



**Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto**  
**Programa de Pós-graduação em Ciências da Saúde**

---

**Eudes Quintino de Oliveira Júnior**

**As Conduas e Responsabilidades Médicas  
em Face do Princípio da Autonomia do  
Paciente**

**São José do Rio Preto  
2010**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

**As Conduas e Responsabilidades Médicas  
em Face do Princípio da Autonomia do  
Paciente**

Tese apresentada à Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto para obtenção do Título de Doutor no Curso de Pós-graduação em Ciências da Saúde, Eixo Temático: Medicina e Ciências Correlatas.

Orientador: Prof. Dr. Domingo Marcolino Braile

São José do Rio Preto  
2010

De Oliveira Júnior, Eudes Quintino

As condutas e responsabilidades médicas em face do princípio da autonomia do paciente / Eudes Quintino de Oliveira Júnior  
São José do Rio Preto, 2010

290 p.;

Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto – FAMERP

Eixo Temático: Medicina e Ciências Correlatas

Orientador: Prof. Dr. Domingo Marcolino Braile

1. Bioética; 2. Biodireito; 3. Biotecnociência; 4. Biotecnologia;
5. Autonomia da vontade do paciente; 6. Código de Ética Médica.

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

**As Condutas e Responsabilidades Médicas  
em Face do Princípio da Autonomia do  
Paciente**

Banca Examinadora

Tese para Obtenção do Grau de Doutor

Presidente e Orientador: **Prof. Dr. Domingo Marcolino Braile**

2º Examinador: **Prof. Dr. Leocir Pessini**

3º Examinador: **Prof. Dr. Reinaldo Ayer de Oliveira**

4º Examinador: **Prof. Dr. Waldir Antonio Tognola**

5º Examinador: **Prof. Dr. José Paulo Cipullo**

Suplentes: **Profa. Dra. Elza Cristina Mazza Torres**

**Prof. Dr. Oswaldo Tadeu Greco**

São José do Rio Preto, 31/08/2010

## SUMÁRIO

Dedicatória.....	i
Agradecimentos .....	ii
Epígrafe .....	vi
Resumo.....	vii
Abstract.....	ix
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>1. Personalidade Civil.....</b>	<b>12</b>
<b>2. O Homem como Ser Eminentemente Racional.....</b>	<b>26</b>
<b>3. A Dignidade da Pessoa Humana.....</b>	<b>41</b>
<b>4. A Autonomia da Vontade na Conceituação Bioética.....</b>	<b>51</b>
<b>5. Princípios da Bioética .....</b>	<b>62</b>
<b>5.1. Princípio da Beneficência.....</b>	<b>63</b>
<b>5.2. Princípio da Não-Maleficência.....</b>	<b>64</b>
<b>5.3. Princípio da Justiça, Equidade ou Redistributivo.....</b>	<b>65</b>
<b>6. Princípio da Autonomia da Vontade do Paciente .....</b>	<b>82</b>
<b>7. O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido como Resultado da Autonomia da Vontade.....</b>	<b>92</b>
<b>8. A Volição da Paciente como Sustentação Ética na Prática do Aborto.....</b>	<b>104</b>
<b>9. O Consentimento na Reprodução Humana Assistida.....</b>	<b>120</b>
<b>10. Ortotanásia, Eutanásia, Distanásia, Suicídio Assistido, como Modalidades Voluntárias de Abreviar a Morte .....</b>	<b>147</b>

10.1. Eutanásia .....	157
10.2. Distanásia .....	168
10.3. Suicídio Assistido .....	170
10.4. Ortotanásia .....	177
10.5. Cuidados Paliativos .....	184
11. A Recusa na Transfusão de Sangue ou Hemoderivados e o Princípio da Autonomia do Paciente.....	191
12. A Vontade do Ser Humano de Alterar sua Identidade Através da Cirurgia de Redesignação Sexual.....	212
13. A Autonomia da Vontade para Doar Órgãos, Substâncias e Tecidos Humanos para fins de Transplantes .....	227
14. A Autonomia da Vontade Colegiada Representada pelos Membros dos Comitês de Ética em Pesquisa – CEPs.....	254
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	264
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	268

- ✓ A **Deus**, por tudo: pela vida, família e amigos.
  
- ✓ Aos meus pais **Eudes Quintino de Oliveira** (*in memoriam*) e **Maria Aparecida de Oliveira** que me ensinaram fazer da vida uma eterna ação de graças;
  
- ✓ À **Vera, Gabriela e Pedro**, esposa e filhos, pelo apoio desmedido e pela certeza de que a família é o único e inesgotável Oráculo: pede-se proteção para vencer as intempéries e recebe em excesso toda uma via pavimentada de afeto e carinho;

---

**Agradecimentos**

- ✓ Ao **Professor Doutor Domingo Marcolino Braile**, que exerceu a medicina com fé, incansável divulgador de sabedoria, meu dileto orientador, pelo exemplo de dedicação, retidão científica, talento e criatividade incomparáveis. Alcançou os ideais da bem-aventurança e vê o mundo pelos olhos do coração;
  
- ✓ Ao bioeticista **Leo Pessini**, pela sua inigualável contribuição na difusão do ensino bioético no Brasil, através de sua produção científica que transporta o interessado para as mais férteis reflexões críticas sobre os valores humanos. O cuidado do bem-estar da pessoa passou a ser a referência da própria dignidade humana;
  
- ✓ Ao amigo **Reinaldo Ayer de Oliveira**, Professor Doutor do Departamento de Medicina Legal, Ética Médica, Medicina Social e do Trabalho da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - USP - que merecidamente ostenta a bandeira da Sociedade Paulista de Bioética, desfraldando-a com toda sua competência;



- ✓ Aos amigos Professores Eméritos da Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto, **Waldir Antonio Tognola** e **José Paulo Cipullo**, que tanto contribuíram com a dedicação intelectual para o engrandecimento da Instituição e, com o mesmo denodo, abraçaram e disseminaram a nova ciência da bioética;
  
- ✓ À **Gracia Maria Moreira Secanho**, esposa de meu inesquecível companheiro de vida **Antoneli**, o único que interpretava a mística interrogação dos pores-do-sol, pela inestimável e eficiente colaboração em alinhar as orações mais complexas do trabalho;
  
- ✓ Ao meu irmão **Euder Quintino de Oliveira**, que fez da medicina um verdadeiro sacerdócio e certamente Deus abriu a ele uma grande conta para depositar os benefícios merecidos, a quem me socorri para tentar entender os dogmas que revestem a arte médica;
  
- ✓ Aos amigos **Fernando Grella Vieira** e **Washington Epaminondas Medeiros Barra**, respectivamente Procurador Geral da Justiça e Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, ambos do Estado de São Paulo, em cujas pessoas reverencio o Ministério Público do Estado, instituição que elegi para realizar meus ideais de justiça e a ela sou eternamente grato pelos ensinamentos recebidos;

- ✓ Ao amigo **Roberto Luchezi**, escoreito advogado e notório professor de Direito, nome insculpido nos alicerces da cultura jurídica, que me introduziu na advocacia e vibrou com meus primeiros passos no Doutorado;
- ✓ Ao **Centro Universitário do Norte Paulista - Unorp** - que me abriu as portas da docência e da administração universitária, conduzindo-me, imerecidamente, ao cargo de Reitor.
- ✓ À **Diretoria da Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto - Famerp** - e sua **Secretaria da Pós-Graduação**, pela atenção, acolhida, recebendo-me como se fosse de há muito um profissional da saúde;
- ✓ Aos **membros do Comitê de Ética em Pesquisa do Instituto de Moléstias Cardiovasculares de São José do Rio Preto**, na pessoa do **Dr. Oswaldo Tadeu Greco**, pela oportunidade que me foi oferecida para analisar projetos científicos e aprender as primeiras lições de bioética;
- ✓ Às competentes professoras **Adília Maria Pires Sciarra** e **Rosimere Cleide Souza Desidério**, pelo inestimável auxílio na configuração e tradução do trabalho;

- ✓ Às **demais pessoas** de diversas áreas que, direta ou indiretamente me auxiliaram nesta empreitada científica, quer seja com apoio e incentivo ou com a execução de tarefas específicas.

**Epígrafe**

*Deus criou o homem,  
pasmem,  
à sua imagem  
e, num leve sopro,  
com sua imaginação,  
deu-lhe a perfeição.*

*Obra acabada magistralmente,  
perfeita sintonia,  
corpo, alma, mente,  
a primeira humana trilogia.*

*O homem, agora,  
acreditem,  
com sua história,  
de pequenas vitórias,  
após muitas lutas inglórias,  
vê-se como um totem,  
desbravador da vida,  
buscando a receita do homem,  
e, pior,  
quanta coisa seria melhor,  
brincar de Deus  
para conquistar os segredos seus.*

*Separam-se os núcleos das células,  
Verdadeiras libélulas,  
com vinte e três pares,  
de puro cromossomo.  
Em seguida,  
continua a busca frenética,  
do que melhor há  
no código genético:  
o romântico DNA.*

*Marca registrada do ser humano,  
Individualização inconfundível,  
desafio eterno da biotecnologia,  
abrigo sagrado do genoma.*

*Abre-se, em seqüência,  
em nome da ciência,  
a fragmentação do DNA,  
em milhares de peças,  
para estudo em separado,  
uma por vez,  
qual lance de xadrez,  
com movimentos de cautela,  
na angústia da espera,  
na busca da forma química da vida.*

*Surgem, resplandescentes,  
adenina,  
citosina,  
guanina  
e timina,  
quarteto de base química,  
que, na sua mímica,  
silenciosa e irônica,  
anunciam a existência de  
mais três bilhões de pares de base,  
à disposição  
da exploração.*

*Cortes e recortes feitos,  
peças por todos os lados,  
verdadeiro labirinto,  
sem começo,  
sem fim,  
juntá-las é novo desafio.  
Será que as mãos precisas,  
os instrumentos seguros,  
construídos sem rumos,  
podem criar a vida  
pelo desate de um fio?*

*É simples,  
basta ver,  
busque no homem o exemplo:  
picote a Monalisa,  
obra eterna de Da Vinci,  
com vida em todo tempo,  
depois tente,  
como melhor especialista,  
dar-lhe o sorriso e a candura,  
do seu criador e artista.*

*A regra é a mesma.  
A forma química do homem,  
fonte de sua inteligência,  
jamais atingirá a onipotência.  
E quando se pensa  
que os homens brincam de DEUS,  
Este, na realidade,  
ainda revestido de sua bondade,  
sorri como Zeus,  
para cristãos e pagãos,  
em ver que o homem,  
a quem brindou com a inteligência,  
não consegue juntar seus grãos.*

**Eudes Quintino Júnior**

A bioética, termo que foi cunhado pela primeira vez em 1970 pelo oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter, apresenta-se como uma ciência multidisciplinar com a finalidade de discutir variados aspectos da vida humana, alçando o homem no topo da pirâmide para que possa decidir a respeito da conduta que seja mais adequada, conveniente e construtiva para seu projeto de vida. A autonomia da vontade, como o princípio balizador da ciência da vida, é o mecanismo racional que irá proporcionar a escolha da opção mais correta para se atingir os objetivos de realização da pessoa. O biodireito, por sua vez, fruto do pensamento bioético, coloca-se como um dispositivo regulador dos avanços científicos, com o objetivo especial de proteger e conferir segurança à saúde e à vida, quer seja humana, animal ou vegetal. A biotecnologia e a biotecnociência, com avanços imensuráveis, oferecem, em curto espaço de tempo, recursos para que o homem possa ter uma qualidade melhor de vida. Mas as produções científicas, nem todas salutares e convenientes para o ser humano, necessitam de regulação. O biodireito encarrega-se da leitura jurídica, tendo como parâmetro os princípios constitucionais, dentre eles com relevância o da dignidade da pessoa humana. Na junção da bioética e biodireito busca-se a resposta para os temas que aguçam e desafiam o homem ainda despreparado e que não carrega de pronto uma definição a respeito da aceitação ou rejeição de condutas que podem quebrar o consenso ético ou da utilização de técnicas que venham a ser incompatíveis com a expectativa da vida individualizada. As pesquisas

envolvendo células-tronco adultas e embrionárias; as variadas técnicas aprovadas para a realização da procriação assistida; a maternidade substitutiva; o patrimônio genético; a célula sintética; a decifração do DNA recombinante; o aborto permitido, o de feto anencéfalo e o proveniente da opção procriativa da mulher; a cirurgia de transgenitalização e suas consequências na vida civil; as pesquisas científicas com seres humanos e o Sistema CEP/CONEP; a clonagem terapêutica e científica; a transfusão de sangue e o direito à crença diante do direito à vida; o direito à dignidade da morte oferecidos pela eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido; as uniões homoafetivas e suas implicações legais; o Estatuto do Idoso e a longevidade; a doação e o transplante de órgãos e tecidos humanos; o início e o fim da vida humana, são dentre muitos outros, temas que provocarão mudanças sociais, éticas, culturais e jurídicas. O presente trabalho procura demonstrar o alcance da autonomia da vontade humana diante dos novos desafios apresentados. Ou se a volição, no âmbito de sua individualidade, com a carga do racional, por si só, tem eficácia para repudiar ou aceitar os avanços científicos.

**Palavras-Chave:** 1. Bioética; 2. Biodireito; 3. Biotecnociência; 4. Biotecnologia;  
5. Autonomia da Vontade do Paciente; 6. Código de Ética Médica.

---

**Abstract**

Bioethics, a term that was coined for the first time in 1970 by the North American oncologist Van Rensselaer Potter, is a multidisciplinary science with the purpose of discussing varied aspects of the human life, raising the man on the top of the pyramid to decide regarding the conduct that is more appropriate, convenient and constructive for his own life project. The will autonomy, as the marker principle of the life science, is the feasible mechanism that will provide the best choice to reach the objectives of the person's accomplishment. The BioLaw, for its turn, derived from the bioethical perspective, is considered like a regulator device of the scientific progress, with the special objective to protect and to check safety to both the health and life, either human, animal being or vegetable. The Biotechnology and the Biotechnoscience with immeasurable progress offer, in short time, resources so that the man can have a better quality of life. But the scientific productions, not all of them salutary and convenient for the human being, need regulation. The BioLaw accounts for the juridical reading, as a parameter of the constitutional principles, among them with relevance, the human being's dignity. In the linking of the Bioethics and BioLaw, it is searched the answer to the issues that sharpen and challenge the man not yet prepared and who does not have promptly a definition on the acceptance or rejection of conducts that can break the ethical consensus or the use of techniques incompatible with the expectation of the individualized life. Several themes will cause further social, ethics, cultural and juridical changes among research such as: research involving adult and embryonic stem cells; different approved techniques for the accomplishment of medically assisted

procreation; the substitutive maternity; the genetic patrimony; the synthetic cell; the understanding of the recombinant DNA; the allowed abortion, anencephaly fetus and the woman's procreative option; the transgender surgery and their consequences in the civil life; the scientific research with human beings and the CEP/CONEP System; the therapeutic and scientific cloning; the blood transfusion and the right to the faith faced with the right to life; the right to death dignity and the palliative cares provided by euthanasia, disthanasia, ortothanasia and assisted suicide; the homoaffective relationship and their legal implications; the Inventory for Elderlies and the longevity; the donation and transplantedation of organs and human tissues; the beginning and the end of human life, and others. The present work aims to demonstrate the reach of the autonomy of the human will facing with new presented challenges. Or if the volition, in the extent of its individuality, with the burden of the rational, by itself, has effectiveness to reject or to accept the scientific progress.

**Key-Words:** 1. Bioethics; 2. BioLaw; 3. Biotechnology; 4. Biotechnology;  
5. Autonomy; 6. Medical Ethics Code.





## INTRODUÇÃO

A escolha do tema recaiu em razão da atualidade do pensamento bioético que lança suas raízes em diversas áreas do saber humano e em muitas delas, como o biodireito, finca definições e estabelece soluções jurídicas para solucionar impasses envolvendo a volição humana e a incessante evolução da biotecnociência e da biotecnologia, responsáveis por inúmeros benefícios para o ser humano. Se, de um lado, essas novas técnicas e ciência prometem uma melhor condição de vida e saúde, de outro, exigem disposições individual e coletiva, com sacrifício de princípios e até mesmo de bens considerados indisponíveis, para que as novas práticas sejam implantadas.

A exploração científica do trabalho limitou-se a buscar na interface entre a ciência da bioética e a do biodireito algumas situações que exigem a manifestação explícita do pensamento do homem, da sua autonomia de vontade, posicionando-o diante das novas propostas das ciências médicas, valorando-as de forma conveniente e necessária para desenvolver da melhor forma possível seu projeto de vida, ou repudiando-as definitivamente. O ser humano apresenta-se ao mesmo tempo como destinatário e censor das novas tecnologias.

A incursão no pensamento bioético se faz oportuna e necessária. A nova ciência da vida, apesar de personalista, por ter como foco o princípio da proteção da vida humana, intromete-se na ética do progresso científico e traça limites norteadores e protetores à pessoa. Os princípios introduzidos por Beauchamp e Childress,<sup>(1)</sup> apesar de não se apresentarem como exaustivos,

uma vez que a bioética, como toda ciência, é evolutiva e dinâmica, traçam as linhas protetivas de uma forma coerente e compatível com o espírito de proteção que aviventa a disciplina.

A autonomia da vontade da pessoa humana, reedificada nos julgamentos do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, assim como pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada essa última pela Assembléia Geral das Nações Unidas, proporcionou grande fôlego mundial no sentido de se valorizar o homem em sua individualidade como um ser dotado de racionalidade e liberdade, curvando-se, porém, somente diante de interesses públicos dominantes.

Incrustou-se definitivamente no linguajar mundial a expressão dignidade do ser humano, veiculada no documento da Assembléia Geral da ONU e adotada na Constituição da República Federativa do Brasil<sup>(2)</sup> como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Devidamente aparelhado como sujeito de deveres e obrigações, o homem é entronizado em seu grupo social, com sua carga de atributos responsável pela formatação de sua personalidade. A tutela conferida não é destinada somente à vida biológica e sim à dimensão moral e social do ser humano como pessoa, no âmbito de sua liberdade e autonomia, seja como cidadão ou paciente a ser cuidado.

Daí que o novo Código de Ética Médica<sup>(3)</sup> em vigência a partir de abril de 2010, foi por várias oportunidades visitado em razão de ter inserido o princípio da autonomia da vontade do paciente, pelo qual o médico deve, em primeiro lugar, informar o paciente a respeito das opções diagnósticas ou terapêuticas,

apontar eventuais riscos existentes em cada uma delas e, em seguida, obter dele ou de seu representante legal o consentimento para sua intervenção. O profissional da saúde não será o detentor pleno da decisão para realizar determinada conduta interventiva. É uma modalidade de coautoria, que depende da aquiescência do paciente, representada pelo Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

O consentimento da vítima nos casos de abortamento, quando permitido pela lei, é de vital importância para o profissional da saúde. A pesquisa enveredou pelo caminho mais objetivo no sentido de demonstrar que não há necessidade de se obter autorização judicial, nem mesmo apresentar comprovante de boletim de ocorrência, para a realização do abortamento nos casos permitidos. A lei penal silencia-se a respeito e prevalece a regra de que o não proibido é permitido. Buscou-se, também, a mais recente legislação norteadora ética e jurídica editada pelo Ministério da Saúde a respeito dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, assim como a legislação punitiva representada pela Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009,<sup>(4)</sup> que criou os crimes contra a dignidade sexual e a liberdade sexual.

