médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social. O acompanhamento multiprofissional e a hormonioterapia podem iniciar quando o indivíduo fizer 18 anos.

Somente em 2002 que foi autorizado a clínicas particulares realizarem o procedimento de genitálias masculina para feminina. Em 2008, a rede pública de saúde brasileira incorporou o processo transexualizador e o governo federal publicou o “Plano nacional de promoção da cidadania e direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais”. A resolução do CFM no 1955 de 2010 autorizou os hospitais privados a realizarem a cirurgia de feminino para masculino. Em 2013, foi lançado pelo Ministério da Saúde, a “Política Nacional de Saúde Integral de LGBTs”. Suas formulações seguiram o Programa Brasil sem Homofobia e foram coordenadas pelas Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. O objetivo principal é a garantia de atendimento à saúde de todos cidadãos brasileiros, respeitando-se as suas especificidades de gênero, orientação e práticas afetivas sexuais. Mesmo com esses programas e a possibilidade de realizar a cirurgia pelo sistema único de saúde, ainda há muito

o que implementar, há somente 5 hospitais públicos em todo o país habilitados para as cirurgias.

O artigo 13 do Código Civil de 2002, regula o direito ao corpo, vedando atos de disposição do próprio corpo que impliquem diminuição permanente da integridade física, na tentativa de coibir autolesão. Entretanto, mesmo com essa disposição, admite-se a cirurgia para modificação de sexo, uma vez que o a integridade psicofísica também deve ser protegida. A cirurgia é um tratamento para diminuir o sofrimento do transexual.

! Atenção

Ao contrário dos transexuais, os intersexuados querem que seja definido com precisão o sexo ao qual pertencem, e que lhe permitam funcionalidade. Na prática, os pais são aconselhados a registrar tais crianças somente após os resultados dos exames médicos, que identifiquem o sexo e a cirurgia corretora é recomendável tão logo seja possível.

Em outros países, a legislação é mais atualizada e muitas vezes mais inclusiva que a brasileira. Nos Estados Unidos da América, o processo de regulamentação se deu por meio de adaptação de leis já existentes desde os anos sessenta. Nova York é um dos estados com legislação mais progressista. Após a cirurgia, o transexual pode mudar o seu registro civil e inclusive se casar. O único adendo é que ele deve dizer ao cônjuge que realizou cirurgia de adequação sexual, sob pena do matrimônio ser anulado por erro essencial ou fraude.

Na Europa, a Convenção Europeia de Direitos Humanos tem pautado jurisprudências e mobilizado países a procederem com políticas públicas para ampliação do acesso à saúde e às cirurgias de mudança de sexo, assim como a alteração do registro civil e casamentos. Em um desses casos, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem condenou a França pelo fato de não ter acatado o pedido de redesignação civil de um transexual operado. Desde então, o judiciário francês tem proferido decisões favoráveis para a alteração do registro civil.

Destaca-se a legislação de Portugal, em que o artigo 26 da Constituição Portuguesa, que consagra o direito à identidade pessoal, foi a base para a Lei 7 de 2011, que cria o procedimento de

mudança de sexo e de nome próprio no registro civil. Esta lei está prestes a sofrer modificações para permitir a cirurgia em indivíduos com 16 anos, bem como, não ter que demonstrar qualquer parecer psiquiátrico. No Brasil, a situação é diferente e há uma lacuna legislativa, sendo necessário recorrer ao judiciário para que haja a alteração do registro civil.



Lembre-se

A Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6105/73) diz que o prenome só pode ser alterado quando expuser a pessoa ao ridículo. O pedido deve ser feito pelo interessado e não pode prejudicar o sobrenome de família. O artigo 1.604 do Código Civil também dispõe: "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro".

Ou seja, caso um transexual queira alterar o seu registro civil, mesmo após a cirurgia de mudança de sexo, ele tem que ajuizar um processo judicial. E, muitas vezes, é indeferido, caso o juiz se baseie unicamente na legislação.

Este foi o objeto do recurso especial n. 1008398/SP, que Clauderson requereu a justiça que houvesse a troca de seu prenome para Patrícia, bem como o sexo constante no registro civil. O contraste de sua aparência com o registro masculino lhe causava diversos transtornos e dissabores sociais, além de abalos emocionais e existenciais. O processo foi procedente; o ministério público recorreu e o tribunal deu provimento; então, chegou ao Superior Tribunal de Justiça. É de se destacar o voto da relatora Nancy Andrighi. Ela alega, inicialmente, que a distinção entre dois sexos, baseada na conformação da genitália, não é mais suficiente, "com o desenvolvimento científico e tecnológico, existem vários elementos identificadores do sexo" (STJ, 2009) O direito a alteração do registro civil é necessário para a consagração da dignidade da pessoa humana, é a sua forma de autodeterminação. A identidade de gênero da pessoa tem que ser respeitada pelo Estado, órgãos, agentes, em seu ambiente de trabalho, escola, enfim todo o corpo social. A forma como a pessoa lida com seu cotidiano e esta tem que refletir com o seu sexo psicológico. Assim, foi concedida a alteração do gênero.

Esta decisão do STJ foi ainda mais importante, por autorizar a alteração do sexo e do prenome nos registros civis. A autorização foi interpretada de acordo com o artigo 55, combinado com o artigo 109 da Lei n. 6105/73. Evidente que a manutenção do nome masculino, quando já houve a alteração física da pessoa para seu sexo psicológico a expõe em uma situação vexatória. “Vetar a alteração corresponderia, portanto, a colocá-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009)

Em uma decisão recente, o ministro Luis Felipe Salomão autorizou a alteração do registro civil mesmo sem a realização da cirurgia de adequação sexual. Sendo impossibilitada qualquer indicação do termo transexual, do sexo biológico ou dos motivos das modificações registrais, mesmo que sigilosas. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017)



Reflita

Algumas críticas são colocadas às decisões que acatam a alteração do gênero e do prenome, como se o judiciário praticamente alterasse a legislação. O que você acha sobre isso?

Mas, e se o autor da demanda, ou seja, o transexual, estiver respondendo a um processo penal? O Tribunal de São Paulo, na Apelação cível n. 492524-4/0-00, do relator Ministro Ary José Bauer Junior, decidiu sobre este assunto, no sentido de que “o fato de existir ação penal contra o autor não pode servir de obstáculo a que tenha assegurado o seu direito à dignidade da pessoa humana”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2007) Ou seja, autorizou-se a alteração e para afastar eventual perigo ao interesse público, oficiou-se o juízo criminal comunicando a alteração do nome. Outras decisões importantes giram em torno da possibilidade de alteração do prenome em registro civil sem ter ainda realizado a cirurgia de transgenitalização. Deve-se apenas demonstrar a diferença do sexo biológico com o psicológico, feito por perícia multidisciplinar.

E, como ficam outras garantias civis, nomeadamente: o casamento civil? Pode acontecer de uma pessoa casada se descobrir transexual e querer fazer a cirurgia para alteração de sexo, bem como

a modificação de seu registro civil. Através da Resolução n. 175, o Conselho Nacional de Justiça, de 2013, dispôs sobre a possibilidade da celebração de casamento e conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, não há óbices legais para o casamento e está vedada qualquer recusa de celebração do casamento.

Através desse estudo, podemos perceber que o direito nem sempre acompanha o fato social e que muitas vezes os princípios fazem a vez, como “fontes de oxigenação” do ordenamento jurídico, em especial para garantir a dignidade da pessoa humana, através do reconhecimento da real identidade sexual.

Caro aluno, chegamos, então ao fim de nossa unidade. Com certeza, tivemos muito o que assimilar, mas tenho certeza que um novo mundo no direito se abriu. E o melhor, a cada dia novas oportunidades e novos desafios são colocados ao Biodireito. Sendo uma matéria dinâmica, que abrange um conjunto de direitos resultantes de novos conhecimentos e tecnologias, e sua abrangência multidisciplinar, o importante é estarmos atentos aos princípios e sempre aceitar a possibilidade do diferente. Espero nos vermos brevemente! Até já e bons estudos!