Não se olvidou também da apreciação que será feita com relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), visando permitir a realização do aborto de feto anencefálico, assim como do indicativo da vontade política do governo em dar autonomia total à mulher com relação ao seu próprio corpo, conforme constou originariamente no 3º Programa Nacional

de Direitos Humanos, editada no mês de novembro de 2009 pelo Governo Federal.<sup>(5)</sup>

A volição humana também se faz presente na reprodução assistida. As pesquisas realizadas na área da genética humana romperam a barreira do inimaginável e oferecem várias formas de reprodução assistida substitutiva, com a finalidade de solucionar o problema da infertilidade humana. Pelas novas práticas, o até então imutável conceito “*maternitas certa est*”, sofreu abalo em sua estrutura. O profissional de reprodução humana passa a ser o guia da procriação artificial, já que o material genético será tratado extracorporeamente. Na fecundação “*in vitro*” homóloga ou heteróloga, deverá proporcionar o encontro do óvulo com os espermatozóides e, em seguida, cuidar da transferência para o útero materno. Inviabilizado esse alojamento, o Conselho Federal de Medicina permite a prática da mãe de substituição, conhecida popularmente como “barriga de aluguel”, observando sempre que o empréstimo do útero não admite qualquer negociação e deverá ocorrer somente entre mulheres que tenham parentesco em primeiro ou segundo graus.<sup>(3)</sup>

Também foram analisados os casos de utilização de embriões excendatários, a criação da célula viva dotada de um genoma sintético, que aproxima e em muito o homem cientista com o poder da manipulação da vida, as condutas deletivas descritas na Lei de Biossegurança<sup>(6)</sup> e o início da vida humana segundo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro enfoque que demandou um debruçar mais prolongado no trabalho foi direcionado à eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido, como

modalidades voluntárias de atingir a finitude humana. A moral e o Direito repudiam, pela sua tradição e conceituação, qualquer ato que abrevie a existência de um ser humano, mesmo que enfermo. Mas o homem, na incansável evolução, arrebenta os diques das regras consuetudinárias e ingressa no domínio da etapa final de sua vida. Quer, também em razão da autonomia adquirida por inúmeros direitos assimilados, decidir a respeito da modalidade da morte.

O tema é incandescente e envolve aspectos culturais, religiosos, legais, médicos, morais, éticos e sociais, trazendo cada segmento suas posições inquebrantáveis. O homem, que durante toda sua vida recebeu diversas modalidades de tutela, pode divorciar-se do Estado e decidir de acordo com sua autonomia, fazendo opção pela morte, quando a regra é a vida? Se a autonomia da vontade integra o princípio da dignidade humana, não seria correto o paciente, para aliviar sua dor e sofrimento e evitar o descontrole sobre sua vida e funções biológicas, optasse por uma morte antecipada e suave?

A eutanásia, vista como uma das opções, é a provocação da morte do doente, com o intuito de aliviar a dor e o sofrimento. Embora seja imbuída de uma ação piedosa, não deixa de ser uma antecipação da morte. Buscou-se a leitura ética, religiosa, jurídica e a proveniente do Código de Ética Médica a respeito da conduta eutanásica, assim como as propostas para sua introdução em nossa legislação.<sup>(3)</sup>

A distanásia, ao contrário da modalidade anterior, procura prolongar a vida biológica do paciente, com a finalidade de evitar o evento morte. Não há

qualquer restrição legal a essa prática, porém, o estudo revela que somente os hospitais dotados de uma parafernália tecnológica mais avançada, conseguirão estender a vida humana pela obstinação terapêutica. O fulcro da questão reside na ética médica e no próprio pensamento bioético em saber até quando será plausível o prolongamento da agonia do paciente.<sup>(3)</sup>

A modalidade do suicídio assistido ocorre nos casos em que o paciente não tem mais qualquer intenção de abraçar um tratamento paliativo ou uma terapia mais agressiva, sabedor que é da irreversibilidade de sua doença, que o encaminhará para um sofrimento insuportável. Faz-se a leitura ética, bioética e legal do procedimento, que vem a ser também penalizado pela nossa legislação. Por outro lado, busca-se uma visão daquilo que está ocorrendo pelo mundo com relação ao suicídio assistido e o demonstrativo é que vem se implantando em muitos países programas de cuidados paliativos, com treinamentos de profissionais de saúde, principalmente em asilos ou outros estabelecimentos para cuidados especiais do paciente terminal, dentro da filosofia do “*dying*” ou “*hospice*”.

A ortotanásia, por sua vez, vista como a morte correta, que chegou na hora certa, sem qualquer transtorno, suspende os meios artificiais de prolongamento da vida, mas faz o médico ministrar medicamentos para diminuir o sofrimento, além de ofertar confortos familiar, psíquico e espiritual. A esse respeito, o Conselho Federal de Medicina, no ano de 2006, editou a Resolução nº 1805/2006<sup>(7)</sup> que permitia aos médicos interromper os tratamentos que prolongassem a vida do doente em estado terminal, sem

condições de reversibilidade, com sua declaração expressa de vontade, ou de seus familiares ou representante legal.

A Resolução não prosperou por ter sido obstada pela Justiça. Tramita pelo Senado Federal um projeto de lei que pretende excluir a roupagem de ilicitude da ortotanásia e, novamente, o Conselho Federal de Medicina, no Código de Ética Médica<sup>(3)</sup> recém-aprovado, de forma oblíqua, inseriu a figura da ortotanásia, desde que presentes as condições de doença incurável, desaconselhamento de ações diagnósticas terapêuticas obstinadas e a concordância do paciente ou seu representante legal.

O domínio da autonomia da vontade do paciente faz-se presente quando ocorre a recusa na transfusão de sangue ou hemoderivados, entre os adeptos das Testemunhas de Jeová, que, em razão do credo, não aceitam a utilização em seu corpo de sangue alheio e seus derivados, com a total recusa da transfusão sanguínea homóloga ou autóloga.<sup>(8)</sup>

É certo que toda pessoa é dotada de liberdade para gerir seus atos e sua vida. Explicitamente, o permissivo constitucional assegura a liberdade da pessoa fazer tudo aquilo que é permitido e ninguém está obrigado a fazer o que a lei não manda. Mas a melhor hermenêutica recomenda que a autonomia da vontade sofre restrições quando colide frontalmente com valores maiores, absolutos, como a vida. E o próprio profissional da saúde fica vinculado aos deveres contratuais e ao seu próprio regulamento ético de agir em favor da vida e não ser um passivo acólito aguardando a chegada da morte do paciente.

A autonomia da vontade da pessoa humana está também direcionada para a busca de outra identidade, por meio da cirurgia de redesignação sexual.



Faz-se uma incursão na conceituação de transexual e chega-se à conclusão que se trata de pessoa física e biologicamente normal, dotada de genitália externa e interna perfeitas, porém, em sua mente pensa pertencer ao sexo contrário ao seu. Em razão da lacuna da lei, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.482/97, que foi revogada pela Resolução nº 1.652/2002,<sup>(9)</sup> permissiva para a realização da cirurgia de transgenitalização.

O ato cirúrgico não é tudo. Ingressa-se, na sequência, no trabalho jurídico de retificar o nome e sexo nos documentos do transgenitalizado e todas as consequências jurídicas que poderão advir da criação da nova personalidade, com os cuidados exigidos pela lei e jurisprudência pátrias.

A vontade humana se faz presente na doação de órgãos, substâncias e tecidos humanos para fins de transplante. A regra seria que, da mesma forma em que, no tratamento terapêutico prevalece a autonomia do paciente, regida pelo princípio da autodeterminação, a disposição do corpo, suas partes e órgãos ficaria, com igual razão, ao indivíduo. Se ele for considerado proprietário do próprio corpo, esse entendimento merece ser aplicado. A doação presumida, que agora foi revogada, permitia à própria pessoa declarar-se doadora de órgãos. Tal decisão foi alterada pela Lei nº 10.211, de 2001,<sup>(10)</sup> que faz prevalecer agora somente a vontade do cônjuge ou parente até segundo grau. O estudo apresenta as hipóteses das doações “*inter vivos*” e “*post mortem*”, declaração de morte encefálica, comunicações ao Sistema Nacional de Transplante e Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos - CNCDOs - e a escolha dos receptores, assim como as campanhas de

doação para a população, tudo sempre acompanhado do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Por último, prevalece a vontade colegiada representada pelos membros dos Comitês de Ética em Pesquisa – CEPs. A evolução na área biomédica exige a realização de pesquisas em seres humanos e, com a promoção do princípio da dignidade, passou a carregar em seus braços uma preocupação ética, reclamando uma regulamentação condizente para que o homem seja visto como sujeito de pesquisa e não meramente um objeto, uma cobaia, como demonstraram as experiências nazistas e japonesas durante as guerras mundiais. Daí que o senso ético humanitário criou a limitação ética do desenvolvimento tecnocientífico. Permitiu a realização de pesquisas envolvendo seres humanos como sujeitos colaboradores espontâneos, porém, com regras seguras para sua participação.<sup>(11)</sup>

A Resolução CNS nº 196/96<sup>(11)</sup> disciplina a participação de seres humanos nas pesquisas e a adequação dos aspectos éticos dos projetos. Cria, na mesma oportunidade, os Comitês de Ética em Pesquisa (CEPs) e a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Enquanto o primeiro órgão é de instância inferior, regionalizado, responsável pela aprovação inicial dos aspectos éticos de uma pesquisa, sempre impulsionado pelo voluntariado, o segundo, em instância superior, colegiado, de natureza consultiva e deliberativa, vinculado ao Conselho Nacional de Saúde, tem por missão apreciar, aprovar e homologar os projetos de pesquisas encaminhados pelos CEPs. Faz-se uma comparação, “*de lege ferenda*” com as atividades desenvolvidas pelos membros dos Ceps com as do Conselho Tutelar. Ambos

desenvolvem um múnus público relevante, com a diferença que os pertencentes ao último Conselho são eleitos pela comunidade e remunerados pelo poder público.

## 1. PERSONALIDADE CIVIL

---

## 1. PERSONALIDADE CIVIL

Diz textualmente o artigo 2º do Código Civil Brasileiro: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro.”<sup>(12)</sup>

Os gregos definiam pessoa como prósopon, buscando o sentido de caráter, firmeza moral, tipo, este último já no sentido representativo no teatro. A formação da palavra (prós, em direção de) e opa (olho, face) pode ser interpretada como a face oculta pela máscara. Os latinos assimilaram e a morfologia estabeleceu-se em *persona*, desviando-se do sentido original pelo acréscimo da palavra *sono* (som), fazendo referência a um dispositivo especial que emitia a voz, produzindo eco. Assim, a fisionomia da pessoa ficava oculta e sua voz era ampliada pela máscara. Para os franceses *personnage* e para os ingleses *personage*, para os espanhóis *persona*, com igual significado.

Estendeu-se o conceito de pessoa que passou a designar o ser humano vestindo a máscara da vida, necessária para representar seu papel no meio em que habita. O Direito incorporou tal evolução e na sua terminologia técnica passou a designar o “homem como sujeito de direitos e obrigações, em desempenho do papel que o próprio Direito lhe confia, na ribalta jurídica”.<sup>(13)</sup> Em sentido mais técnico, o jurista Gomes<sup>(14)</sup> assim se pronuncia: “Sob a denominação de direitos de personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos porém da faculdade de disposição.

Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos”.

E a proteção ampliada ao direito de personalidade fica evidenciada quando o legislador civil, artigo 11, prescreve: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”.<sup>(12)</sup> Esse conceito deixa acentuado que o detentor do conjunto de direitos que formatam a personalidade humana, não pode renunciá-los, transferi-los e seu exercício não pode sofrer qualquer limitação quer por parte de seu titular ou de outra pessoa qualquer. Seria uma deferência legal “*intuitu personae*”. O direito de personalidade, desta forma, nasce com o homem, com ele permanece por toda a vida e depois fenece.

Pessoa natural é aquela dotada do racional e volitivo, que recebe os atributos da cidadania, o ser humano que nasceu com vida, imprescindível para que seja capaz de direitos e deveres na ordem civil, conforme preceitua o primeiro artigo do Código Civil.<sup>1 (12)</sup> Na lição de Reale,<sup>(15)</sup> “o homem tem, em suma, um poder de querer que, entre outras, assume a forma de poder de querer, segundo as regras de direito, para a realização de fins próprios numa convivência ordenada”.

O início da vida humana é tema por demais debatido entre os pesquisadores e até mesmo literatos. A primeira leitura que se faz da "feitura" do ser humano, vem do relato bíblico Gn 2:21-22:<sup>(16)</sup> "Então o Senhor Deus fez cair um sono pesado sobre o homem, e este adormeceu; tomou-lhe, então,

---

<sup>1</sup> “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

uma das costelas, e fechou a carne em seu lugar e da costela que o Senhor Deus lhe tomara, formou a mulher e a trouxe ao homem”.

O verbo “formar”, empregado pelo autor bíblico, chega a ser um pouco severo, assim como sem explicação científica a utilização da costela para fazer nascer outro ser humano, mas por ser uma obra divina, a aceitação é indiscutível. A explicação provável foi dada por Krauss:<sup>(17)</sup> "Na utilização de "costela" como matéria prima ocorre, possivelmente, um trocadilho que se perdeu já na língua hebraica (e nas línguas modernas), mas na forma primitiva da história foi mantida. Na escrita cuneiforme suméria, o sinal para "costela" é idêntico ao da "vida".

Poder-se-ia aproximar-se do pensamento de Mary Shelley, com 19 anos apenas, criadora de Frankenstein,<sup>2</sup> obra escrita entre 1816-1817, apesar de ser batizada como gênero de horror, relata a "construção" de um ser humano, mal sucedida por sinal, porque a criatura exige dele a feitura de uma fêmea, além de buscar a morte da criador.

Nem Adous Huxley,<sup>3</sup> na obra publicada em 1932, que narra o futuro hipotético onde as pessoas são pré-condicionadas biologicamente, chegou a cogitar a respeito da utilização de órgãos humanos para atingir a perfeição de seus personagens. Vislumbrava naquela época uma engenharia genética reprodutiva avançada, onde os genes de uma terceira pessoa são implantados no ovo fecundado ou no embrião. Com tal expediente, a criança carregará os genes do pai, da mãe e de uma terceira pessoa superdotada, com a finalidade de “aprimorar” a raça humana.

---

<sup>2</sup> Frankenstein; or the Modern Prometheus, no original em inglês.

<sup>3</sup> O Admirável Mundo Novo, Brave New World, no original em inglês.

Tal experiência, como adverte Muraro,<sup>(18)</sup> “é algo muito perigoso e antiético, porque isso apenas seria feito por uma pequena porção da humanidade que pudesse pagar por esta operação. Nem a clonagem humana ainda foi feita, nem a engenharia genética foi tentada, porém já são teoricamente possíveis e suscitam graves problemas éticos. O mais importante deles é a possibilidade de cindir a humanidade entre os “não melhorados” e “os melhorados”. Estes, “os melhorados”, de acordo com o progresso da ciência da engenharia genética, poderão chegar a um ponto em que não cruzem mais com os “não melhorados”. Há até a possibilidade de se criarem várias humanidades”. O muito que alcançou foi a descoberta da droga "soma", que conferia felicidade aos cidadãos de primeira categoria, numa clara alusão aos antidepressivos da atualidade.

Pítias e Stroibus são filósofos e personagens de Machado de Assis, em uma de suas incursões nas experiências científicas. Descobriram que, se o homem beber o sangue de um animal, assumirá suas características. Assim, se tomar o sangue do rato, gatuno será; se do boi, paciente; se da águia, arrojado; se da coruja, a sabedoria; se da rola, a fidelidade conjugal; se do pavão, a enfatuação. Julgaram os sábios que poderiam modificar os homens e Stroibus profetizou: “Trago uma doutrina, que, em pouco, vai dominar o universo; cuido nada menos que em reconstituir os homens e os Estados, distribuindo os talentos e as virtudes”.<sup>4</sup> A empreitada científica caiu por terra em razão de terem sido os dois as cobaias humanas e, como prestavam serviços

---

<sup>4</sup> Machado de Assis “Conto Alexandrino”.



na biblioteca de Alexandria, vários exemplares raros foram subtraídos e a culpa, como era de se esperar, recaiu sobre eles.

O nascituro, conforme se extrai do regramento pátrio, tem seus direitos preservados, porém não é detentor de capacidade jurídica. Tanto é verdade que, se não tiver pai e a mãe não for a responsável pelo poder familiar, a ele será nomeado um curador, que poderá, dentre outros direitos, representá-lo como donatário e pleitear em favor dele assistência médica. Defere-se ao embrião uma tutela “*sui generis*”. O “*status*” conferido a ele é totalmente divorciado daquele preconizado pelos romanos, no sentido de que o feto é apenas parte das vísceras da mulher – “*pars viscerum matris*” – e que dele podia dispor, de acordo com sua conveniência, pois, enquanto não fosse dado à luz não seria considerado ser humano. Assim, com liberdade, a mulher poderia decidir sobre a interrupção da gravidez em qualquer situação. Guardadas as diferenças, no regime atual, a mulher conserva a liberdade somente nos casos do permissivo legal do Código Penal.<sup>(2)</sup> Quando, no entanto, a interrupção ocorria em razão de salvar a vida da mãe, prevalecia a regra da valoração da vida e os interesses da gestante: “*pro salute mulieris excusatur*”.

Martínez Morán,<sup>(19)</sup> em artigo que faz referência à dignidade moral do homem, que não é comum a todos, assim se expressa:

*“Em esta concepción el embrión non posee una dignidad intrínseca sino que vale en la medida em que posea uma cierta significación para quienes esperan su venida al mundo; no tiene más derechos que um animal, es decir, solo debe tenerse en cuenta su sensibilidad y evitar el causarle sufrimientos inútiles. Los seres humanos todavía no nascidos no puede decirse que sean*

*dignos por su comportamiento moral, pues de facto no tienen aún comportamientos que puedan calificarse como morales al carecer de autoconciencia y de autonomía. De idéntica forma una persona que se encuentre em coma clínico profundo sólo recibe las acciones de otros pero él no realiza acción libre alguna. Algo similar cabe decir de un deficiente psíquico profundo, del loco, del enfermo en estado inconsciente, aunque sea transitoriamente, o en coma, etc”.*

Interessante decisão foi proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo que reconheceu legitimidade ao embrião representado pela sua mãe, que cumpria pena em cárcere, o direito de garantir a ela o atendimento médico necessário que proporcionasse seu nascimento saudável e harmonioso, em condições dignas do ser humano, mirando sempre o princípio constitucional da isonomia e o da justiça, esse último apregoado pela bioética. O concebido, mas não nascido, também pode figurar como autor em ação de alimentos<sup>(20)</sup> e até mesmo em investigação de paternidade.<sup>(21)</sup> Recebe, por outro lado, a proteção da tutela penal que erigiu o aborto à categoria de crime, apenado com detenção ou reclusão, Artigos 124, 125 e 126 do Código Penal.<sup>(2)</sup>

O nascituro afigura-se como um ente desprovido de personalidade jurídica e considerado como expectativa de direito. “Antes do nascimento, adverte Namba,<sup>(22)</sup> o feto ainda não é uma pessoa, mas, se vem à luz como pessoa capaz de direitos, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção.”

Oportuno mencionar a decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que determinou o pagamento do seguro DPVAT por morte de feto em decorrência de acidente de trânsito. A desembargadora Liége Pires, que votou com o relator, ressaltou que “apesar de o Código Civil entender que a personalidade jurídica da pessoa começa com nascimento com vida, há uma tendência de migração para seu início a partir da concepção”. Em sentido contrário, porém, os votos dos desembargadores Jorge Luiz Lopes do Canto, Leo Lima e Romeu Marques Ribeiro Filho, sustentando que o nascituro não tem personalidade jurídica, tanto mais que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, cabendo àquele que ainda não nasceu mera expectativa de direitos”.<sup>(23)</sup>

Tramita pelo Congresso Nacional o projeto de lei nº 478/2007,<sup>(24)</sup> dos Deputados Luiz Bassuma (PT-BA) e Miguel Martini (PHS-MG), que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e, em 29 de maio de 2010, foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados. Define o nascituro como sendo o ser humano concebido, mas não nascido, compreendendo aquele concebido “*in vitro*” ou por qualquer outro meio científico eticamente aceito. A respeito da personalidade humana estabelece que a adquire com o nascimento com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através do estatuto, da lei civil e penal. É a repetição do pensamento do médico francês Jérôme Lejeune, pai da genética moderna, responsável pela descoberta de um cromossomo a mais sobre o par 21, quando avaliava uma criança com “Síndrome de Down”. Sua revelação, porém, contra sua vontade, começou a

trilhar pela interrupção da gravidez de embriões portadores da doença. Veio à público defender o pensamento que, mesmo sendo um embrião portador de doença, deveria ser respeitado desde sua concepção até sua morte natural, em nítida luta contra o aborto.