Sem medo de errar

Caro aluno, muitos conceitos foram mobilizados durante toda esta seção. Nela temos que entregar o produto que é o parecer jurídico. Colacionar doutrina, legislação e jurisprudência para a resolução de um caso concreto. Depois de nosso estudo já podemos confeccionar o documento para resolução do caso.

Você se lembra de nossa situação-problema? Dr. Amado, em seu plantão, recebeu Marcele, uma adolescente de 17 anos que tinha tentado suicídio devido ao seu quadro de depressão. Marcele é transexual e sofre diariamente pela não compatibilidade de seu sexo biológico com seu sexo psicológico. Sua depressão piorou desde que sua solicitação de mudança de registro civil não foi acatada pelo cartório de sua cidade. Marcele, em seu dia a dia, já é tratada por Marcelo e desejava modificar os seus documentos. A Lei de Registros Públicos é bem clara: o seu nome não é vexatório, portanto, não há motivo para a alteração. Mas, para Marcele é um caso que a faria ser reconhecida como quem realmente é.

Dr. Amado a encaminhou para a Dra. Roberta, psicóloga e psiquiatra do hospital. Ela fez uma análise do quadro geral de Marcele, mas já conhecia os sintomas, Marcele somente ficará bem quando fizer a alteração de sexo. Assim, na tentativa de auxiliar Marcele, requereu a presença do advogado do hospital, para lhe explicar como se dão os procedimentos para requerer a cirurgia de transgenitalização e quesitos sobre a alteração do nome na certidão civil.

O parecer jurídico é um documento por meio de qual um jurista fornece informações e opiniões jurídicas fundamentadas.

Agora, depois do estudo da seção, conseguimos viabilizar uma resposta formal à psiquiatra e ao Marcelo, correto? Não se esqueça que o parecer pode ter uma estrutura formal, com a indicação de um título, endereçamento, ementa com palavras-chave (igual aquelas que vemos na jurisprudência), um pequeno relato sobre o motivo do parecer e, por fim, a fundamentação. Vamos a ela? É bom sempre colocar a posição legal, doutrinal e jurisprudencial.

Sabemos que a cirurgia de redesignação sexual só foi autorizada no país em 1997, antes disso era vista como um caso de lesão corporal grave. A resolução n. 1482 do Conselho Federal de Medicina, colocou, entretanto, alguns requisitos a serem cumpridos: o acompanhamento por psicólogo e assistente social; idade mínima de 21 anos; diagnóstico médico; permanência da vontade de mudar de sexo por, no mínimo, 2 anos. A cirurgia é precedida por uma avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social. O acompanhamento multiprofissional e a hormonioterapia podem iniciar quando o indivíduo fizer 18 anos.

Ou seja, quando completar 18 anos, Marcelo poderá iniciar a hormonioterapia para o processo de mudança de sexo. Após isso, aos 21 anos poderá fazer a cirurgia plástica, que deseja. A cirurgia é autorizada pelo Código Civil, uma vez que a integridade psicofísica também deve ser protegida. A cirurgia é um tratamento para diminuir o sofrimento do transexual.

A dificuldade é encontrar vaga dentro do sistema único de saúde, pois há somente 5 hospitais públicos em todo o país habilitados

para as cirurgias. Assim questiona-se se é necessária a cirurgia para que seja alterado o registro civil.

Como visto, para que Marcelo consiga alterar o seu registro civil é necessário ajuizar uma demanda judicial, tendo em vista a disposição da lei contrária a essa alteração. Importante ressaltar que, muitas vezes, o processo pode ser indeferido, caso o juiz se baseie unicamente na legislação.

Entretanto, há importantes precedentes do STJ. O direito à alteração do registro civil é necessário para a consagração da dignidade da pessoa humana, é a sua forma de autodeterminação. A identidade de gênero da pessoa tem que ser respeitada pelo Estado, órgãos, agentes, em seu ambiente de trabalho, escola, enfim, todo o corpo social. A forma como a pessoa lida com seu cotidiano, e esta tem que refletir com o seu sexo psicológico. Assim, foi concedida a alteração do gênero no recurso especial n. 1008398/SP e ainda sem haver necessidade de ter realizado a cirurgia no recurso especial n. 1626739 - RS.

Evidente que a manutenção do nome masculino, quando já houve a alteração física da pessoa para seu sexo psicológico o expõe em uma situação vexatória. "Vetar a alteração corresponderia, portanto, a colocá-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos". (STJ, 2009). Além disso, nos documentos pessoais não devem constar a indicação da alteração feita judicialmente. A inscrição estará apenas nos livros cartorários.

Avançando na prática

Representatividade política dos transexuais

Descrição da situação-problema

Dra. Roberta, psicóloga do hospital da cidade Liberdade se envolveu profundamente com a causa dos transexuais e transgêneros. Fez alguns trabalhos voluntários em bairros pobres, com transexuais e travestis prostitutas. Viu uma realidade que não é retratada nos jornais: a discriminação sofrida por essas pessoas, em todos os setores sociais. Roberta, também tinha um cunho

político. Já tinha sido prefeita de sua cidade e deputada estadual. Resolveu, então, se candidatar a deputada federal. Seria uma forma de fazer a diferença para essas pessoas. Após ter ganhado as eleições, Roberta procurou ouvir os clamores das pessoas transexuais e transgêneros para que pudesse criar dois projetos de lei para protegê-los, criminalmente e civilmente. Imagine que você foi selecionado para ser assessor na Câmara dos Deputados e para auxiliar a Deputada Roberta com essa demanda tão importante. Redija um texto, com base nos princípios bioéticos e com a matéria estudada de direito à identidade sexual, para que seja uma minuta das “exposições de motivos” dos projetos de lei a serem apresentados para a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados.

Resolução da situação-problema

A apresentação das “exposições de motivos” de uma lei nada mais é do que a sua justificativa. Demonstrar qual a necessidade da lei e porque deve ser aprovada. A matéria estudada nesta seção coloca duas vertentes em que o direito brasileiro é omissivo.

Inicialmente, no que se refere à criminalidade da transfobia. Importante considerar que o alto índice de mortes de pessoas transexuais ocorre pelo fato de serem transexuais. O que por si só merece proteção do direito penal. Perceber que se trata de uma pauta de direitos humanos e a necessidade de proteção da dignidade: “orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”.

Também, e de forma mais desenvolvida, colocou-se a ausência legislativa na esfera cível, com a ausência de regulação para alteração do nome e do sexo no registro civil. O direito a alteração do registro civil é necessário para a consagração da dignidade da pessoa humana, pois é a sua forma de autodeterminação. A identidade de gênero da pessoa tem que ser respeitada pelo Estado, órgãos, agentes, em seu ambiente de trabalho, escola, enfim todo o corpo social. A forma como a pessoa lida com seu cotidiano e esta tem que refletir com o seu sexo psicológico. Assim, foi concedida a alteração do gênero.

Faça valer a pena

1. Como sabemos, o ser humano é um animal racional, um ser social, que necessita viver em comunidade. Com isso, são criadas diversas relações, e complexas estruturas nas quais é possível interagir. Por isso, o ser humano não vive apenas para o determinismo biológico, cria sempre novas vertentes. Assim, no que se refere a identidade de gênero e orientação sexual, o gênero se reporta a elementos dinâmicos da identidade, psicológicos e culturais. Em 2007 foi publicada uma declaração, uma legislação internacional de direitos humanos em relação a orientação sexual e à identidade de gênero, que dispõe: “orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”

Assinale a alternativa que corresponde ao nome da declaração internacional acima referida.

- a) Tratado de Roma.
- b) Declaração Universal dos Direitos do Homem.
- c) Princípios de Yogyakarta.
- d) Convenção de Viena.
- e) Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural.

2. As discussões legais sobre identidade de gênero, homossexualidade e transexualidade são pautadas por princípios fundamentais para a proteção da pessoa. Um relatório sobre violência homofóbica no Brasil, publicado em 2012 pelo Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos apontou o recebimento de 3.084 denúncias de violações relacionadas à população LGBT, envolvendo 4.851 vítimas. Vê-se que essa discriminação é direcionada somente pelo fato de serem homossexuais ou transexuais.

O Biodireito mobiliza princípios para responder a demandas que ainda não foram respondidas de forma satisfatória pelo direito. Assinale a alternativa que indica os princípios que NÃO se identificam com a matéria estudada: direito e a identidade sexual.