Scott,<sup>(25)</sup> diretor executivo da Stanford University Center of Califórnia, um dos primeiros estudiosos a respeito das células-tronco, traça o estatuto do embrião da seguinte forma: “The moral status of an embryo - whether we consider it a mere object, a human being, or somewhere in between – is the subject of thousands of pages of opinion, essays, and research. A rough sorting divides the issue into two camps. One group believes that embryos deserve protection and should not be used for research. The other group believes that embryos can be used and embryonic stem cell should proceed”.

Questão pertinente e que se aflora interessante é a definição do início da vida humana, que durante muito tempo ficou oscilando entre convicções médicas, religiosas, científicas, filosóficas, éticas e jurídicas. O Supremo Tribunal Federal foi chamado para decidir a polêmica questão na Ação Direta de Inconstitucionalidade e, segundo a explicação de Júnior, vem a ser a discussão judicial “envolvendo a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, nos casos de embriões humanos produzidos por inseminação “*in vitro*”, que não fossem utilizados no procedimento de procriação, ou que sejam inviáveis para essa finalidade, além de estarem congelados há três ou mais anos, com a aquiescência dos genitores”,<sup>(26)</sup> conforme permissivo legal do artigo 5º da Lei 11.105, de 24 de março de 2005.<sup>(6)</sup>

O relator, ministro Carlos Ayres Brito, em extenso e fundamentado voto, decidiu que a vida humana é confinada a duas etapas: entre o nascimento com vida e a morte encefálica, período em que a pessoa é revestida de personalidade jurídica, que a ela confere direitos e obrigações na vida civil. Evidenciou ainda o ministro julgador que o “*thema probandum*” estava ligado aos embriões congelados e que não serão utilizados. “O único futuro, sentenciou ele, é o congelamento permanente e descarte com a pesquisa científica. Nascituro é quem já está concebido e que se encontra dentro do ventre materno. Não em placa de “*petri*”. Enfatizou, finalmente, que “embrião é embrião, pessoa humana é pessoa humana e feto é feto. Apenas quando se transforma em feto este recebe tutela jurisdicional”.<sup>(27)</sup>

Os demais ministros, que se guiaram pelo voto do relator, também deixaram transparecer que a vida tem início “*in ventre*” e não “*in vitro*”. O “*locus*” definidor passou a ser intra-útero, casulo acolhedor do embrião, proporcionando a ele todas as condições para seu desenvolvimento. Extra-útero não há vida. O embrião congelado, desta forma, não irá se desenvolver, confinado no botijão de nitrogênio para armazenamento, local impróprio para se ter vida, pode ser considerado um conjunto de células procriativas. Somente com a transferência posterior para o útero é que se concebe a vida.

Justifica-se aqui a comparação do ser e devir, sustentado por Aristóteles, como sendo ser em potência aquele que se projeta ao futuro, indicando as fases sucessivas de transformação do ser, do seu estado inicial até o final, quando se transformará ser em ato. “Há um paralelismo, acentua Artigas, entre esta idéia e o desenvolvimento dos viventes a partir dos zigotos e dos embriões.

Com efeito, nos estágios iniciais, o zigoto ou o embrião é muito diferente do que será ao fim de certo tempo, mas possui capacidades que irão se atualizando, de modo que se produzirá, finalmente, um novo ser.”<sup>(28)</sup>

Também é interessante observar que a lei civil considera incapazes de exercer seus direitos, embora sejam titulares, algumas categorias de pessoas, de forma absoluta ou relativamente.<sup>(12)</sup>

“Art. 3.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesesseis) anos;

II- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III- os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”

“Art. 4.º São incapazes, relativamente, a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;

II- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV- os pródigos.”

De um lado, tem-se aqueles que são considerados absolutamente incapazes e de outro, os relativamente. Em ambos os casos, porém, o conceito de pessoa humana encontra-se presente possibilitando para ambas categorias, com o chamamento de alguém para tomar decisões em seu nome, a defesa de

seus interesses. Assim, de acordo com a proposta de solidariedade constitucional, o Estado se vê obrigado a oferecer uma tutela maior à pessoa fragilizada, indefesa e vulnerável, através de programas sociais de inclusão, tudo para valorização da vida humana.

Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, o direito a uma criança de três anos de ser indenizada moralmente. A relatora ministra Nancy Andrighi, reportando-se ao artigo 3º da Lei nº 8069/90,<sup>(20)</sup> que garante todos os direitos fundamentais da pessoa humana, enfatizou em seu voto: “Induvidoso, pois, que crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos de personalidade”.<sup>5</sup>

Engelhardt,<sup>(29)</sup> analisando as semelhanças entre os recém-nascidos, os deficientes mentais e severamente senis, esclarece que “podemos dizer que os indivíduos severamente senis muitas vezes recebem a condição de pessoas sociais em um sentido atenuado, muito semelhante à condição dos recém-nascidos deficientes, para quem nada mais, além dos cuidados básicos da enfermagem, precisa ser moralmente proporcionado. Por fim, aqueles que se encontram em coma profundo e os bebês anencefálicos parecem desfrutar uma posição moral que impõe ainda menos obrigações seculares gerais”.

Poder-se-ia distinguir os Direitos do homem e do cidadão, nos moldes formulados pela Declaração de Direitos de 1789, que levou o nome de “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. De acordo com Canotilho,

---

<sup>5</sup> Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça 1037759, Registro 2008/0051031-5, julgado em 24.02.2010.

“os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é como indivíduo vivendo em sociedade”.<sup>(30)</sup>

Ou ainda, fazer a distinção entre aqueles que desfrutam direitos e responsabilidades com aqueles que somente desfrutam direitos, mas não são detentores de responsabilidades, exigindo sempre a intervenção de terceiros para agir em nome deles, como é o caso, por exemplo, do paciente em coma permanente. Assim, nessa sequência de pensamento, pessoa no sentido estrito, vem a ser aquela que pode interagir, dotada de pleno poder volitivo e capaz de tomar as decisões necessárias. Já, em sentido amplo, vem a ser aquela dotada de todos os direitos da pessoa estrita, mas sofre restrições com relação ao seu exercício, quer seja retardado ou demente ou ainda em estado permanente comatoso. É uma verdadeira “*capitis deminutio*”, embora necessária.

A Constituição Federal não ungiu cidadãos de primeira e segunda classes. Se todos são iguais perante a lei, o regramento isonômico não permite outra interpretação a não ser um posicionamento inequívoco em defesa da vida. Não se fala, portanto, em defesa do “homem”, da “pessoa” e sim da vida. Tanto é que o merecedor da tutela não é o homem e sim a vida humana. Há uma tendência filosófica, que carrega como base o liberalismo individualista, idealizada por Jacques Maritain, no sentido de separar a pessoa do indivíduo.<sup>(2)</sup>

O Estado somente irá existir em benefício do indivíduo, uma vez que o bem comum era a soma de todos os bens individuais. Da mesma forma, no regime totalitário, o bem individual era sacrificado para que seja o bem comum. A conceituação, no entanto, que se busca no Estado Democrático de Direito é



a do bem comum totalmente distinto do individual, em que há benefício individualizado, contrário aos benefícios que se levantam “*erga omnes*”. A vida humana, como objeto de proteção do Estado, transcende e ultrapassa os frágeis limites da pessoa individualizada.

O juiz e filósofo argentino Casaubon,<sup>(31)</sup> abraçando o conceito moderno de pessoa humana, iniciado por Descartes (“*cogito, ergo sum*”), assim se pronuncia: “*La persona non es para ella algo sustancial ni sustantivo, sino un resultado adquirido por el desarrollo de cada hombre: por autodomínio del próprio carácter y por la autorrealización de cada hombre; el perfeccionamiento psico-ético-técnico de nuestro ser natural, nuestra definitiva individualización y posición en la vida de comunicación con los demás. Idudablemente, aquí “persona” y “personalización” se toman en distinto sentido que en el tradicional*”.

## 2. O HOMEM COMO SER EMINENTEMENTE RACIONAL

---

## 2. O HOMEM COMO SER EMINENTEMENTE RACIONAL

A pessoa humana, desta forma, pelas suas próprias características, difere dos demais seres naturais. A volição, que integra o conjunto chamado pessoa, transmite a voluntariedade e faz o homem escolher e responder pelos seus atos, dotando-o de inteligência e capacitando-o para se relacionar com os outros seres. Cada homem é uma unidade, insubstituível na dimensão estritamente pessoal de sua vida, quer seja na escolha do parceiro, na opção vocacional, na conduta social.

Aristóteles fazia uma distinção entre “*bios*” e “*zoé*”, sendo o primeiro termo referente exclusivamente à vida humana e o segundo a qualquer outra, humana ou não. Os romanos englobaram os dois termos em um só: “*vita*”. A distinção feita pelos helenos, na explicação de Fermin Roland Schramm, pesquisador titular da Fiocruz, era “por considerar que o homem é o ser que possui, além do corpo, a linguagem, a competência moral e política para viver como indivíduo e membro de um grupo”.<sup>(32)</sup> Nesta mesma linha de pensamento acrescenta-se o filósofo italiano Giorgio Agamben, que discursa a respeito da vida nua, da vida natural não politizada, remontando o “*homo sacer*” do Direito Romano.

“A pessoa humana, sentencia Artigas, tem um modo de ser e agir que o colocam acima de todos os seres naturais. O conhecimento intelectual, característica essencial do ser humano, permite que sejam postuladas questões acerca do ser e do sentido e vincula-se com a capacidade de eleger e de amar. Ao querer amar, o homem autodetermina-se de modo voluntário, o

que é possível somente em um ser que possua conhecimento intelectual. A atividade livre fundamenta-se em juízos de valor, que supõem o conhecimento do bem.”<sup>(28)</sup>

A respeito da inteligência, atributo diferenciador do homem, Veatch, com apoio na *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, respondendo a respeito do indivíduo existente, assim se manifestou: “A resposta a essa pergunta não é fácil. Pois na passagem da *Ética a Nicômaco* que citamos antes, encontramos Aristóteles insistindo que a função adequada e o fim verdadeiro do homem dificilmente poderiam consistir em meramente sobreviver (isso até as plantas podem fazer) ou executar as funções animais características (isso cavalos e bois podem fazer). Não, a vida adequada para um ser humano será “a vida prática do homem em posse do raciocínio”. Além do mais, pode-se interpretar isso como significando que o fim verdadeiro do homem consiste em nada mais do que simplesmente viver de forma inteligente”.<sup>(33)</sup>

Pufendorg,<sup>(34)</sup> dando continuidade à linhagem de pensamento de Thomas Hobbes, na clássica obra escrita originariamente em latim “*De jure naturae et gentium*”, assim definiu a racionalidade humana: “O homem então tem em comum com todos os animais que possuem um senso de seu próprio ser o fato de que nada lhe é mais caro do que ele próprio; e de que ele busca por todos os meios sua própria preservação; e de que se empenha por conseguir coisas que lhe parecem boas para si e por evitar e afastar as que lhe são daninhas”.

O homem ocupa seu espaço próprio, com seu corpo e sua intimidade delimitados por ele e garantidos pelo reconhecimento dos direitos de personalidade, pensamento que vai ao encontro do de Kant,<sup>(35)</sup> no sentido de

que na condição de ser pensante e no exercício público de sua razão, encontram-se presentes a maioria intelectual e o exercício pleno da cidadania.

O princípio da intangibilidade humana que acompanha o homem desde quando começou a bradar pelo respeito à sua integridade física, encontrou sérios problemas para se desenvolver na época do império romano. A regra “*nolli me tangere*” era de aplicação restrita, somente para os detentores de cidadania plena. Para os demais, como, por exemplo, os estrangeiros, proibidos de tomar parte do culto da cidade, prevalecia a regra consubstanciada no brocardo: “*dominus membrorum suorum nemo videtur*”, ou, quando se referiam aos escravos, “*liber homo non recipit aestimationem*”.

Coulanges,<sup>(36)</sup> historiador francês, em sua clássica obra que desvendou o mundo greco-romano, descreve: “O homem nada tinha de independente. O seu corpo pertencia ao Estado e era destinado à sua defesa; em Roma o serviço militar era obrigatório até aos quarenta e seis anos, e em Atenas e Esparta, por toda a vida. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade precisasse de dinheiro, podia ordenar às mulheres que lhe entregassem suas jóias, aos credores, que abrissem mão de seus créditos, e aos proprietários das oliveiras, que lhe cedessem gratuitamente o azeite que tinham fabricado”.

Não se qualifica o ser humano como uma verdade corporal, orgânica, racional, biológica ou sociológica. Ele é a síntese da representatividade da própria vida, que lhe confere o potencial para realizar suas aspirações. A realização individual do cidadão é fruto de seu esforço e determinação, visando sempre atingir patamares de um bom viver que o alça em busca da felicidade.

Ultrapassa as raias da individualidade biológica e se firma como uma realidade que o diferencia de todos os demais seres, pela sua potencialidade racional. Mas, não pode realizar sua vocação gregária distante das proteções elementares que o Estado confere a todas as pessoas, como corolário dos princípios da isonomia e justiça. No pensamento de Hart,<sup>(37)</sup> são “quinhões de benefícios distribuídos de forma equitativa a que os indivíduos fazem jus, uns em relação a outros”.

Hobbes,<sup>(38)</sup> que conseguiu conciliar a filosofia experimental de Francis Bacon com o racionalismo de René Descartes, assim se expressou a respeito do poder, valor e dignidade do homem: “O maior dos poderes humanos é aquele que é composto pelos poderes de vários homens, unidos por consentimento numa só pessoa, natural ou civil, que tem o uso de todos os seus poderes na dependência de sua vontade: é o caso do poder de um Estado. Ou na dependência da vontade de cada indivíduo: é o caso do poder de uma facção, ou de várias facções coligadas. Consequentemente ter servidores é poder; e ter amigos é poder: porque são forças unidas”.

O homem, dentro de sua racionalidade, deve se organizar de forma inteligente visando buscar o espaço que lhe for mais conveniente e digno de sua condição, como o Supremo Bem referido por Aristóteles,<sup>(39)</sup> sem prejuízo de caminhar para sua realização e perfeição. Tal regra não seria utópica se todas as pessoas estivessem em igualdade de condições, aparelhadas com as mesmas armas. Toda pessoa humana contém, na sua imensa grandeza, o sentido do próprio universo assim como é depositária de todo valor da humanidade. Cada um passa a ser o todo e não parte do todo. “*Et pluribus*

*unum*". Exige-se um sacrifício de cada pessoa para que não busque somente seus próprios interesses, como pretendiam os seguidores das pegadas socráticas, mas que não aponte os erros e defeitos dos outros, porque, desta forma, é o grupo social a que ele pertence que carregará as imperfeições. "Também pressupomos, adverte Veatch,<sup>(33)</sup> talvez muito acriticamente, não obstante, porém muito regularmente, que essas distinções entre o saudável e o doente, o amadurecido e o atrofiado, o bom e o mau são não meramente arbitrárias e convencionais, mas têm uma base e fundamento da própria natureza".

Tanto é que a tecnologia mais recente vem criando não uma linguagem universal, mas sim a possibilidade de traduzir instantaneamente em 52 idiomas os textos lançados no sistema do Google, com a projeção de 250 línguas num espaço de 10 anos. Esse avanço que cria a máquina inteligente não obriga mais o homem a dominar outra língua, pois encontrará todo um universo de sabedoria até então desconhecido na sua própria. Não se trata de ficção e sim de uma realidade constatada no simples clicar da tela do computador. O homem cosmopolita, com conhecimento globalizado, não dá espaço para a edificação da Torre de Babel. O universo tende realmente a ser uno.

Até mesmo os celulares podem ser utilizados para o exercício da façanha. A revista *Veja*, em reportagem sobre o avanço dos tradutores digitais, enfatizou: "Atualmente, turistas já se beneficiam da tecnologia na hora de escolher destinos de viagem sem levar em conta a língua local, uma vez que ferramentas como a do Google estão disponíveis em celulares. Há outros dispositivos portáteis que fazem a conversão voz-texto ou texto-voz. Soldados

americanos enviados ao Afeganistão já testaram tal aparelho, que dispara mensagens sonoras escolhidas pelos militares na língua local”.<sup>(40)</sup>

Darnton,<sup>(41)</sup> pesquisador e diretor da prestigiosa Biblioteca da Universidade de Harvard, tecendo comentários a respeito dos livros convencionais e dos digitalizados, pondera da seguinte forma: “Exceto pela Wikipédia, o Google já controla os meios de acesso à informação on line da maioria dos americanos, queiram eles descobrir coisas sobre pessoas, bens, lugares ou praticamente qualquer coisa. Além do “Grande Google” original, temos o Google Earth, o Google Maps, o Google Images, o Google Labs, o Google Finance, o Google Arts, o Google Food, o Google Sports, o Google Health, o Google Checkout, o Google Alerts e muitos outros empreendimentos do Google que estão a caminho. Agora o Google Book Search promete criar a maior biblioteca e o maior negócio livreiro que já existiu”.

E, num futuro não muito distante, num esforço científico que demoniza as pesquisas sobre alimentação, a carne do futuro poderá ser desenvolvida em laboratório. Isto porque, com o aumento da população mundial, ficará evidenciada a escassez de carne para uma população de 9 bilhões no ano de 2050. *“A carne in vitro já se provou factível e pode ser produzida de uma forma mais saudável e higiênica que na pecuária atual, disse Philip Thornton, do Instituto Internacional de Pesquisas em Pecuária de Nairóbi, no Quênia”.*<sup>(42)</sup>

O Direito mundial atual desenvolve uma cultura diferenciada com o intuito de proteger o indivíduo no âmbito da sociedade e a preocupação de proporcionar a ele uma vida mais digna, com qualidade e conteúdo, no caminho da realização pessoal, familiar, social e profissional. Prova disso é a



política do bem estar social adotada na Europa pelo programa Welfare State<sup>6</sup> que procura atingir as demandas da população desprotegida. Busca-se de todas as formas estabelecer a igualdade entre as pessoas, concebendo o mesmo tratamento e respeito, porém reconhecendo as desigualdades funcionais, sociais e econômicas. Rawls,<sup>(43)</sup> em brilhante trabalho, coloca de um lado os legisladores como os responsáveis pela elaboração das leis e do outro os juizes como órgãos de decisão dos casos. Tamanha é a dimensão que imprime à razão pública e ao comprometimento individualizado com a cidadania, que concluiu: “Lembre-se que a razão pública vê a posição do cidadão, com o seu dever de civilidade, como análoga à do juiz, com o seu dever de decidir casos. Exatamente como os juizes devem decidir casos baseados igualmente em precedentes, em cânones reconhecidos de interpretação e outros fundamentos relevantes, da mesma maneira, os cidadãos devem raciocinar pela razão pública e guiar-se pelo critério da reciprocidade, empregando sempre que elementos constitucionais e questões de justiça básica estejam em jogo”.