- a) Dignidade da pessoa humana; qualidade de vida e igualdade.
- b) Direito a liberdade; direito ao trabalho; direito à identidade.
- c) Direito de não sofrer tratamento desumano; direito à proteção contra qualquer discriminação.
- d) Princípio da anterioridade da lei, princípio da intervenção mínima e da culpabilidade.
- e) Direito a participar da vida pública, direito à democracia, direito à educação.

3. O novo Código de Processo Civil em seu artigo 140, dispõe que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei. É este o argumento utilizado para a análise dos pedidos dos transexuais para a alteração do registro civil. O Superior Tribunal de Justiça já tem julgado o pedido favorável e autorizado a alteração.

Assinale a alternativa que corresponde ao formato de como deve constar o registro civil do transexual, após concedida a sua alteração.

- a) A alteração do registro civil deve constar expressamente a palavra transexual.
- b) O nome anterior deve vir após ao nome alterado, para identificação em casos de processos penais.
- c) O nome pode ser alterado, entretanto, o gênero descrito no registro deve permanecer o mesmo.
- d) O nome e o gênero podem ser alterados, mas tem que haver a indicação do motivo da alteração.
- e) O nome e o gênero podem ser alterados e não deve constar, nem que de forma sigilosa a expressão transexual ou o sexo biológico.

Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Resolução Normativa n. 428 de 7 de novembro de 2017**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. **Rol de procedimentos vigente**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/17-planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/441-rol-de-procedimentos>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 81, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. Parecer. Cesário Lange: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2000.

BATALHA, Gláucia Fernanda Oliveira Martins. **Orientação Sexual e Discriminação No Ambiente Laboral**. Revista de Direito Internacional. V. 10, n. 2, 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/issue/view/180>>. Último acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9175**. Regulamenta a Lei n. 9434. Publicada em 18 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. **Lei n. 9434**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Publicada em 04 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. **Lei n. 9656**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. Publicada em 03 de junho de 1998.

_____. **Saiba quais são os critérios da lista de espera por transplantes**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2016/09/saiba-quais-sao-os-criterios-da-lista-de-espera-por-transplantes>>. Acesso em: 18 mar. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n. 82.424**. Brasília, Relator Min. MOREIRA ALVES. Relator para Acórdão: Min. Mauricio Correa. Julgado em 17 de setembro de 2003. Publicado no Diário de Justiça em 19 de março de 2004.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Doação de órgãos e transplantes: o comércio ilegal**. Rádio Câmara. Reportagem de 22.02.2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/504180-DOACAO-DE-ORGAOS-E-TRANSPLANTES-O-COMERCIO-ILEGAL-BLOCO-3.html>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CB. **Discriminação rouba de transexuais o direito ao estudo**. Publicada por Wellington Hanna e Thais Cunha <<http://especiais.correiobrasiliense.com.br/violencia-e-discriminacao-roubam-de-transexuais-o-direito-ao-estudo>>. Último acesso em: 18 mar. 2018

CB. **Receber cuidados médicos é desafio para transexuais**. Publicada por Hellen Gracie. Disponível em: <<http://especiais.correiobrasiliense.com.br/receber-cuidados-medicos-e-desafio-para-transexuais>>. Último acesso em: 18 mar. 2018.

CFM. **Resolução n. 1955/2019**. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo. Publicada no D.O.U. de 3 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010>. Último acesso em: 18 mar. 2018.

CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

CIÊNCIA 2.0. **Curta: Da doação à transfusão de sangue**. Youtube. Publicado em 23 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0k-acj0L-nM>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica**. Disponível em: <<http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual#cap6>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 175**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Ministro Joaquim Barbosa. Publicada em 4 de maio de 2013.

CORREIO. **Apenas cinco hospitais fazem cirurgia transgenital pelo SUS no Brasil**. Publicado em 29.05.2016. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/apenas-cinco-hospitais-fazem-cirurgia-transgenital-pelo-sus-no-brasil/>>. Último acesso em: 18 mar. 2018.