A criativa Lei do Progresso Ético da Humanidade projetada pelo filósofo espanhol Marina, assinala de forma inteligente e sem contestação: “Qualquer sociedade, cultura ou religião, quando se libera de cinco obstáculos – a miséria extrema, a ignorância, o medo, o dogmatismo e o ódio ao vizinho – encaminha-se para um padrão ético comum, que se caracteriza pela afirmação dos direitos individuais, a luta contra a discriminação injustificada, a participação do povo

---

<sup>6</sup> Welfare State surgiu na Europa durante o período da Grande Depressão no ano de 1930. No Brasil, nos anos de 1970 a 1980, com a hegemonia dos governos sociais-democratas e a ampliação do conceito de cidadania. Exemplo é a criação do Funrural, SUDS, atualmente SUS, seguro-desemprego e outros mecanismos.

no poder político, o fomento do diálogo racional, as garantias legais e as políticas de assistência”.<sup>(44)</sup>

A célebre sentença filosófica de Descartes, “*cogito, ergo sum*”, traduz de forma inequívoca a interpenetração entre o ser e o conhecimento, valorizando sobremaneira a inteligência humana, espaço em que se cogita e decide. Mas a premissa pode ser considerada verdadeira como introdução de um pensamento filosófico, porém juridicamente não pode prevalecer em razão do princípio da isonomia, que confere igualdade de tratamento a todas as pessoas. Não se pode de forma alguma concluir, “*a contrariu sensu*” que a pessoa que não pensa, o deficiente mental, por exemplo, não exista. Tal assertiva se apresenta correta e coerente que a própria lei de remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, estabelece, como obrigatoriedade, em seu artigo 3º:

“A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”<sup>(45)</sup>

O corpo humano, desta forma, nada mais é do que um instrumento deambulatório, uma perfeita articulação entre o sistema bioquímico e orgânico, regulado pelas decisões do cérebro, que passa a ser o centro nervoso do comando das ações. Um verdadeiro escudeiro quixoteano. Faz lembrar o relato feito pelo imperador Adriano a Marco, de forma sincera e realista, na obra de

Yourcenar: “Esta manhã, pela primeira vez, ocorreu-me a idéia de que meu corpo, este fiel companheiro, este amigo mais seguro e mais meu conhecido do que minha própria alma, não é senão um monstro sorrateiro que acabará por devorar seu próprio dono”.<sup>(46)</sup>

Pertinente também a observação de Szaniawski,<sup>(47)</sup> comentando e concluindo a lição do espanhol Antonio Borrel-Maciá, no sentido de que “o direito de disposição do próprio corpo estaria subordinado às normas que determinam o uso das coisas. As “res” devem ser utilizadas e o poder de disposição é regido de acordo com sua natureza e finalidade. Identicamente, o uso do corpo humano deve ser feito de acordo com sua natureza e finalidade, conservando o indivíduo, em relação a este fato, seu livre arbítrio e sua responsabilidade moral. A intervenção do legislador teria somente por escopo limitar ou dedar a prática de atos materiais ou jurídicos que constituíssem um perigo social”.

“O corpo humano, com sabedoria explica Oliveira Leite<sup>(48)</sup> após tecer comentários a respeito dos ciclos naturais de renovação de cada fase do homem, é fonte de vida, já que fabrica as forças genéticas – espermatozoides e óvulos – cujo encontro permite a procriação. Todos estes elementos do corpo compõem a personalidade humana”.

De total procedência a dúvida que emerge dos aspectos relacionados com o binômio mente-corpo, debatido exaustivamente por Espinosa. Não se recomenda a separação de ambos, como se praticava no dualismo de substância, onde, de um lado, habitava o domínio físico inorgânico e, de outro,

o domínio orgânico vivo. Recomenda-se a proposta no sentido de que corpo e mente devem interagir, mas sob a administração da mente.

*“Tudo o que acontece no objeto da idéia, salientou o filósofo Espinosa quando descreveu sobre a ética, que constitui a alma humana deve ser percebido pela alma humana; por outras palavras: a ideia dessa coisa existirá necessariamente na alma; isto é, se o objeto da ideia que constitui a alma humana é um corpo, nada poderá acontecer nesse corpo que não seja percebido pela alma”.*<sup>(49)</sup>

O médico português Damásio, professor e chefe do Departamento de Neurologia da Universidade de Iowa, revisitou as obras do filósofo holandês Espinosa e descobriu conceitos que somente agora a mais avançada neurociência vem encontrando resposta e, numa feliz exposição, deliberou:

*“Quando digo que a mente é feita de idéias que são, de uma maneira ou de outra, representações cerebrais do corpo, há talvez a tendência de imaginar o cérebro como o quadro-negro de escola que começa o seu dia inteiramente limpo, pronto para ser inscrito com os sinais que vêm do corpo. Mas nada poderia estar mais longe da verdade. O cérebro não começa o dia como uma tábua rasa. O cérebro está animado desde o início de sua vida com um enorme repertório de sabedoria que diz respeito à forma como a vida deve ser organizada e como o organismo deve responder a certos acontecimentos exteriores”.*<sup>(50)</sup>

É bem provável que o Supremo Tribunal Federal, chamado que foi para decidir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS),

valha-se do conceito jurídico de morte para decidir a respeito do aborto de feto anencefálico. “Pela interpretação do Supremo Tribunal Federal, salienta Oliveira Júnior, a vida somente começa com a concepção in ventre. Pelo conteúdo normativo da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997,<sup>(45)</sup> a morte ocorre com a falência da atividade encefálica. O coração pode e deve pulsar para que se tenha vida biológica para extração dos órgãos e tecidos humanos para doação, quando assim pretendido pelos familiares”.<sup>(51)</sup> A própria Suprema Corte já sinalizou e decidiu favoravelmente através de uma liminar concedida no dia 1.º de julho de 2004 e cassada, em seguida, no mesmo ano, em 20 de outubro. O argumento foi no sentido de que se o feto é portador de doença que comprometa sua atividade encefálica, sem chance de sobreviver fora do útero, não há vida.

Para a realização de suas potencialidades, o homem faz parte de uma sociedade civil, detentora de regras e responsável pelo zelo do “*neminem laedere, bene vivere e suum cuique tribuere*”,<sup>(52)</sup> visando atingir a realização dos anseios do indivíduo e dos demais que com ele formam o agrupamento social, denominado Estado Democrático de Direito. Como a polis helênica e a civitas romana, no auge de suas civilizações. “*Las leyes tienen como finalidad regular las relaciones sociales*, afirma Roberto Altisent, professor de Bioética da Universidade de Zaragoza, Espanha, *las libertades y la igualdad de los ciudadanos, resolviendo los conflictos para dar a cada uno lo que es suyo, para que el pez grande no se coma al chico, evitando el ajuste de cuentas y la ley de más fuerte*”.<sup>(32)</sup>

A vontade consciente, que é o resultado de uma operação coordenada pelo cérebro, forma a ação ideomotriz, que nada mais é do que a realização de condutas em prol da pessoa, como também para o exercício da sua vida social. Poder-se-ia até afirmar que desperta a consciência da finalidade do ser humano. Mente e corpo estão interligados e ambos são promotores, quando em interação, de qualidade de vida sadia e harmônica. O espaço de convivência dos humanos implanta regras gerais e cogentes para disciplinar o comportamento do homem. É a lei exercendo sua função primordial de regulação.

Mas a vontade individual não pode sobrepor-se às regras estabelecidas pela sociedade. Deve, antes de tudo, respeitá-las para que predomine sempre o interesse ditado pelo comunitário. “Tudo na natureza, explicita Kant,<sup>(35)</sup> age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade. Como para derivar as ações das leis é necessária a razão, a vontade não é outra coisa senão razão prática.”

O “*principium individuationis*”, aquele que prega o predomínio da vontade do indivíduo não é absoluto e nem pode ser, numa sociedade que é composta por inúmeros indivíduos. Cada um deve respeito ao outro e a liberdade só será atingida quando o mesmo objetivo social for alcançado por todos. A esse respeito, com muita autoridade, o filósofo alemão Adorno,<sup>(53)</sup> fundador da Escola de Frankfurt, assim proclamou: “Por vezes, o indivíduo se contrapõe à sociedade como um ser autônomo ainda que particular, um ser capaz de perseguir com racionalidade seus próprios interesses. Nessa fase e para além

dela, a questão sobre a liberdade era questão genuína de saber se a sociedade permite ao indivíduo ser tão livre quanto ela lhe promete; e, com isso, a questão de saber se ela mesmo o é”.

Para incorporar o animal político, como define Rousseau, o homem necessita receber a tutela necessária contra agressões e ingerências em sua intimidade, protegendo-a contra qualquer abuso, em particular do poder estatal deve participar ativamente do processo de escolha das normas que irão regular sua conduta no meio social para a formação da vontade geral e ser detentor de condições financeiras necessárias para a satisfação das exigências fundamentais da vida material, para o gozo de uma vida digna e prezar, acima de tudo, sua liberdade. Neste mesmo diapasão segue a proposta constitucional quando instituiu o Estado democrático de direito com a finalidade de “...assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”<sup>7(2)</sup>

Neste contexto, de vital importância, a volição humana se expressa pela autonomia da vontade. Ensina Acquaviva<sup>(54)</sup> que autonomia da vontade “significa, desde logo, a manifestação livre e consciente de pessoa juridicamente capaz, denominando também o princípio de direito privado pelo qual todos podem agir, conforme seus interesses, desde que estes não conflitem com a ordem jurídica. Portanto, a manifestação da vontade humana é

---

<sup>7</sup> Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil.

relativamente livre, pois deve se curvar perante o interesse público, sempre tutelado por normas jurídicas.”

A corporeidade vem a expressar a realidade singular do homem. É ele proprietário de um patrimônio chamado corpo humano, detentor de seus atos, administrador deste inesgotável latifúndio, que vem revestido de uma tutela especial que lhe confere personalidade e o torna sujeito de direitos e obrigações. Ao mesmo tempo em que é um patrimônio individualizado, carrega a semente universal, que irá proporcionar a continuidade da humanidade. Numa expressão mais adequada e atendendo ao conceito hodierno do “homem-corpo”, pode-se dizer que “...por corpo entendemos aquela dimensão do Homem em cuja base ele se institui no quadro dos entes empíricos. Neste sentido, ele é algo que se pode observar e algo que pode ser alvo de experiências, quer na sua estrutura, quer no seu comportamento. Entenda-se bem: não se trata de uma colocação local, extrínseca, mas radical e original, na qual se define a sua origem e constituição, a sua manutenção, o seu declínio e o seu fim”.<sup>(55)</sup>



### 3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

---

### **3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Pessoa e personalidade, na sequência do raciocínio até agora exposto, formam a base e sustentação da dignidade apregoada constitucionalmente e que foi erigida à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, consoante regra prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. A tutela conferida não é destinada somente à vida biológica e sim à dimensão moral e social do ser humano como pessoa, no âmbito de sua liberdade e autonomia.<sup>(2)</sup>

Consistente a definição de dignidade humana lançada no Dicionário de Bioética:<sup>(55)</sup> “O termo “dignidade” indica um atributo universalmente comum a todos os homens, sem cujo reconhecimento não poderá haver liberdade nem, muito menos, justiça ou paz, uma característica específica nossa e que nos coloca num grau superior em relação a todos os outros seres existentes na terra”. É uma carga de atributos que a pessoa humana carrega, diferenciando-a e entronizando-a num cenário de proteção para que possa desenvolver de forma conveniente seu projeto de vida, contando com o respeito do próximo e a proteção estatal.

A origem estrutural da dignidade da pessoa humana tem como alicerce alguns instrumentos legais, a saber: a) Carta das Nações Unidas, de 1945; b) Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; c) a Declaração de Helsinque, elaborada pela Assembléia Médica Mundial, em 1964, como sendo um dos documentos mais importantes com relação à ética em pesquisa com seres humanos, com as necessárias revisões e modificações até o presente; d)

Convênio das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica, em 1992; e) Reunião Internacional em Bilbao, Espanha, sobre “O Direito ante o Projeto Genoma Humano”, que resultou na “Declaração de Bilbao”, em 1992; f) Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras, na Espanha, em 1994; g) Projeto de Convênio de Bioética do Conselho da Europa, que teve como objetivo a investigação não terapêutica do embrião “*in vitro*”; h) Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, de 1997 (*Convention pour la protection des Droits de L’Homme et de la dignité de l’être humain à l’égard des applications de la biologie et de la médecine*); i) Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997; j) Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética, em 1998; k) Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, de 2003; l) Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005. m) Revisão da Declaração de Helsinque, em 2008.

O Tribunal de Nuremberg, cuja legitimidade é ainda questionada, uma vez que era desprovido de valor transnacional, além de ter sido constituído “*post factum*”, apresenta-se como um importante marco para que o homem pudesse armar defesa com relação aos crimes cometidos contra a humanidade, em tempo de guerra ou não. Diz-se “contra a humanidade” porque abrange a raça humana, com todos seus conseqüentários. Os advogados chamados para assumir as defesas dos quase 200 acusados, alegaram ofensa ao princípio da legalidade invocando o brocardo “*nullum crimen sine previa legem*”, pretendendo demonstrar que não havia lei anterior definindo os crimes de guerra como crimes contra a humanidade.

Interessante e penalmente relevante a observação sempre arguta de Suannes,<sup>(56)</sup> desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Em verdade, prevaleceu naquele julgamento, não o entendimento de que se violava o “*nullum crimen sine lege*”, pois o crime de homicídio sempre foi contemplado pelo Direito, desde tempos imemoriais, merecendo, quase sempre, a pena capital. O que se discutia ali é se os réus poderiam invocar o princípio segundo o qual agiram de acordo com o Direito e em obediência à autoridade constituída, donde não lhes poder ser exigida conduta diversa, pressuposto básico para a responsabilidade penal”.

Soçobrou a argumentação defensiva porque, conforme ainda salienta Suannes,<sup>(56)</sup> o “*timor reverentialis*” e a obediência hierárquica não se podem sobrepor a um costume que diz com o devido respeito à dignidade da pessoa humana, que se presume conhecido e aceito por todas as pessoas razoavelmente civilizadas, principalmente quando, por dever de ofício, cabe-lhes aplicar o Direito. A regra costumeira que impõe tal respeito tem força cogente, sobrepondo-se a qualquer texto escrito, eis a lição a ser dali tirada.”

A proteção universal do homem veio consubstanciada no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, aprovado em Roma, no ano de 1998, e em seu artigo 7º elencou os crimes que deverão ser perquiridos pelo Tribunal Penal Internacional (TPI), ou Corte Penal Internacional (CPI), órgão permanente, estabelecido em Haia, desde 2002:

a) homicídio; b) extermínio; c) escravidão; d) deportação ou transferência forçada de uma população; e) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; g)

tortura; h) agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; i) perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; j) desaparecimento forçado de pessoas; k) crime de apartheid; l) outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou mental.

Conforme se observa, o conceito de dignidade veio se formando através dos tempos, desde as guerras mundiais, dos procedimentos nazistas envolvendo pesquisas com seres humanos, em Nuremberg, escravidão e outras práticas cruéis, degradantes, de desconsideração e desprestígio da pessoa humana. A evolução cultural, e o amadurecimento da sociedade fizeram com que o homem retomasse seu estágio natural de liberdade e levantasse a bandeira protetiva de seus direitos. Quando se fala em dignidade da pessoa humana ingressa-se em um universo de proteção ilimitada, amparando direitos já conquistados assim como outros derivados e outros ainda que virão em razão da mutabilidade da própria sociedade. “O tema da dignidade, aliás, salienta D’agostino,<sup>(57)</sup> é um tema que precisa mudar constantemente de enfoque semântico para adequar-se à rápida transformação dos contextos simbólicos e experienciais”.

Cada qual decidirá a respeito de seu modelo de vida, de seus ideais e objetivos a atingir, buscando a realização pessoal, familiar e profissional para que possa atingir o “Bem “Supremo” do homem, consistente na busca da própria felicidade, como acentuou Aristóteles na “Ética a Nicômaco”:<sup>(39)</sup>

“Sendo, pois, de duas espécies a virtude, intelectual e moral, a primeira, por via de regra, gera-se e cresce graças ao ensino – por isso requer experiência e tempo; enquanto a virtude moral é adquirida em resultado do hábito, donde ter se formado o seu nome (etiké) por uma pequena modificação da palavra *éthos* (hábito). Por tudo isso, evidencia-se também que nenhuma das virtudes morais surge em nós por natureza. Por exemplo, à pedra que por natureza se move para baixo não se pode imprimir o hábito de ir para cima, ainda que tentemos adestrá-la jogando-a dez mil vezes no ar; nem se pode habituar o fogo a dirigir-se para baixo, nem qualquer coisa que por natureza se comporte de certa maneira a comportar-se de outra.

Não é, pois, por natureza, nem contrariando a natureza que as virtudes se geram em nós. Diga-se, antes, que somos adaptados a recebê-las e nos tornarmos perfeitos pelo hábito”.

O homem, fim e valor em si mesmo, centro e ponto de convergência de todas as ações, dotado da capacidade volitiva e intelectual, detentor de uma supremacia própria, exerce sua condição de sujeito moral, com autonomia decisiva própria, buscando todos os meios para o desenvolvimento de sua inalienável dignidade. Daí que a Constituição Federal,<sup>(2)</sup> quando estabelece os objetivos da República Federativa, não faz nenhuma distinção com relação ao

ser humano, considerando a igualdade entre ele e proibindo preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>8</sup>

O respeito ao cidadão é devotado ao que ele é, ao que ele pensa, ao que ele quer. O homem, em sua dimensão inteligente, para que possa levar com sucesso seu projeto de vida, não pode se esquecer da realização das ações justas, equitativas e convenientes para o meio em que vive. Tais ações serão repetidas e aperfeiçoadas pelas gerações seguintes. Forma-se, se assim pode ser dito, uma verdadeira dialética hegeliana, onde a tese é ostentada e refutada pela antítese, sendo ambas consumidas pela síntese. Sempre num processo evolutivo e dinâmico, da síntese nasce nova tese, que é contestada pela antítese, e assim por diante. Nietzsche, abraçando sua verve poética, quando escreve sobre a liberdade do espírito humano, assim bradou:

“Que aspecto pouco moral teria o mundo sem o esquecimento! Um poeta poderia dizer que Deus postou o esquecimento como guardião na soleira do templo da dignidade humana.”<sup>(58)</sup>

A Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas), sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em 13 de dezembro de 2006, ratificada pelo Brasil, com força de emenda constitucional, apresenta-se como um dos documentos mais importantes de prestígio à dignidade da pessoa humana no início deste século, ofertando várias ferramentas de defesa dos direitos das pessoas com deficiência, para que prevaleça a igualdade e a não discriminação. O artigo 3º, letra “a”, quando trata dos princípios gerais que norteiam a Convenção, estabelece:

---

<sup>8</sup> Artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal.

A presente Convenção incorpora os seguintes princípios:

a) O respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual;

O artigo 17, que trata da proteção e integridade da pessoa, enfatiza:

Toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

O artigo 25, responsável pelas normas a respeito da saúde do deficiente, assim determina em seu artigo 25, letras “a” e b”:

Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de usufruir o padrão mais elevado possível de saúde, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes deverão tomar todas as medidas apropriadas para assegurar o acesso de pessoas com deficiência a serviços de saúde sensíveis às questões de gênero, incluindo a reabilitação relacionada à saúde. Em especial, os Estados Partes deverão:

- a. Estender a pessoas com deficiência a mesma amplitude, qualidade e padrão de programas e cuidados de saúde gratuitos ou acessíveis a que as demais pessoas têm acesso, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral;
- b. Propiciar aqueles serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especificamente por causa de sua deficiência, inclusive identificação e intervenção precoces, bem como serviços projetados para



minimizar e prevenir deficiências adicionais, inclusive entre crianças e idosos;

O artigo 28, arrematando de forma conclusiva os direitos das pessoas com deficiência, assim proclama:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria constante de suas condições de vida, e deverão tomar as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização deste direito sem discriminação baseada na deficiência.
2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao desfrute deste direito sem discriminação baseada na deficiência, e deverão tomar as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização deste direito, tais como:
  - a. Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de água limpa e assegurar o acesso aos apropriados serviços, dispositivos e outros atendimentos para as necessidades relacionadas com a deficiência;
  - b. Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza;
  - c. Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso;

- d. Assegurar o acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos; e
- e. Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

Tal documento, corajoso e ambicioso, aprovado pelo consenso de 192 Estados membros da ONU demonstra a nítida preocupação em salvaguardar os direitos e liberdades fundamentais das pessoas deficientes para que possa promover o respeito à dignidade, com uma política igualitária para o pleno e harmonioso crescimento da personalidade humana. Preza-se, acima de tudo, o homem como participante, contribuinte e representante da humanidade e, mesmo que tenha restrições deambulatórias ou mentais, terá assegurado seu direito de autonomia, tanto pela sua própria manifestação como pelo seu representante legal. A regra é, portanto, inclusiva.

#### 4. A AUTONOMIA DA VONTADE NA CONCEITUAÇÃO BIOÉTICA

---

#### **4. A AUTONOMIA DA VONTADE NA CONCEITUAÇÃO BIOÉTICA**

Em razão da flexibilidade interpretativa que a hermenêutica possibilita, pode-se deslocar a autonomia da vontade, compreendendo a esfera de autodeterminação em que a pessoa toma decisões que gerenciam sua vida, para a área da bioética, sem prejuízo da aplicação de seus princípios basilares, porém com um contorno diferenciado, aproximando-se cada vez mais dos objetivos propostos pela nova ciência.

O êtho, eos-ous, em sua origem, nada mais era do que o costume, a tradição, ambos voltados para a moral. Seria, num linguajar mais liberal, a regularização moral e correta da conduta humana, passada de geração em geração, sempre procurando atingir os pontos harmônicos da convivência humana. É a realização espontânea dos bons valores. O acréscimo “*bíos, ou*”, de uma forma consagrada, significa vida. Mas é muito limitado definir bioética nos termos do Dicionário Houaiss: “Estudo dos problemas e implicações morais despertados pelas pesquisas científicas em biologia e medicina [A bioética abrange questões como a utilização de seres vivos em experimentos, a legitimidade moral do aborto ou da eutanásia, as implicações profundas da pesquisa e da prática no campo da genética etc.]”.<sup>(59)</sup>

A nova ciência da bioética surgiu, com toda força e projeção com o Julgamento de Nuremberg, em 1947, quando começou a reflexão a respeito da ética biomédica contemporânea. Condenava-se a pesquisa com seres humanos sem o seu livre consentimento. No ano seguinte, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Código de Nuremberg

proporcionaram uma nova tutela aos direitos individuais e coletivos com uma dimensão diferenciada do ser humano e das condições favoráveis para o seu desenvolvimento. O termo “bioética” foi introduzido pela primeira vez pelo oncologista Van Renssler Potter, em seu livro “Bioethics. Bridge to the Future.”<sup>9</sup> Já, em 1970, ocupando um espaço mais amplo que, a bioética se intitulou ética das ciências

O avanço e a evolução da sociedade, dos costumes, do incessante desenvolvimento das pesquisas em seres humanos, do início ao fim da vida, como a eleição do sexo do filho, da clonagem de seres humanos, das terapias gênicas, dos métodos de reprodução humana assistida, da maternidade substitutiva, da eugenia, da eutanásia, da distanásia, da ortotanásia, da escolha do tempo para nascer e morrer, da engenharia genética, da cirurgia de transgenitalização em caso de transexualidade, da utilização da tecnologia do DNA recombinante, da utilização das células-tronco embrionárias, do transplante de órgãos e tecidos humanos, da biotecnologia e muitos outros avanços científicos aqui não enumerados, abriram um leque imenso de atuação médica, principalmente na área de pesquisa e laboratorial. As novas tecnologias que pareciam ainda distantes, batem às portas dos grandes centros médicos e se fazem presentes para a utilização nos seres humanos. A perplexidade ultrapassa as raias da curiosidade e faz nascer um novo campo onde se concentram a ética médica e a bioética, ambas à procura de definição, de direcionamento e soluções para seus conflitos. Faz lembrar Pitigrilli, no seu inesquecível livro “O Homem que inventou o amor”, quando profetizava que

---

<sup>9</sup> O pensamento do autor, em 1971, era mudar a relação entre homem/natureza, levando-se em consideração a preocupação de garantir a sobrevivência humana e a qualidade de vida.

tanto a medicina como o direito têm necessidade de montanhas de vítimas para progredir uns poucos metros.

Toda a somatória dos recursos tecnológicos exercem influência direta na evolução do homem, tornando-o, de geração em geração, uma amostra mais apurada contendo os bancos de dados da sua espécie. Esse depósito de informações revela o ambiente vivido pelos seus ancestrais e projeta uma sobrevivência mais condizente com a natureza humana racional. “O que o DNA tem de especial, afirma Dawkins, eleito em 2005 o mais influente intelectual britânico pela revista Prospect, professor da Universidade de Oxford, Inglaterra, e autor de obras fundamentais sobre biologia evolucionária, é o fato de sobreviver não em sua matéria propriamente dita, mas na forma de uma série indefinida de cópias. Como ocorrem erros ocasionais de cópia, novas variantes podem sobreviver ainda melhor que suas predecessoras, e assim o banco de dados com as informações que codificam receitas para a sobrevivência melhora com o passar do tempo. Essas melhoras se manifestarão na forma de melhores corpos e outros recursos e expedientes para a preservação e a propagação das informações codificadas. Em essência, a preservação e a propagação das informações do DNA normalmente significarão a sobrevivência e a reprodução dos corpos que o contêm”.<sup>(60)</sup>

Provavelmente dessa assertiva foi finalizada a pesquisa publicada na revista Science<sup>(61)</sup> em que ocorreu o cruzamento há 50 mil anos de grupos de “*homo sapiens*” com os neandertais, cujo DNA contém toda a diversidade genética da humanidade atual. A mutação dos componentes hereditários

transformou os homens de hoje, embora tenha que se afirmar que originariamente a diferença com os neandertais era muito pouca.

A bioética ganha corpo e expande-se por todas as áreas, envolvendo vários profissionais que discutem com profundidade as novas propostas apresentadas pelos pesquisadores. Responsável pelos resultados das pesquisas envolvendo a saúde e vidas humanas, a bioética tem sempre como norte a evolução da ciência e de seus aparatos tecnológicos em confronto permanente com o princípio da dignidade humana, lastreado na Constituição Federal. Quando os projetos fincam com segurança, recebendo o “*place*” da sociedade, a intervenção médica passa a constituir procedimento regulamentar, com protocolos e garantias para o médico e paciente, que já não é mais sujeito de pesquisa e sim destinatário da nova pesquisa.

A inter, a multi e a transdisciplinaridade da bioética avança todas as áreas de atuação do ser humano e não se limita somente ao campo da saúde. De ciência criada para proteger o meio ambiente para que o homem pudesse desenvolver a contento suas atividades, atingiu sua plenitude como ciência da vida. Basta ver que no Brasil as Agências Reguladoras, criadas para cuidar da descentralização do Estado, classificadas como autarquias, são órgãos encarregados de intervir e fiscalizar a execução de serviços transferidos a terceiros estranhos à administração pública, para que as atividades sejam desempenhadas com qualidade e total satisfação dos consumidores no âmbito do “*Welfare State*”. Desta forma, ditam regras de controle de cunho gerencial e técnico para alcançar o bem estar da comunidade.

São exemplos de Agências Reguladoras, dentre outras: a) ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações); b) ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária); c) ANA (Agência Nacional de Águas); d) ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil); e) ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica). Tais órgãos expedem ordens técnicas que devem ser rigorosamente atendidas para que o conforto, segurança, saúde e bem estar do cidadão sejam protegidos. Em caso de transgressão das determinações técnicas, a Agência Reguladora assume a defesa do consumidor e procura fazer o ajustamento do serviço à necessidade da comunidade.

O próprio Código de Defesa do Consumidor,<sup>(62)</sup> que é um instrumento legal de proteção e defesa do consumidor, originariamente teve como filosofia a garantia da ordem pública e do interesse social, para que a coletividade difusa de pessoas destinatárias das atividades de produção, montagem, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos, bens de qualquer natureza e prestação de serviços possam ser protegidas de acordo com os critérios da existência digna do ser humano.

O “*Recall*” anunciado pelas indústrias automobilísticas nada mais é do que a convocação do comprador de um produto que apresenta defeito para que, sem qualquer ônus, seja substituído, visando garantir a segurança do proprietário. Pode acontecer também que o “*recall*” seja feito pela indústria de fármaco para a retirada de um determinado medicamento do mercado, como foi o caso do “Vioxx”. Uma cadeira para a pessoa com dificuldade de locomoção não pode ser construída de acordo com a vontade do fabricante e sim seguir a ergonomia, o peso e design recomendados. O avanço tecnológico



que traz segurança, saúde, conforto e bem-estar para o homem é mantido pelas regras do próprio homem, que serão modificadas somente com a introdução de novas conquistas. É um caminhar buscando a perfeição.

A bioética tem também total aplicação na economia. A crise financeira que assolou os Estados Unidos no segundo semestre de 2008, teve reflexo em todo mundo. A restrição de crédito, a redução das atividades industriais, a diminuição das importações e exportações, a desaceleração do mercado mundial, não atingem somente os países envolvidos direta e indiretamente no impacto da crise. Avançam e atingem as pessoas que se endividam mais, despojam-se de seus bens, são tomadas por depressão, estresse, por várias síndromes, provocam o aumento das separações, suicídios e mortes. O abalo financeiro produz, portanto, uma radical mudança no cotidiano das pessoas, afetando sua vida social, familiar, saúde e bem estar, objetivos básicos da bioética.

A definição desta nova ciência, com seu formato atual, foi lançada na segunda edição da *Encyclopedia of bioethics*, com a seguinte ementa:

“Estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”.<sup>(63)</sup>

Com a competência que lhe é peculiar e por ser a primeira jurista brasileira com incursão no estudo da bioética, realizando um trabalho reconhecidamente impecável, Diniz,<sup>(64)</sup> assim propõe o entendimento da bioética: “A bioética seria, então, um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto

abarcaria pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política etc., para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia etc., decidindo sobre a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações”.

Segre,<sup>(65)</sup> professor titular do Departamento de Medicina Legal, Ética Médica e Medicina Social e do Trabalho da USP e Cohen, professor responsável pela disciplina de Ética Médica do Departamento de Medicina Legal da mesma instituição de ensino, alertando para o posicionamento abrangente e a necessidade de interação com profissionais de variadas áreas, explicitam: “Médicos, biólogos, psicólogos, psicanalistas, cientistas sociais, filósofos, religiosos, juristas, enfermeiros, são apenas exemplos de pessoas, de diferentes formações, que têm papel a desempenhar na discussão bioética. Porque a Bioética, discutindo a vida e a saúde humanas, não apenas interessa a todos os homens, bem como requer, para essa discussão, a bagagem do conhecimento de todos esses profissionais”.

A atualidade do conceito da bioética, após a aprovação da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, durante a 33.<sup>a</sup> Conferência Geral da UNESCO, inseriu um plus relacionado com os conceitos de inter e transdisciplinaridade, na busca de soluções mais adequadas e ajustadas para

as nações pobres, principalmente as da América Latina e Caribe. É uma ciência que ocupa o espaço de reflexão eminentemente interdisciplinar, focalizada na vida humana e nos avanços científicos. É o próprio homem, em sua diversidade, que deve apontar quais os avanços da biotecnologia e da biotecnociência são oportunos e convenientes para sua saúde e bem estar.

O odontólogo e bioeticista Garrafa,<sup>(66)</sup> Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília, um dos mais destacados na área, com seu profundo conhecimento assim a definiu: “Com as transformações e o novo ritmo que começou a ser experimentado no contexto internacional da bioética, o escopo da ética aplicada deixou de ser considerado meramente individual ou específica para, ao contrário, passar a exigir participação direta da sociedade civil nas discussões com vistas no bem-estar futuro das pessoas e comunidades. A questão ética, pois, adquiriu identidade pública; deixou de ser considerada apenas uma questão de consciência a ser resolvida na esfera privada ou particular, de foro individual ou exclusivamente íntimo. Hoje, ela cresce de importância no que diz respeito à análise das responsabilidades sanitárias e à interpretação histórico-social mais precisa dos quadros epidemiológicos, como também é essencial na determinação das formas de intervenção a ser programadas, nas questões ambientais, na formação do pessoal sanitário e outros, na responsabilidade dos Estados frente aos cidadãos, principalmente os mais frágeis e necessitados”.

“O avanço científico de nossos dias, adverte Sá, requer que muitos conhecimentos se associem, diante de objetivos maiores e da abertura de melhores condições de vida do homem; basta lembrar, nesse particular, o que

está a ocorrer com a biogenética, que une, sem dissolver, a Física, a Química e a Biologia, buscando novos modelos de células e, com isso, beneficiando diversos outros setores da medicina, da produção industrial e agrícola etc.”.<sup>(67)</sup>

Numa definição que afasta o conceito convencional ligado à ciência da vida ou até mesmo da ética da vida, buscando horizontes mais palpáveis e realistas para assentar os valores humanos no âmbito de uma sociedade democrática e pluralística, Pessini e Barchifontaine,<sup>(68)</sup> numa definição irreparável de José Alberto Mainetti, assim se posicionam:

*“A bioética é um produto da sociedade do bem-estar pós industrial e da expansão dos direitos humanos da terceira geração (para a paz , para o desenvolvimento, meio ambiente, respeito ao patrimônio comum da humanidade) que marcaram a transição do estado de direito para o estado de justiça. Já não se trata só do direito individual e negativo à saúde, nem do direito à assistência sanitária, mas, também, das obrigações de uma justa macrobioética da responsabilidade frente à vida ameaçada (crescimento populacional, genoma, catástrofe ecológica, energia nuclear) e dos direitos das futuras gerações. Nesta perspectiva transgeracional adquire valor a revolução biológica e bioética como medicina ambiental, biogenética, epidemiológica (SIDA/AIDS), preventiva, educativa e promotora da saúde”.*

Luna e Salles,<sup>(69)</sup> a primeira docente da Universidad de Buenos Aires e a segunda docente da cátedra de Filosofia da Universidade St. John, em Nova York, em trabalho publicado, apresentam uma conceituação abrangente da bioética: *“La vida contemporânea enfrenta una variedad de problemas y*

*dilemas que generan gran perplejidade y dificultades en las personas que tienen preocupaciones éticas. Éstas pueden ir desde la admisibilidad de la investigación con células embrionales o de la clonación, pasando por decisiones al final de la vida como lo es la eutanasia voluntaria, y por la aceptación o el rechazo del aborto”.*

## 5. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

---

## **5. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA**

Os princípios que norteiam a nova ciência da bioética foram introduzidos por Beauchamp e Childress<sup>(1)</sup> e apresentam-se como regras gerais apontando as fontes pesquisadas para se entender as áreas particulares da vida moral, levando o homem a tomar decisões que vão afetar suas vidas com liberdade e responsabilidade.

### **5.1. Princípio da Beneficência**

O significado de beneficência pode ser traduzido como a preocupação de se fazer o bem, mas voltado para a bioética, assume uma especial característica no sentido de que o profissional deve se preocupar com a realização do bem alheio, principalmente a vida e a saúde. Justiniano, imperador do Oriente, elencou a trilogia do Direito da seguinte forma, no Título I, III de sua obra: "*Júris praecepta sunt haec: honestae vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*".<sup>(52)</sup>

Bem se vê que o não lesar a outrem faz parte de uma regra normativa com aplicação geral, demonstrando uma regra imperativa no sentido de se praticar somente aquilo que seja bom para a outra pessoa, no âmbito da solidariedade humana em sua forma mais expressiva. Não no sentido de caridade, de provimento material, mas sim de um cunho obrigacional, inerente àquele que atua na área da saúde. Maximizar o bem do outro compreende minimizar o prejuízo do ato médico ao paciente.

Agrega-se a esse princípio o da Sacralidade da Vida Humana (PSV), que compreende a indisponibilidade da vida humana em qualquer situação, tendo como objetivo precípua encontrar todos os meios para reduzir o sofrimento alheio.

## **5.2. Princípio da Não-Maleficência**

Há uma aparente semelhança com o princípio anterior pois, “*a contrariu sensu*”, ter-se-ia que no fazer o bem compreende o não fazer o mal. Baseado no dictum hipocrático do “*primum non nocere*” vem a significar que, em primeiro lugar, deve-se fazer o bem, sem causar qualquer prejuízo à pessoa. Em uma interpretação mais apropriada, ao socorrer uma pessoa, ao menos, evitar o dano maior. Enquanto o princípio da beneficência reside no campo preventivo, de promoção do bem, o da não-maleficência enfoca diretamente a obrigatoriedade de não causar dano. Daí que, pela regra do princípio da proporcionalidade, aplica-se o último princípio a todas as pessoas, como regra geral, enquanto o primeiro tem um campo de penetração bem menor. A conclusão a que se chega é que, optada a conduta para se atingir o bem, não há regresso para se encontrar o mal. Seria uma ação contra a beneficência.

Não quer dizer também que a ciência da vida se posicione como um órgão eminentemente censor ou limitador dos profissionais que militam na área de saúde ou se dedicam à pesquisa. A não-maleficência pode até ocorrer em uma ação que inicialmente seja benéfica, porém, seu resultado não é conveniente e possa provocar dano à pessoa. A prática bioética visa



aconselhar e direcionar as ações dirigidas às pessoas, para que sejam justas, corretas e proporcionalmente, entre o dano e o sucesso, que prevaleça o último.

### **5.3. Princípio da Justiça, Equidade ou Redistributivo**

Os benefícios recebidos por uma pessoa, em razão do princípio da igualdade, determina que sejam estendidos a outras. A isonomia compreendida no princípio da Justiça deve ser interpretada com certa cautela. Talvez até a expressão mais adequada seja isonomia ou paridade de tratamento do que propriamente justiça. Nem se pode interpretar justiça como instituição, mais sim no sentido daquilo que é justo, correto, que deve ser aplicado a outrem porque trouxe benefício a alguém. A igualdade preconizada pela Lei Maior é a que afasta diferenciações e as discriminações de toda ordem, para a construção de uma sociedade humana justa e igual. Todos, desta forma, são colocados em igualdade de condições, sem considerações a respeito de sexo, cor, raça, idade e qualquer outro conteúdo de exclusão social.

“A Constituição Federal de 2008, ensina Moraes,<sup>(70)</sup> adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico”.

A própria interpretação kantiana a respeito da justiça admite que a liberdade igual e a prioridade dos direitos carregam a noção de autonomia.

Após definir a lei moral que os homens podem construir para uniformizar as condutas, de forma que seja justa e conveniente, aconselha o acatamento às normas estabelecidas pelos seres racionais e livres como forma de prestigiar a igualdade entre todos. Assim, as pessoas agem em obediência aos próprios princípios escolhidos e são protegidas por eles.

“Na busca desse ideal de justiça procedimental perfeita, conforme acentua Rawls,<sup>(71)</sup> professor de Filosofia Política na Universidade de Harvard, o primeiro problema é projetar um procedimento justo. Para fazê-lo, as liberdades de cidadania igual devem ser incorporadas na constituição e protegidas por ela. Essas liberdades incluem a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual e a igualdade dos direitos políticos”.

As políticas públicas do Brasil voltadas para a área da saúde, embora tenham um embasamento híbrido, compreendendo o público e o privado, não são suficientes para responder ao princípio distributivo e atender de forma igual a todos os cidadãos, com planejamento e, principalmente, continuidade. O médico Bosi Ferraz, diretor do Centro Paulista de Economia da Saúde (CPES) da Universidade Federal de São Paulo, assim se pronunciou quando discutiu o recente plano de saúde aprovado pelo governo norte-americano:

“Vivemos num mundo sonhador, o que é muito bom, mas que não pode deixar de ter um olhar realista. Os EUA estimam quanto são os excluídos, ou seja, 52 milhões de americanos. Aqui no Brasil acreditamos e sonhamos com um sistema universal, mas que na realidade não atende minimamente e decentemente alguns milhões de brasileiros. Quantos são os hipertensos e diabéticos com doença diagnosticada (isso sem falar nos ainda não

diagnosticados, mas doentes) e que não têm minimamente assistência e tratamento regular? Se considerarmos algumas doenças infecciosas que solapam nossa sociedade, o quadro é mais dramático ainda. Nesse contexto, quantos são de fato os excluídos no Brasil ?<sup>(72)</sup>

É de ser levada em consideração também a realidade econômico-financeira e social do Brasil, que se apresenta na fila dos países em desenvolvimento com um grau de assistencialismo médico distributivo que deixa a desejar. A aplicação do princípio distributivo encontra obstáculo para sua penetração porque o país aplica pouco e mal na saúde. Basta ver que a dengue, malária, tuberculose, leishmaniose e hanseníase figuram ainda com relevante incidência e altos índices de letalidade, no campo das moléstias infectocontagiosas. Com tal política de distanciamento, a unidade do gênero humano fica comprometida, pois a unidade do mundo, com as mesmas conquistas e avanços médicos, é um direito da própria humanidade.