CREMESP. **Bioética Clínica**. Reflexões e Discussões sobre casos selecionados. 2. ed. São Paulo: publicação do Centro de Bioética do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. aum. e atual. conforme o Novo Código Civil e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

GROSSI, Miriam. **Identidade de Gênero e Sexualidade**. Antropologia em Primeira Mão, n. 24, PPGAS/UFSC, Florianópolis, 1998 (revisado em 2010). Disponível em: <http://miriamgrossi.paginas.ufsc.br/files/2012/03/grossi_miriam_identidade_de_genero_e_sexualidade.pdf> Último acesso em: 18 mar. 2018.

IDEC. **Os transplantes são cobertos pelos planos de saúde?** Disponível em: <<https://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/os-transplantes-sao-cobertos-pelos-planos-de-saude>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

KAUFMANN, Roberta Fragoço Meneses. **Colisão de direitos fundamentais: o direito à vida em oposição à liberdade religiosa**. Buscalegis.cj.ufsc.br. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15924-15925-1-PB.pdf>>. Acesso em : 18 mar. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Política nacional de saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais**. Brasília: Secretaria de gestão estratégica e participativa, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra. 1988.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OBSERVADOR. **Maquinistas do metro de Nova Iorque proibidos de tratar passageiros por “senhor” e “senhora”**. Publicado em 19.11.2017. Disponível em: <<http://observador.pt/2017/11/19/maquinistas-do-metro-de-nova-iorque-proibidos-de-tratar-passageiros-por-senhor-e-senhora/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **PGR arquiva representação de Testemunhas de Jeová contra transfusão de sangue sem autorização prévia**. Publicado em 06 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-arquiva-representacao-de-testemunhas-de-jeova-contr-transfusao-de-sangue-sem-autorizacao-previa>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial Nº 1.008.398 – SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 15 de outubro de 2009.

_____. **Recurso Especial n. 1626739 - RS**. Relator Luis Felipe Salomão. Julgado em 9 de maio de 2017. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp n. 1.053.810/SP**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 17.12.2009.

_____. **Transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia**. Notícia publicada em 09 de maio de 2017. <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAdireito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia>. Acesso em: 18 mar. 2018.

TRANSGENDER EUROPE. **Transgender Europe’s Trans Murder Monitoring project reveals 226 killings of trans people in the last 12 months**. Publicado em 30 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://tgeu.org/transgender-europe-tdor-press-release-october-30-2014/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Agravo de instrumento n. 153.529-5**. Relator Desembargador Torres de Carvalho. Julgado em 5.04.2000.

_____. **Apelação n. 001509-65.2004.8.26.0150.** 6ª Câmara de Direito Privado. Relatora Desembargadora Ana Lucia Romanhole Martucci. Julgado em 5.09.2013.

_____. **Apelação n. 442.163-4/1-00.** 8ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Caetano Lagrasta. Julgado em 13.06.2007.

_____. **Apelação Cível n. 179.914-5/1.** Relator Desembargador Viana Santos. Julgado em 23.06.2005.

_____. **Habeas Corpus n. 184.642/5.** 9ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal. Relator Juiz Marrey Neto. Julgado em 30.08.1989.

_____. **Recurso em Sentido Estrito n. 993.99.085354-0.** 9ª Câmara de Direito Criminal. Relator Desembargador Francisco Bruno. Julgado em 28.01.2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Apelação Cível n. 20040111103744.** Relator Desembargador Luciano Moreira Vasconcelos. Julgado em 19.10.2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO. **Processo n. 22395/2006.** 5ª Câmara Cível. Relator Desembargador Sebastião de Arruda Almeida. Julgado em 31.05.2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação cível n. 492524-4/0-00.** Relator Ministro Ary José Bauer Junior. 2ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 3 de julho de 2007

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Processo n. 70020868162.** 5ª Câmara Cível. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 22.08.2007.

VENTURA, Carla Aparecida Arena; VICTORINO, João Paulo. Bioética e Biodireito: da Doação ao Transplante de órgãos. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**, v. 6, 2016.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana.** O caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová. Revista da EMERJ, v. 13, n. 50, 2010.

YOGYAKARTA. **Princípios de Yogyakarta.** Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

ISBN 978-85-522-0712-2



9 788552 07122 >