O desrespeito e a discriminação em não estender o alcance dos bens aos excluídos, passa a ser, em primeiro lugar, um assunto fundeado na Justiça, responsável pelo "*suuum cuique tribuere*", consistente em fazer a repartição equitativa. Não logrando sucesso, corre o perigo da violência ocupar o espaço, com a criação de blocos ideológicos, que poderão levar até mesmo a um conflito entre as nações mais desenvolvidas e as mais pobres.

O Papa João Paulo II, com a sensibilidade que lhe é peculiar para discutir a promoção da pessoa humana em todas as suas dimensões, assim se pronunciou na Encíclica Solitudo Rei Socialis: "Quando se repara na gama dos diversos setores - produção e distribuição de víveres, higiene, saúde e

habitação, disponibilidade de água potável, condições de trabalho, especialmente feminino, duração da vida e outros índices econômicos e sociais, o quadro, no seu conjunto, apresenta-se desolador, quer considerando-o em si mesmo, quer em relação aos dados correspondentes dos países mais desenvolvidos. A palavra “fosso” volta espontaneamente aos lábios”.<sup>(73)</sup>

Cabem nesse princípio algumas considerações a respeito do avanço desmedido da indústria farmacêutica. A saúde humana tem um preço sim quando necessita de socorro farmacêutico. Há inúmeros medicamentos sendo comercializados nas drogarias, com custo altamente considerável para uma população considerada pobre, e muitas vezes sem atingir o resultado terapêutico desejado. A lei Kefauver-Act, em vigor desde 1962 nos Estados Unidos da América, outorgou poderes para o FDA (Food and Drugs Administration) coibir a comercialização de medicamentos sem efeitos terapêuticos devidamente comprovados, ou, pior, que sejam prejudiciais à saúde. Os países pobres são os mais prejudicados porque não dispõem de recursos, muitas vezes, para iniciar um programa de vacinação. Mas também sofrem os mais ricos porque não garantem a todo cidadão o acesso aos mais variados tipos de tratamento.

Na contabilização do custo/benefício, paga-se muito pela saúde humana, que não recebe o correspondente ao investimento público nem à aquisição de medicamentos. Quando se deseja a distribuição de medicamentos para a humanidade, computado aqui o gasto e o conseqüente lucro das empresas farmacêuticas, o pensamento é universal, independentemente da riqueza ou pobreza de determinado país. O princípio da justiça vem munido de um mando

coercitivo, no sentido de que o medicamento, já experimentado e colocado no mercado, tenha um custo que seja compatível para os países miseráveis, para que todos possam ter o acesso à droga. Do contrário, somente uma casta seria privilegiada enquanto a outra, de poucos recursos financeiros, estaria condenada a conviver com a doença ou aguardar o tempo da chegada da morte.

É o caso, por exemplo, da cidade de Suazilândia, no sul da África, que luta de forma desproporcional contra a AIDS, que lá se implantou com ânimo definitivo, fazendo cada vez mais vítimas. O tratamento da doença é feito com poções de ervas e passes de curandeiros, que apregoam à desinformada e vulnerável comunidade que os antirretrovirais são considerados venenos. A política bioética razoável aconselha o início de uma campanha de conscientização pelo próprio governo, contando com o auxílio de outros países, para distribuir as drogas mais avançadas à população como gesto de solidariedade universal e obediência ao princípio da Justiça.

Reinach,<sup>(74)</sup> lançando mão com maestria da analogia entre os medicamentos e os computadores, assim exemplificou: “Ao contrário dos computadores, que a cada ano ficam melhores e mais baratos, os medicamentos, a cada ano, se tornam melhores e mais caros. Enquanto a sociedade acreditar que uma vida não tem preço, as companhias farmacêuticas vão continuar a sustentar que um remédio novo, potencialmente melhor, também não tem preço”.

De Mello, *et al.*<sup>(75)</sup> em interessante artigo publicado a respeito à garantia ao acesso de medicamentos nos países pobres, assim se manifestaram: “É

alarmante constatar distorções de tal magnitude ao acesso e consumo de fármacos no Brasil. De um lado, a pequena parcela economicamente privilegiada da população tem acesso irrestrito aos medicamentos, desenvolvendo um padrão de consumo excessivo, pouco racional e até mesmo nocivo à saúde. Por outro lado, a maioria da população que carece das condições econômicas necessárias para garantir sua qualidade de vida, permanece marginalizada e excluída quanto ao acesso, padecendo pela falta dos tratamentos que necessita”.

Distorção de tamanho impacto faz ver que, apesar de toda evolução do conhecimento médico científico e a produção sem fim de medicamentos, o homem considerado de poucos recursos continua distante dos benefícios que atendem somente parcela de uma prestigiada casta social. No mundo atual, por incrível que pareça, vive-se o renascimento da cultura humanística onde o homem surge como destinatário único e exclusivo da produção humana que visa não só prolongar a vida, como conferir qualidade ao seu detentor, a fim de que possa viver em condições mais condizentes com sua dignidade. É a visão antropocêntrica do mundo.

O desenvolvimento científico aplicado em diversas áreas, principalmente na biologia molecular, na engenharia genética, iniciadas após a decifração do DNA recombinante, no transplante de órgãos e tecidos humanos, nas novas tentativas que se abrem para pesquisas com células-tronco, constituiu um verdadeiro arsenal de esperança para a pessoa que necessita de tratamento médico diferenciado, nem sempre disponível ao cidadão, principalmente daquele que, pela sua condição econômica, não tem acesso a esses benefícios.

É a exclusão da própria vida, tão vivamente apregoada pela Constituição Federal.

Desalojado de sua condição de prioridade, o homem, para reafirmar seu direito à saúde, em muitas das vezes, necessita ingressar com ação própria na Justiça em desfavor do Estado ou até mesmo de empresa de saúde para obter determinado medicamento. Há uma incoerente situação entre os propósitos firmados mundialmente e a realidade no campo da saúde, que atua com políticas públicas que dificultam o acesso à fármacos diferenciados. Buscou-se, no final do passado e no início deste século, uma nova política global que garanta saúde para todos. Vários documentos foram firmados neste sentido: Carta de Ottawa (Canadá, 1986); Declaração de Adelaide (Austrália, 1988); Declaração de Sundsvall (Suécia, 1991); Declaração de Bogotá (Colômbia, 1992); Declaração de Helsinki (Genebra, 1996) Declaração do México, 2000) e Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos, (Unesco, 2005).

Um passo importante, ainda não definitivo, mas que deve ser reconhecido, foi a solução brasileira preconizada pela Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, que alterou a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976 e criou o medicamento genérico. Trata-se de uma adequação perfeita aos ditames anunciados no princípio da isonomia e justiça, qual seja, o acesso a medicamentos a um custo mais acessível para a população carente.<sup>(76,77)</sup>

Medicamento genérico, na conceituação legal, é o similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e

qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI. É composto da mesma substância ativa, na mesma dose e forma do originário, que, é conhecido como medicamento de referência. Assim é chamado porque é inovador, com registro no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, com um custo mais acentuado em razão das despesas com pesquisas, estudos e divulgação de seu nome no mercado. O Medicamento Similar, por sua vez, contém o mesmo princípio ativo daquele de referência, sem o investimento em pesquisas e estudos, fabricado por laboratórios diferentes, assim como preços diferenciados.

Quando o profissional da saúde prescreve um medicamento considerado de referência, o paciente, em razão de sua autonomia e independência, além de sua limitação econômica, poderá optar pela aquisição do genérico, com toda a segurança e garantia de sua eficácia. A introdução do medicamento genérico no mercado brasileiro é uma forma de se baratear o fármaco, vez que não é de acesso exclusivo do mais carente e sim de toda população. É um grato exemplo da aplicação da isonomia e igualdade na entrega de medicamentos que até então era de acesso exclusivo de uma categoria social mais privilegiada.

Nesta sequência de pensamento, não podem ser descartados os estudos demográficos, que analisam os aspectos de fecundidade, mortalidade e migração de um país. O Brasil, apesar de não ter adotado nenhuma política pública de controle de natalidade, em razão talvez da conscientização ou até mesmo da fragilidade financeira da população, fator que acarreta a inevitável desigualdade social, teve uma queda expressiva na fecundidade e,



consequentemente, um acréscimo no processo de envelhecimento, com tendência a aumentar cada vez mais o patamar da vida humana. A longevidade, ambicionada desde o início da humanidade, traz consigo o envelhecimento populacional.

A saúde é considerada direito primordial para a gestante, garantindo-lhe o atendimento pré e perinatal, além do apoio alimentar. O Estatuto da Criança e Adolescente,<sup>(21)</sup> quando trata do direito à vida e à saúde, proclama: “É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.

§ 2º Incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação e recuperação”.<sup>10</sup>

Além do aumento do orçamento da Previdência, a esperança de uma vida mais longa exige a formulação de políticas públicas para atendimento da saúde desta nova categoria de cidadãos que emerge, conferindo a eles o acesso a todos o acesso à saúde. O próprio Estatuto do Idoso,<sup>(78)</sup> assim disciplina de forma mandamental: “É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Artigo 11 e seus parágrafos da Lei 8.069/1990.

<sup>11</sup> Artigo 9º da Lei 10.741/2003.

E complementa no artigo 15 quando trata do direito à saúde: “É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos”.<sup>(78)</sup>

E arremata no § 2º do mesmo artigo: “Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação”.<sup>(78)</sup>

A saúde vista desse patamar é um direito e não um favor. Acentuam com muita propriedade Pessini e Barchifontaine:<sup>(79)</sup> “Qualquer país que respeita seu próprio povo o faz por meio do princípio de justiça: todos devem ter igual acesso aos benefícios da medicina. Os recursos para a saúde devem ser distribuídos pelo critério da justiça a fim de que uns não sejam mais beneficiados que outros”.

O artigo 24, letra ‘c’, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, assim determina: “Os Estados devem respeitar e promover a solidariedade entre Estados, bem como entre indivíduos, famílias, grupos e comunidades, com atenção especial para aqueles tornados vulneráveis por doença ou incapacidade ou por outras condições individuais, sociais ou ambientais e aqueles indivíduos com maior limitação de recursos”.

Com a roupagem de cidadão e com o status de pessoa humana, a pessoa que necessitar de medicamento, deverá pleiteá-lo judicialmente, pois a

saúde foi incluída no rol dos direitos fundamentais. Pensadores e juristas como Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes, John Locke e Georg Hegel, dentre muitos outros, com considerações filosóficas imbatíveis, concordam em suas obras que o cidadão é um ser participante de uma limitada realização corporativa. É como um acionista. Deve, no entanto, obedecer regras e regulamentos do governo. Esse, por sua vez, em contrapartida, como órgão de execução de poder e autoridade, proveniente do contrato social firmado, deve realizá-lo em sua plenitude. Não é o espírito de compaixão que deve ordenar a intervenção estatal e sim a identidade que cada um de nós conserva, que é a identidade relacional. Se a convivência é uma parceria com o propósito solidariedade, esse sentido deve encontrar a expressão máxima na obrigação estatal de tutela da pessoa humana e não na figura abominável do Leviatã, monstro bíblico utilizado por Hobbes, que afugenta, aterroriza e intimida o cidadão.

O princípio da justiça distributiva, ou equidade, vem atrelado umbilicalmente ao da beneficência (*primum non nocere*), Não carrega o mesmo significado técnico jurídico empregado por Justiniano em suas *Institutas*, mas determina a imparcialidade na distribuição dos benefícios alcançados na área médica. Se determinada pessoa fez uso de certo medicamento que produziu o resultado desejado, beneficiando-a, uma outra pessoa, em situação idêntica, merece ser aquinhoadada com o mesmo medicamento. É, também, a aplicação do princípio da isonomia, apregoadado constitucionalmente, deferindo aos iguais direitos e condições iguais, sem discriminação. Cesare Beccaria, em sua obra

Dos Delitos e das Penas, já observava que as vantagens da sociedade devem ser repartidas entre todos os seus membros.

Graciela Vidiella, escrevendo a respeito da legitimidade do direito de cada cidadão a ter acesso a bens considerados indispensáveis à sua vida e a obrigação mínima do Estado em ofertá-los, assim enfatiza no livro coordenado por Luna e Salle:<sup>(69)</sup> *“El segundo, la justicia retributiva, se encarga de determinar criterios equitativos para distribuir los bienes sociales, es decir, aquellos bienes producidos por una determinada comunidad que resultan las condiciones mínimas indispensables para vivir dignamente en ella – la lengua, la cultura, la seguridad social, los productos del trabajo, el sistema de libertades-. Dada la importancia que tiene la salud tanto para la vida individual como para la integración social, se la considera incluida en esta clase de bienes, de modo que cae bajo la competencia de la justicia distributiva - aunque-, como veremos oportunamente, no existe un acuerdo unánime en este sentido.”.*

Apontando a saúde como direito, salienta com toda propriedade D’agostino,<sup>(57)</sup> *“o sujeito reivindica, em última análise, o direito de ser reconhecido em sua própria identidade, como direito que se fundamenta não na natureza, mas na relacionalidade: reconhecendo a saúde como direito humano fundamental, o ordenamento jurídico (a partir do ordenamento jurídico internacional) reconhece e acata a comum e igual subjetividade de todos os seres humanos”.*

A lei que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

correspondentes, dos objetivos e fundamentos do Sistema Único de Saúde (SUS),<sup>(80)</sup> determina expressamente em seu artigo 2º: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

A Política Nacional de Medicamentos, regulamentada pela Portaria MS/GM 3.916/98, já deu um acentuado passo e determina: “Para o Ministério da Saúde, a premissa básica será a descentralização da aquisição e distribuição de medicamentos essenciais. O processo de descentralização, no entanto, não exime os gestores federal e estadual da responsabilidade relativa à aquisição e distribuição de medicamentos em situações especiais. Essa decisão, adotada por ocasião das programações anuais, deverá ser precedida da análise de critérios técnicos e administrativos. Inicialmente, a definição de produtos a serem adquiridos e distribuídos de forma centralizada deverá considerar três pressupostos básicos, de ordem epidemiológica, a saber:

- a) doenças que configuram problemas de saúde pública, que atingem ou põem em risco as coletividades, e cuja estratégia de controle concentra-se no tratamento de seus portadores;
- b) doenças consideradas de caráter individual que, a despeito de atingir número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados;
- c) doenças cujo tratamento envolve o uso de medicamentos não disponíveis no mercado”.

É um passo importante que o gestor público dá quando se apresenta como o responsável em patrocinar medicamento que seja considerado de alto

custo e o doente não reúne a mínima condição para acessá-lo. Não pode ser penalizado com a decretação de sua morte, cuja pena não pode ser homologada pelo Estado. O único título exigido é o da cidadania.

De forma responsável, Kottow<sup>(81)</sup> adverte a respeito da responsabilidade pública no direcionamento da saúde: *“Las declaraciones de derecho fundamentales coinciden en aceptar que los ciudadanos deben tener acceso a programas que promuevan la salud y que otorguen atención médica, pero las doctrinas políticas fluctúan desde sugerir un derecho mínimo que cubra emergências y enfermedad que el afectdo no puede custear, hasta los defensores de una medicina totalmente solventada por el Estado”*.

Não se pode olvidar que alguns passos firmes já foram dados no Brasil visando atingir os interesses dos cidadãos, calcados no princípio da beneficência, para que uma aplicação equitativa e satisfatória aos programas de saúde. Dentre eles, merecem destaques: a) as políticas públicas envolvendo a criação e implantação do Sistema Único de Saúde (SUS); b) efetivo controle da Aids; c) vacinação em massa para a erradicação de doenças como sarampo, paralisia infantil, a influenza a1n1, conhecida como gripe suína; d) incentivo para doação e implantação de órgãos e tecidos humanos; f) programa de saúde da família; g) programas de distribuição de medicamentos excepcionais, de alto custo, para doenças raras e crônicas, com ampliação da oferta; h) fabricação de medicamentos genéricos; i) realização de mutirões de saúde para as cirurgias eletivas, como diabetes, varizes, retinopatia, catarata e próstata; j) mobilização nacional para o controle da

dengue; l) programas de cooperação técnica com outros países; m) crescimento da produção científica e tecnológica.

A “medicalização” é um fenômeno que não pode ser afastado da sociedade moderna. Caracteriza-se pela função política da medicina e as intervenções que ultrapassam os limites do saber médico. O grande pensador francês, autor de *Vigiar e Punir*, Paul-Michel Foucault, citado por Castro,<sup>(82)</sup> aponta duas consequências do processo de medicalização: “Em primeiro lugar, o risco médico, ou seja, a relação entre os efeitos positivos e os negativos da medicina. Precedentemente, os efeitos negativos da medicina concerniam ao indivíduo, e, no fim das contas, à sua descendência; agora, com a genética, o conjunto dos processos vitais tornou-se um campo de intervenção da medicina. Nasce, desse modo, uma bio-história. Em segundo lugar, a medicalização indefinida: a medicina impõe-se aos indivíduos como um ato de autoridade, o domínio de intervenção da medicina já não concerne apenas às enfermidades, mas à vida em geral. Hoje a medicina está dotada de um poder autoritário com funções de normalização que vão mais além da existência das enfermidades e da petição do enfermo”.

O grande salto de desenvolvimento dos fármacos, com a introdução de novas e miraculosas drogas fez com que o indivíduo se amoldasse a um padrão de vida com regras pré-fixadas para não adoecer. De uma forma obsessiva o comportamento do homem não se distancia dos regramentos de saúde. Se caminhar faz bem, se parar de fumar faz bem, se comer de uma forma mais regrada faz bem, é a nova meta optada, para se atingir o “estado de saúde”. A liberdade humana, como é sabido, sempre foi o maior bem do

homem. Porém, no início do Século 20, a saúde passou a ter prioridade. O homem, então, não se importa com a restrição à sua liberdade, desde que ela venha acompanhada de dividendos da saúde.

O comportamento humano tomou outro rumo que não aquele da liberdade em busca de uma realização pessoal e de uma felicidade edificada com muita determinação. Basta ver a mudança ocorrida após a utilização da pílula anticoncepcional, o uso de preservativo, a prevenção da AIDS, a venda do Viagra, as campanhas de imunização e muitas outras, fazendo com que o cidadão viva dentro de parâmetros médicos recomendados. Os problemas do dia-a-dia são explicados com certa facilidade como sendo originários de uma certa doença e nada melhor do que buscar ajuda dos antidepressivos ou de qualquer outro medicamento que produza efeito instantâneo. Aí é só aguardar a próxima crise.

O estado artificial e sem consistência da pseudo-saúde preocupa-se com o resultado de não ser doente. Porém, o conceito de saúde que foi apregoado pela Organização Mundial de Saúde no preâmbulo de sua Constituição é bem diferente: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.<sup>(83)</sup>

“Mas a saúde pode mais, muito mais, assegura o médico Rehem de Souza,<sup>(84)</sup> ex-secretário-adjunto de Estado de Saúde de São Paulo. E o debate passa pela escolha de um projeto nacional alinhado com as necessidades de fortalecimento do SUS, da ampliação do acesso e melhoria da assistência na prestação de serviços de saúde, da descentralização da gestão, da construção



de redes assistenciais regionalizadas e hierarquizadas e do aperfeiçoamento e criação de novas políticas públicas para o setor”.

## 6. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE

---

## **6. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE**

O homem age de acordo com sua natureza racional, toma suas decisões com liberdade, busca seus objetivos e traça seu projeto de felicidade. Após atingir sua maioridade, passa a ser o senhor absoluto de seus atos, desde que tenha condições mentais de deliberação. Em todos os atos da vida civil que participa, dá sua aquiescência, como sendo a manifestação inequívoca de vontade de celebrar determinado ato. “O Kantismo, afirma Oliveira Júnior,<sup>(85)</sup> já apregoava que o homem é livre e consciente para selecionar o conjunto de normas que adota para reger sua existência social. O neonato não irá atritar com seus genitores. Ao contrário, dividirá com eles espaço idêntico, com atribuições diferenciadas, um completando o outro. É como abelhas: juntam-se para formar colméias”.

No campo da saúde, não é diferente. Na relação médico-paciente, após ter sido diagnosticada determinada moléstia, nasce o conflitante dilema que se estabelece entre o profissional da saúde, preparado tecnicamente para o exercício de seu mister, e o paciente que integra esta relação como parte interessada em definir os procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados.

O Relatório Belmont, que serviu de base para os criadores dos princípios gerais da bioética, denunciava uma série de atentados contra a vontade do paciente, que, na realidade, era considerado uma cobaia humana. Eclodiu daí, fortemente prestigiado, o princípio da autonomia da vontade na bioética e, como acentua Moser,<sup>(86)</sup> “como uma espécie de princípio primeiro e fundante

de uma nova postura global: ninguém pode decidir pelo enfermo, desde que este apresente condições mínimas para isso. E ainda que estas lhe faltem, não cabe ao médico, mas ao círculo familiar tomar as decisões mais importantes. A tomada de decisão, contudo, tem a pressuposição de que os doentes sejam devidamente informados não só sobre o diagnóstico, como também sobre as várias alternativas para uma intervenção de ordem terapêutica. Com isso passou a ganhar força o que se denomina direito ao consentimento informado”.

Em tese, o paciente é senhor do próprio corpo, salvante algumas exceções. Pois, na realidade, numa interpretação mais extensiva, pode-se dizer que dele não pode dispor em razão da regra inscrita na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no sentido de que o corpo humano e suas partes são bens “*extra commercium*”, reiterada na Constituição brasileira. Faz lembrar Bias, um dos sete sábios da Grécia, quando sua cidade Priene estava sendo invadida pelos exércitos de Ciro e os cidadãos juntavam seus bens para fugir, sem nada recolher do que era seu, respondeu: “*omnia mea mecum porto*”, simbolizando que tudo que tinha de valor era seu corpo e a sabedoria.

O corpo humano, no entanto, passa a ser um repositório de tecidos e órgãos, mas nítida é a interferência estatal na disposição de vontade da pessoa a respeito de sua vida. A disponibilidade do corpo tem seus limites e somente poderá ocorrer quando, para fins terapêuticos e humanitários, ficar evidenciado o estado de necessidade. No Brasil, somente é permitida a doação de órgãos, tecidos e partes do próprio corpo vivo, feita por quem seja capaz, desde que se trate de órgãos duplos, como os rins ou partes renováveis do corpo humano, que não coloque em risco a vida ou a integridade física e que também não

comprometa as funções vitais do doador. Sacrifica-se um bem em favor de outro, levando-se em consideração o progresso das técnicas médicas que possibilitam uma reposição com considerável margem de sucesso.

De qualquer forma, numa explicação mais singela, como paciente e sujeito de autonomia, é detentor da legitimidade de confabular com o profissional de saúde, selecionar, dentre as opções apresentadas, a que julgar a mais conveniente. Em palavras também simples, seria o médico pedir a ele permissão para a realização de uma conduta diagnóstica ou terapêutica, após a sua definição.

No “*dictum hipocraticum*” não há nenhuma norma que estabeleça o livre arbítrio do paciente a respeito do procedimento a ser adotado, a não ser a obrigatoriedade do profissional de saúde para cuidar do bem-estar do próximo, dentro da então vigente visão paternalista e absolutista. A mesma determinação foi consagrada no código de Ética Médica,<sup>(3)</sup> em seus princípios fundamentais: “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.<sup>12</sup> E assim foi até a modernidade.

“Em 1969, nos Estados Unidos, esclarecem Daniel Romero Muños e Paulo Antonio Carvalho Fortes, por um acordo entre um grupo de associações de consumidores e usuários e a Comissão Americana de Credenciamento de Hospitais (JCAH), surgiu um documento que é considerado a primeira carta de Direitos do Paciente, da perspectiva dos usuários de hospitais. Em 1973, o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar recomendou aos hospitais e

---

<sup>12</sup> Capítulo I, inciso II.

outras entidades de saúde que adotassem e distribuíssem declarações de direitos dos pacientes. Nesse mesmo ano, a Associação Americana dos Hospitais (AHA) aprovou uma Carta de Direitos do Paciente”.<sup>(87)</sup>

Com as revoluções democráticas, com a consagração de novos direitos, com os avanços da biotecnologia, da biotecnociência, com o nascimento da bioética, a liberdade de agir do cidadão assumiu a forma autônoma para que pudesse deliberar de acordo com a opção desejada, dentre todas as que lhe forem apontadas. Nasce, desta forma, a trilogia na relação médico-paciente, segundo a interpretação de Daniel Romero Muños e Paulo Antonio Carvalho Fortes, ambos professores da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, da seguinte forma: “o médico, o paciente e a sociedade. Cada um com um significado moral específico: o paciente atua guiado pelo princípio da autonomia, o médico pelo da beneficência e a sociedade pelo da justiça”.<sup>(32)</sup>

O Código de Ética Médica revogado estabelecia no artigo 46 a vedação ao médico de “efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou seu representante legal, salvo em iminente perigo de vida”. No mesmo diapasão os preceitos contidos nos artigos 56 e 59 do mesmo Estatuto, que enfatizam o direito do paciente para optar a respeito das práticas diagnósticas e terapêuticas, assim como ser informado dos eventuais riscos do procedimento ou tratamento.<sup>(3)</sup>

O atual Código de Ética Médica,<sup>(3)</sup> introduzido pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, que levou o nº 1931/2009, traz em seu Capítulo IV uma regulamentação destinada à proteção dos Direitos Humanos e, taxativamente, estabelece:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Mais adiante, ainda no mesmo corpo de leis, no Capítulo V, ao tratar da relação do médico com pacientes e familiares, estabelece:

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

A eventual colidência de interesses entre a volição do médico e do paciente, de igual forma, ocorre no Direito Penal. Há previsão processual outorgando ao acusado a legitimidade para recorrer de uma sentença penal condenatória, mas, dentro de seu critério valorativo, pode renunciar a esse direito. O advogado, no entanto, detentor do conhecimento técnico e

conhecedor das chances de se buscar uma sentença absolutória no tribunal superior, pode apresentar o recurso, mesmo contra a vontade de seu constituído. Privilegia a lei o conhecimento técnico e, principalmente, a possibilidade de uma revisão da sentença contrária, para praticar em toda sua extensão os princípios do contraditório e da ampla defesa. Quer dizer, prevalece a intenção daquele que quer recorrer. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 705, nos seguintes termos: “A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por ele interposta”.

O novo Código de Ética Médica acatando o pensamento mundial que rege a matéria, estabeleceu um verdadeiro e ativo canal de comunicação entre o médico e o paciente. A indagação reiterada constantemente procura saber até onde alcança a autonomia da vontade do paciente. É sabido que o médico é dotado de conhecimento especializado sobre determinada área e sua palavra é de vital importância para a solução da doença apresentada, de forma eficaz, com baixo ônus financeiro e um tempo diminuto. Pode, às vezes, não coincidir com a opinião do paciente, que opta por um determinado procedimento, em razão da liberalidade existente no “*Patient Self-Determination Act*”. Esta parceria de decisão que se forma a respeito do tratamento mais adequado nada mais é do que a conjugação das alternativas de ações apresentadas pelo médico e a escolha livre e autônoma do paciente. Se, por ventura, for anunciada somente uma possibilidade para o tratamento, não há que se falar no exercício do direito da autonomia da vontade. É uma decisão peremptória,



que não admite outra escolha, a não ser, é claro, a recusa ao próprio tratamento sugerido.<sup>(3)</sup>

É inquestionável que o exercício da autonomia da vontade compreende o agente capaz, com plenas condições de discernimento a respeito de sua saúde, integridade físico-psíquica e suas relações sociais. “O paciente precisa, esclarece Sá, ter discernimento para a tomada de decisão. Discernimento significa estabelecer diferença; distinguir, fazer apreciação. Exige-se que o paciente seja capaz de compreender a situação em que se encontra. Em Direito, a capacidade de fato de exercício traduz-se em presunção de discernimento, no entanto, diante do quadro clínico, o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões”.<sup>(88)</sup> Consequentemente, se não reunir condições de autogoverno e autodeterminação, como os menores, deficientes mentais ou até mesmo quem se encontrar em estado de coma, será representado por familiares ou terceiros juridicamente legitimados.

A autonomia, assim como a liberdade, deveria ser absoluta, porém, em razão do regramento da solidariedade entre as pessoas, encontra seus limites. O ideal seria viver em um Estado onde ocorresse a realização espontânea do Direito, a liberdade e o comprometimento sociais em seu estágio natural, como imaginou Montesquieu, no Espírito das Leis: o devedor, “*sponte propria*”, assumia seu débito; o pai, da mesma forma, honraria o pagamento da pensão alimentícia devida ao filho e assim por diante. Na impossibilidade de se atingir tal utopia, os direitos são restringidos e encontram a barreira da dignidade do ser humano que cerca o respeito da coletividade. A autonomia nada mais é do

que o resultado de variáveis estruturais biológicas, psíquicas e socioculturais, compreendendo também crenças inusuais.

Assim é que, dentro deste contexto, a autonomia do paciente, apesar de todos os predicados legais que a vivifica, não pode ser considerada absoluta. Quando encontrar óbice com a também autonomia do profissional da saúde, este poderá eleger em seu favor a cláusula de consciência, determinada por razões éticas, e não aceitar a realização de procedimentos sugeridos pelo paciente, como, por exemplo, aborto, eutanásia e muitas outras situações de confronto ético. O que se busca, na conceituação do princípio da autonomia, é o exercício de um ato compartilhado entre as partes. O médico é o advogado do paciente, no verdadeiro sentido etimológico da palavra, isto é, aquele que é chamado para comparecer e ficar ao lado do paciente para assisti-lo (*ad+vocare*). O paciente é a pessoa detentora de uma gama enorme de direitos e que necessita de cuidados para aliviar sua dor, sofrimento e moléstia, com todo o respeito devido à dignidade humana.

Outras vezes pode ocorrer colidência entre o direito do representante legal do paciente e a própria justiça. Uma menina índia ianomâmi, com um ano e seis meses, contra a vontade de seus pais, de sua tribo e da própria Funai, foi internada em um hospital em Manaus, com hidrocefalia, pneumonia e tuberculose. A comunidade indígena pretendeu retirar a criança, até mesmo furtivamente, para ser tratada de acordo com a medicina indígena. O Ministério Público da Vara da Infância e Juventude ingressou com pedido judicial, que foi deferido para que a paciente recebesse o tratamento hospitalar adequado. Prevaleceu o bem maior que é o interesse à preservação da vida, pois se for

interrompido o tratamento, a menina pode morrer, em detrimento do consentimento não ofertado dos pais e até mesmo da comunidade indígena.<sup>(89)</sup>

7. O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E  
ESCLARECIDO COMO RESULTADO  
DA AUTONOMIA DA VONTADE

---

## **7. O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCARECIDO COMO RESULTADO DA AUTONOMIA DA VONTADE**

A autorização do paciente se faz necessária em razão do ato compartilhado, consistente na prática de propostas de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico. Seria uma aquiescência ou permissão que o paciente entrega ao médico para que realize o procedimento discutido anteriormente e ajustado. Traduz a manifestação inequívoca da vontade livre e esclarecida. A primeira vez que foi usada a expressão “*informed consent*” foi em 1957, no julgamento do caso *Salgo versus Leland Stanford Jr.*, na corte californiana. Os médicos que realizaram o procedimento cirúrgico de uma aortografia transtorácica, não informaram o paciente a respeito dos riscos e complicações do ato cirúrgico e o paciente sofreu paralisia dos membros inferiores, em razão da técnica empregada.<sup>(90)</sup>

A Convenção sobre os Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e Medicina, assinada pelos membros do Conselho da Europa, os outros Estados e a Comunidade Européia, enfatiza em seu artigo 5º: “Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente seu consentimento”.<sup>(91)</sup>

Atentando para todo o conteúdo da expressão Termo de Consentimento Livre e Esclarecido dá-se a impressão de redundância pois se o consentimento (cum+sentire+mens), que significa etimologicamente aquilo que conta com o sentimento da mente, via de regra, é livre, não há, por conseguinte, necessidade de reafirmar a adesão. Mas, a redundância, que parece proposital, veio a conferir maior vigor ao que está sendo expresso, no sentido de que o consentimento, além de representar a vontade do paciente, tem um plus diferenciador, que é justamente, a liberdade em fazer determinada opção.

A Lei nº 8080/1990,<sup>(80)</sup> que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, estabelece em seu artigo 7º, quando trata dos princípios e diretrizes: “As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

O Código de Ética Médica,<sup>(3)</sup> em seu artigo 22, estabelece: “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-

lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.”

Dentre as inovações introduzidas, é de se ressaltar a que adota o princípio da autonomia da vontade do paciente. Por essa nova determinação do Conselho Federal de Medicina. O médico deve, em primeiro lugar, informar o paciente a respeito das opções diagnósticas ou terapêuticas, apontar eventuais riscos existentes em cada uma delas e, em seguida, obter dele ou de seu representante legal o consentimento para sua intervenção. A autorização será dispensada em caso de risco de iminente morte, quando clama mais alto o direito à vida.

Com tal preceito, o paciente vê-se chamado a contribuir para selecionar a forma que seja mais conveniente para o tratamento de sua moléstia, mesmo que desconheça o embasamento científico que orienta o tema discutido. Pode-se dizer que o profissional de saúde vai participar do processo decisório com um voto e não com o poder de deliberação pleno, como antes. A nova ordem ética busca encontrar adequação com o dinamismo e evolução do saber do homem. A inteligência humana aliada ao seu espírito de autonomia, na busca de melhoria de vida, exige a presença de uma ética evolutiva, dinâmica. Quanto maior for o grau de desenvolvimento do homem para atingir o seu estágio de bem-estar, maior será a contribuição da medicina. É um constante caminhar lado a lado, sem qualquer competição.

A volição humana compreende a autodeterminação do paciente em confabular e autorizar o profissional da saúde a realizar determinada conduta médica escolhida dentro do seu critério de conveniência. Seria, em outras

palavras, o médico pedir permissão para a prática da conduta interventiva. A aquiescência vem materializada no documento chamado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Quer dizer, o destinatário do serviço de saúde, de forma consciente, autoriza a realização da prática médica, com a liberdade inerente em sua autonomia, sem qualquer coação, e sabedor que é dos riscos advindos do procedimento. Até agora a assistência médica residia na obrigatoriedade do médico cuidar do bem-estar da pessoa, dentro da visão paternalista e absolutista. A decisão era unicamente sua a respeito do tratamento a ser indicado. Agora, terá o paciente como coautor.

Braille, emérito professor das Faculdades de Medicina de São José do Rio Preto – Famerp e Unicamp, incansável divulgador de sabedoria e distribuidor de uma invejável experiência de vida e profissional, com o acerto costumeiro, assim definiu o consentimento informado: “Permissão dada pelo paciente a um médico para que seja aplicado determinado procedimento após ter sido plenamente informado dos benefícios, riscos e outras alternativas possíveis”.<sup>13</sup>

Interessante narrativa feita no Especial da Revista Veja quando aborda o tema em estudo: “O conceito de autonomia do doente começou a ser moldado no início do século XX, nos Estados Unidos. Em 1908, uma equipe de médicos operou Mary Schloendorff na tentativa de encontrar as causas para as fortes dores abdominais que ela sentia. Durante o procedimento, eles identificaram um tumor no útero e extirparam o órgão. Ao sair da operação e de ser informada que estava sem o útero, Mary Schloendorff levou o caso à justiça. Em sua sentença, o juiz Benjamin Cardozo foi taxativo: “Todo ser humano na

---

<sup>13</sup> Disponível em Link: <http://rcpt.yousendit.com/882638129/d73c03ed81ada896bdc175ad6a268abc>. Acessado em 02 de junho de 2010.



vida adulta e com plena consciência tem o direito de determinar o que deve ser feito com seu próprio corpo”.<sup>(92)</sup>

A Lei do Estado de São Paulo, nº 10.241/1999,<sup>(93)</sup> em seu artigo 2º, reafirma que é direito do paciente: “Consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”.

O próprio Estatuto do Idoso,<sup>(77)</sup> de forma lapidar, valorizando a autonomia da vontade da pessoa idosa, disciplinou: “Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”.

Se, por ventura, o idoso não se encontrar em condições de expressar sua opção, esta será feita: pelo curador, em caso de interdição; pelos familiares quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contatado em tempo hábil; pelo médico, quando ocorrer risco iminente de morte e não houver tempo hábil para a consulta a curador ou familiar; pelo médico, na ausência de curador e familiares conhecidos, com a conseqüente comunicação do fato ao Ministério Público.

Desta forma, no relacionamento entre médico e paciente, a feitura do documento autorizativo para procedimento de diagnóstico ou terapêutico, deve ser elaborado com toda cautela para que não paire dúvida e prevaleça o princípio ético da autonomia do paciente. Guardadas as proporções, seria como a realização de um negócio jurídico regulado pelo Código Civil<sup>(12)</sup> e que

exige, para sua configuração, agente capaz, objeto lícito, possível ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.<sup>14</sup>

Recomenda-se que o profissional de saúde responsável pelo ato apresente pelo menos as seguintes informações: a) esclarecer de uma forma singela, sem o linguajar técnico-científico, observando sempre o nível intelectual e cultural do paciente, a medida proposta; b) apontar os objetivos do procedimento; c) apresentar as alternativas terapêuticas existentes e o grau de sucesso de cada uma delas; d) estimar a duração do tratamento; e) elencar os benefícios que provavelmente serão computados; f) mostrar os desconfortos prováveis, as alterações de condições de dor e os eventuais riscos advindos da prática; g) comunicar ao paciente que, a qualquer tempo, pode se retratar do consentimento. Trata-se de uma comunicação aberta, sem contornos, dirigida ao “*homo medius*”, com a intenção de apresentar as propostas terapêuticas ou preventivas para que o paciente possa conhecê-las e exercer com segurança seu direito de autonomia e, de forma deliberada e livre, aderir ao procedimento.

“No momento em que emitir sua decisão, faz ver Sá, o paciente deve estar esclarecido do diagnóstico, do tratamento mais adequado a se implementar e de seus efeitos, positivos e negativos. A decisão deve ser revestida do maior número possível de informações, que devem ser passadas de forma clara e abrangente, avaliando as opções de tratamento, riscos e benefícios”.<sup>(88)</sup>

O consentimento livre e esclarecido tem aplicação também nas pesquisas com seres humanos. Devem ser observadas as seguintes regras: a) descrição

---

<sup>14</sup> Artigo 104, incisos I, II e III.

da pesquisa; b) explicar com clareza e detalhes ao colaborador em potencial que está sendo convidado a participar de um estudo; c) prevenir que a segurança e eficácia do tratamento ainda não foram demonstradas, daí a razão do estudo; d) garantir aos participantes o atendimento médico padrão; e) apresentar os propósitos e objetivos da pesquisa; f) anunciar que todos os testes, diagnósticos, exames laboratoriais, visitas de acompanhamento e outras exigências devem ser especificados para que o participante possa se definir de forma correta e entender que se trata de um procedimento meramente experimental; g) garantir ao sujeito de pesquisa todo o tratamento necessário e a continuidade da utilização do medicamento experimentado; h) estabelecer o seguro devido em caso de danos à saúde do colaborador. l) esclarecer que se o tratamento compreender a utilização de placebo que pode simplesmente não receber um tratamento; j) apontar o nome da instituição responsável pela pesquisa, os patrocinadores e os membros do Comitê de Ética em Pesquisa que aprovaram o estudo; h) informar o tempo de duração da pesquisa; i) deixar claro o direito de, a qualquer tempo, sair do estudo.

Também tem o paciente o direito de não ser informado, no âmbito de sua discricionariedade. Como se trata do exercício de um direito, o profissional da saúde deve questioná-lo a respeito de parentes ou pessoas que estejam legitimadas a representá-lo e apresentar formalmente ao recusante os requisitos mencionados no termo de consentimento. Se persistir a recusa de informação, a vontade da pessoa deve ser respeitada e o único responsável para tomar as decisões passa a ser o médico. É aconselhável, neste caso de recusa que, da mesma forma do consentimento, seja o termo devidamente

assinado pelo interessado, o qual, obviamente, deve estar na plenitude do exercício de suas faculdades.

E, mesmo que concedido anteriormente, o consentimento pode, a qualquer tempo, ser reajustado ou revogado pela pessoa que o assinou, em razão da autonomia de sua vontade. Se informado ao paciente a respeito das cláusulas do consentimento e ele permanecer silencioso, sem aprovar ou reprovar, a decisão do procedimento transfere-se ao médico. Ocorre aí uma presunção no sentido de que, no silêncio do paciente, sem que tenha indicado qualquer pessoa para representá-lo, o médico será responsável em razão de seu preparo profissional e tomará as decisões por ele. A Lei Civil,<sup>(12)</sup> a respeito da questão, declara que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.<sup>15</sup>

Pode ocorrer, também, colidência entre o direito do paciente e de seu representante legal para consentir a respeito de determinada ação médica. Nesse caso, levando-se em consideração que o direito de se manifestar é exclusivo do paciente e não exercido concomitantemente com seu representante, prevalece o direito do primeiro. Somente irá prevalecer o do representante se o paciente autorizou, porém, o próprio profissional de saúde, atestou que ele não se encontrava em seu juízo perfeito para a prática do ato. Nada obsta, no entanto, que prevaleça o interesse do representante na hipótese de ter o paciente, de forma clara e convicta, assinado o termo e optado por um tratamento e vem, em razão da doença, a entrar em estado de

---

<sup>15</sup> Artigo 111.

saúde irreversível. O representante poderá eleger outra via que não a do representado.

Merece destaque o projeto que tramita pelo Senado Federal do Senador Gerson Camata (PMDB-ES), que proíbe o desfile e propaganda em anúncios de modelos muito magras. O conceito de magra terá como base o índice de massa corporal (IMC) ideal a 18 kg., mínimo considerado saudável pela Organização Mundial de Saúde. Aparentemente trata-se de um verdadeira intromissão do Estado, limitando a autonomia do cidadão. Mas tem um sério fundamento que justifica tal ação. A preocupação com a aparência física é louvável, mas a modelagem do corpo para se adaptar à ditadura da moda, com o jejum obrigatório e a consequente utilização de laxantes, diuréticos e medicamentos para emagrecimento, transformam jovens saudáveis em belezas esqueléticas, atingindo a magreza em seu nível excessivo e prejudicial à saúde. Somam-se já no país vários casos de morte por anorexia. A imagem do corpo, a intromissão estatal nesta intimidade particular, são situações que justificam um posicionamento governamental, em ação preventiva, impedindo a jovem de agredir o próprio corpo e provocar sua morte, numa visão holocáustica, como árvore seca no coração de um deserto, descrito pelo Nobel da Paz, Elie Wiesel.

Pode acontecer que a jovem, mesmo contando com mais de 18 anos não ofereça o seu consentimento e igualmente nega autorização a seus representantes legais. Se prevalecer de forma absoluta o princípio da autonomia conferida em lei, esbarra-se no princípio maior, de mais relevância, que é a vida da paciente. A solução para o caso, de forma justa e ponderada,

foi dada pela Juíza Federal na Bahia, e professora de Direito Civil e Bioética da UFBA, nos seguintes termos: “Neste caso, reconhecida a vulnerabilidade acrescida pela patologia, em razão da disfunção capaz de reduzir o entendimento e a compreensão que afeta o discernimento do paciente e diante da recusa ao tratamento pela família, cabe a interferência médica que no Brasil, em razão da opção pelo sistema da “*civil Law*”, que expressamente define, a priori, quem representa os absoluta ou relativamente incapazes em rol taxativo inserido no art. 3º, I e 4º, I, do Código Civil somente pode sobrepor-se à representação legal em sentido lato por meio de ordem judicial que afaste, temporariamente, e para aquele ato específico, essa representação. Deste modo, pode e deve a Magistratura, havendo risco para a vida do paciente, afastar a omissão dos pais para prestigiar o interesse do adolescente que se encontra nesta situação”.<sup>(94)</sup>

Rousseau,<sup>(95)</sup> em sua clássica obra, editada no século das Luzes, entusiasmado com o progresso e o crescimento da ciência experimental, foi um dos propagadores da soberania da vontade popular, fazendo ver que a dependência de cada indivíduo em relação aos demais, faz crescer a força do grupo e, ao mesmo tempo, o individualismo prevalece e o homem fica submetido unicamente à sua consciência. Desta forma o indivíduo, mesmo vivendo em um grupo social, exerce um autogoverno, submetendo-se exclusivamente a seus critérios. A intenção dele era realizar um pacto social para “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela força de cada um,

unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”.

Muitas são as áreas na medicina que exigem a intervenção da vontade do paciente, e as soluções encontradas no campo de dissidência entre o médico e paciente são solucionadas pela bioética e até mesmo pelo biodireito, tudo visando atender os padrões ético, social e jurídico recomendados. Em seguida, serão analisadas diversas situações que emergem da biotecnologia e da biotecnociência, colocando o homem como destinatário de muitas inovações, sem, no entanto, debater os valores morais ou éticos e sim inserir o posicionamento do profissional de saúde diante dos problemas apresentados.

“Os avanços da engenharia genética e da biotecnologia que a acompanha, explicita Oliveira Jr., devem esbarrar nos limites propostos para preservar sempre a dignidade humana. O progresso científico caminha para oferecer melhores condições de saúde e vida para o homem e não para enveredá-lo numa teia onde, coagido, não tem a mínima condição de se liberar. Os temas a seguir focalizados são relevantes e fazem abrir um novo arsenal de informações, envolvendo a biotecnociência, campo onde o direito, medicina e ética entrelaçam-se, envolvidos na tarefa de aprovar procedimentos convenientes para o ser humano. Não só as ciências tornam-se responsáveis, mas o próprio homem, pois será o destinatário principal da realização de novos experimentos, como também de sua aprovação. Cria-se, desta forma, uma co-responsabilização entre a pessoa humana, a área médica e a área de pesquisa. É o homem estabelecendo os limites da própria ciência, tendo como parâmetro a ética do “*homo medius*”, ditada com muita cautela por Norberto Bobbio”.<sup>(85)</sup>

8. A VOLIÇÃO DA PACIENTE COMO  
SUSTENTAÇÃO ÉTICA NA PRÁTICA  
DO ABORTO

---



## **8. A VOLIÇÃO DA PACIENTE COMO SUSTENTAÇÃO ÉTICA NA PRÁTICA DO ABORTO**

Abortamento seria a terminologia técnica e precisa para designar a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana de gestação, contando ainda que o feto esteja pesando menos de 500 gramas, já que aborto, no sentido médico, vem a ser o ato de expelir o produto da concepção. A própria etimologia da palavra aborto (“*ab*”, preposição latina, com o sentido de afastamento, separação e o verbo também latino “*aborini*”, com o significado de morrer, desaparecer, extinguir) deixa a entender que se trata de um ato humano, voluntário ou não, com a finalidade de interromper o desenvolvimento do feto no próprio nascedouro.

O nosso Código Penal,<sup>(2)</sup> pune o crime de abortamento, quer seja provocado pela gestante ou por terceiro com ou sem seu consentimento.<sup>16</sup> Não pune, porém, quando realizado por médico, nas hipóteses mencionadas nos incisos I e II do artigo 128, “*in verbis*”:

I - se não há outro meio para salvar a vida da gestante;

II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O juízo de desvalor ético-social consubstanciado num tipo penal revela as condutas que são consideradas reprovadas pela ordem jurídica, estabelecendo a linha divisória entre o que é permitido e o que é proibido. A conduta socialmente adequada, introduzida no direito penal por Welzel, ganhou corpo

---

<sup>16</sup> São tipos penais descritos nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal Brasileiro.

nos tipos permissivos, que abrangem as causas de justificação. No caso do aborto permitido, se realizado conforme a determinação legal, é de se concluir que o responsável agiu dentro dos padrões dominantes e aprovados pela generalidade das pessoas. “Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto”, já advertia Puig,<sup>(96)</sup> com muita profundidade, apesar da singeleza da definição.

Assim, quando o fato estiver revestido das justificativas do artigo 128 do Código Penal,<sup>(2)</sup> é de se concluir que não há necessidade de se obter autorização judicial para realizar o procedimento médico do abortamento. A própria lei penal silencia a respeito. E, quando a lei não distingue, segundo a melhor regra de hermenêutica, ao intérprete não é lícito distinguir.

“Não é necessário que o médico obtenha autorização judicial para interromper a gravidez, salienta Teles, porque não há norma legal neste sentido. Se numa situação de perigo atual ou iminente seria impossível e imprudente a busca da prestação jurisdicional, também na hipótese de um perigo futuro tal providência não se faz necessária, porque nenhum juiz pode conceder o que o ordenamento jurídico não lhe faculta dar. Nesses casos, o médico é o único juiz, não exigindo a norma a obtenção do consentimento da gestante ou de qualquer outra pessoa”.<sup>(97)</sup>

O que não é proibido é permitido. A tradição jurídica sempre recomendou que os casos de estupro fossem encaminhados em primeiro lugar à autoridade policial para que submetesse a vítima a exame de corpo de delito de conjunção carnal e demais providências cabíveis e, em seguida, num procedimento desnecessário, nem mesmo recomendado pelo sexagenário Código Penal, o

fato deveria ser levado perante o Ministério Público e, finalmente, ao órgão judiciário para receber a chancela de aprovação do abortamento. Até mesmo os hospitais que faziam o atendimento de mulheres incluídas nas hipóteses autorizativas do aborto, exigiam a apresentação do boletim de ocorrência para a defesa jurídica da instituição e dos médicos e também como prova documental para constar no prontuário da gestante, como se fosse uma prova inequívoca do ato sexual cometido mediante violência ou grave ameaça.

“Não podem os códigos abranger explicitamente todas as relações e circunstâncias da vida, advertia o grande mestre da hermenêutica Maximiliano,<sup>(98)</sup> em constante, eterno evoluir. Dilatam-se as regras de modo que abrangem hipóteses imprevistas. Do silêncio do texto não se deduz sua inaplicabilidade, nem tampouco a supremacia forçada do princípio oposto”. Quando a lei guarda silêncio cabe ao intérprete procurar na proposital lacuna a norma mais adequada para ser aplicada, desde que seja consentânea e coerente com a “*mens legis*”. O silêncio do legislador a respeito de eventual procedimento para a realização do abortamento nos casos permitidos admite a aplicação da regra hermenêutica “a contrario sensu: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”, no sentido de que o intérprete deve atentar para o fato de que, quando a lei quer, ela determina e silencia-se quando não tem interesse de regulamentar. É o chamado silêncio normativo. A quando a lei não quer regulamentar é porque a regra geral se aplica ao caso.

O Ministério da Saúde, em boa hora, voltado para as ações norteadoras éticas e jurídicas dos direitos sexuais e reprodutivos ditados nos planos

internacional<sup>17</sup> e nacional<sup>18</sup> de direitos humanos, normatizou os procedimentos para o abortamento em caso de gravidez com violência sexual, através dos documentos “Norma Técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes de Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes” e “Atenção Humanizada ao Abortamento”, ambas publicadas em 2005.<sup>19</sup> Em decorrência do novo programa, o Serviço Único de Saúde (SUS) divulgou que o número de abortos com amparo legal cresceu 43% na rede, passando de 2.130 (2007) para 3.053 (novembro de 2008). O número passa a ser representativo, principalmente porque deixou de ser praticado por meios não recomendáveis, utilizados pela própria mulher ou por terceiros sem a formação profissional adequada, que, em razão do procedimento, provocavam danos ou até mesmo a morte da paciente.

Uma pesquisa nacional financiada pelo Ministério da Saúde e pelo Instituto Ibope revela que uma entre sete brasileiras de até quarenta anos de idade, já se submeteu ao abortamento e que 48% usaram algum medicamento, enquanto que 55% ficaram internadas em razão do procedimento. Segundo Débora Diniz,<sup>(99)</sup> uma das coordenadoras da pesquisa, o número de abortos no país é “seguramente maior do que o número de mulheres que abortam porque

---

<sup>17</sup> Dentre outros documentos assinados pelo Brasil no campo da saúde e da autodeterminação sexual e reprodutiva, destacam-se: Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, 1993, Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994 e 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher, em Beijing, 1995.

<sup>18</sup> Dentre outros, o direito à igualdade, da dignidade humana, do planejamento familiar.

<sup>19</sup> Referidos documentos são apresentados na Série sobre Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, de responsabilidade do Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas do Ministério.

uma mesma mulher pode ter feito mais de um aborto. O número também sobe se as áreas rurais e a população analfabeta forem computadas”.<sup>20</sup>

O aborto é realmente um problema ligado umbilicalmente à saúde pública. As mulheres continuam a fazer uso do procedimento tão nefasto à sua saúde justamente em razão de não encontrarem respostas em políticas públicas adequadas. Daí que a regulamentação proposta pelo Ministério da Saúde, apesar de não resolver de forma definitiva o problema, ameniza e em muito as graves sequelas experimentadas pelas mulheres.

“Segundo dados do Center for Reproductive Rights, organização norte-americana voltada para o tema, em 56 países que representam 40% da população mundial, o aborto é permitido sem nenhuma restrição até a 12<sup>a</sup> semana gestacional. O Brasil está incluído em um grupo de 68 países, com 26% da população mundial, nos quais a prática só é admitida em circunstâncias específicas”, de acordo com o editorial do jornal Folha de São Paulo.<sup>(100)</sup>

Referidas normas, com manifesta aplicação em razão do silêncio penal, representam na realidade um guia de cuidados às mulheres em situação de abortamento, orientando, principalmente, os profissionais da saúde para que possam oferecer uma atenção clínica necessária e adequada, seguindo rigorosamente os ditames éticos, legais e bioéticos. Em suma, as mulheres com gravidez não desejada, terão acesso a: a) informação e orientação humana e solidária; b) ao abortamento previsto em lei; c) à atenção de

---

<sup>20</sup> É conhecida como Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), feita pela Universidade de Brasília (UnB) e pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis). Notícia publicada no jornal Folha de São Paulo, edição de 22 de maio de 2010, p. C2.

qualidade em complicações derivadas de abortos; d) ao planejamento reprodutivo pós abortamento.

Assim, na conjugação do pensamento do Código Penal com as Normas do Ministério da Saúde, a mulher violentada sexualmente pode comparecer a um hospital credenciado para o procedimento, narrar o fato à equipe médica, que não poderá negar o abortamento, se preenchidos os requisitos exigidos. Sem qualquer obrigatoriedade da mulher comparecer perante a autoridade policial ou Ministério Público, destinatários da “*notitia criminis*” e relatar o ato sexual violento e apresentar à equipe médica qualquer documento noticiando o registro de eventual delação criminosa.

O problema, desta forma, centraliza-se na área de saúde e cabe à equipe multidisciplinar, formada por médicos, psicólogos e assistentes sociais, em consonância com as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), acolher a mulher e oferecer a ela, que se encontra diante de um dilema crucial em sua vida, as orientações mais recomendadas, tais como: a) a faculdade de aceitar a maternidade e levar adiante a gestação; b) cuidados pré-natais necessários; c) alternativas após o nascimento, que incluem a permanência com o filho ou a inserção em lar adotivo; d) providências policiais e judiciais que possam ser adotadas, se forem de seu interesse; e) se a gestante for menor, a autorização desloca-se para o seu representante legal; f) se optar pelo ato cirúrgico, deve vir acompanhado do Termo de Consentimento, que é um documento no qual ela “*sponte propria*”, ou seu representante, confere à equipe autorização para a interrupção da gravidez; g) privacidade no atendimento e confidencialidade das informações; h) acompanhamento multidisciplinar pós-abortamento.

O abortamento poderá ser praticado desde que sejam tomadas as cautelas necessárias, dentre elas a ciência dada pelo Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. O assunto passa a ser pertinente exclusivamente à área da saúde e a equipe médica responsável não terá legitimidade para fazer qualquer comunicação à Justiça, vez que somente a vítima poderá fazê-la, nem do Judiciário receber eventual autorização para a prática do procedimento. É até comum, em alguns hospitais, a equipe exigir algum comprovante policial ou judicial da prática do crime de estupro para realizar o ato cirúrgico. Não há tal obrigatoriedade e eventual documento, será totalmente dispensável. Apesar da existência do ilícito penal de estupro, este não poderá ser perquirido se não contar com a delação da vítima às autoridades destinatárias competentes. A equipe médica deve se valer do relato a ela ofertado pela vítima e do termo autorizativo do procedimento.

Quando, no entanto, se tratar de estupro praticado contra menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, a ação penal toma outro rumo e a persecução penal pertence exclusivamente ao Estado. Denomina-se pública incondicionada e é regida pelos princípios da obrigatoriedade, indisponibilidade e legalidade, dentre outros, deixando entrever que o órgão persecutório estatal deve agir com obrigatoriedade, sem se apegar a qualquer resquício de faculdade existente na ação de cunho particular.

Desta forma, o profissional de saúde, perante um caso de estupro cometido contra menor de 18 anos ou pessoa vulnerável que é a nova modalidade estabelecida na lei penal 12.015/2009,<sup>(4)</sup> não pode invocar o sigilo nesta situação em razão da justa causa estabelecida no seu Código de Ética,

que lhe determina a comunicação.<sup>21</sup> Vulnerável, termo de origem latina, “*vulnerabilis*”, em sua origem vem a significar a lesão, corte ou ferida exposta, sem cicatrização, feridas sangrentas com sérios riscos de infecção, de acordo com o Dicionário Morfológico da Língua Portuguesa.<sup>(101)</sup> Houaiss, por sua vez, assim define: “que pode ser fisicamente ferido; sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido”.<sup>(59)</sup> Além do que, trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, de relevante informação para o Estado preservar a harmonia social, principalmente aquela relacionada com a dignidade sexual das pessoas. Mesmo que a vítima não pretenda fazer a comunicação, ao médico incumbe tal ônus.

Com tais parâmetros, levando-se em consideração a abominável conduta daquele que pratica crime de estupro contra menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, o médico, não só de acordo com sua obrigação funcional, mas para tutelar também o direito sexual e de reprodução da menor ou da pessoa em situação de vulnerabilidade, deverá, obrigatoriamente, conforme preconiza a lei 10.778/2003,<sup>(102)</sup> fazer a notificação compulsória da ocorrência do ilícito. Se, conforme determina o Código de Processo Penal, em seu artigo 5º, § 3º: “qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração em que caiba ação pública, poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito”, especificando uma legitimidade ampla e irrestrita, maior razão ainda o médico no exercício do serviço público de saúde, terá a

---

<sup>21</sup> Esta Lei criou os crimes contra a dignidade sexual e a liberdade sexual.



obrigatoriedade de fazer a comunicação, narrando, inclusive, fatos que sejam necessários para o início da atividade investigativa.

Se, no entanto, a mulher relatar inverdade para a junta médica encarregada, no sentido de que não foi vítima de estupro, a responsabilidade criminal recairá somente sobre ela, isentando os profissionais da saúde de qualquer ilícito, pois o erro foi justificado uma vez que, se realmente existisse a situação de fato narrada, a ação seria legítima. É bom salientar que os abortos com amparo legal, segundo notícia publicada pelo Jornal Folha de São Paulo, cresceram 43% na rede do SUS, passando de 2.130 (2007) para 3.053 (até novembro de 2008).<sup>22</sup> O aumento pode ser creditado à publicidade que atingiu as mulheres violentadas e à transformação de hospitais e centros em referência para atendê-las.

Uma terceira hipótese de aborto, conhecido como eugênico, está batendo às portas do tribunal maior. O aborto de feto anencéfalo vem frequentando a justiça brasileira há alguns anos. Anencéfalo vem a ser malformação fetal, que consiste na ausência da caixa craniana e dos hemisférios cerebrais, que determinam a morte do feto antes do parto ou logo após. Essa modalidade de aborto foi autorizada por uma liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 01.º de julho de 2004 e cassada, em seguida, no mesmo ano, em 20 de outubro. Atualmente, a Corte Suprema julga a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

---

<sup>22</sup> Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2301200919.htm>, com acesso no dia 12/5/2010

Pela interpretação do Supremo Tribunal Federal, a vida somente começa com a concepção in ventre. Pelo conteúdo normativo da Lei.n.º 9.434/1997,<sup>(45)</sup> a morte ocorre com a falência da atividade cerebral. O coração pode e deve pulsar para que se tenha vida biológica para extração de órgãos e tecidos humanos para doação, quando assim pretendido pelos familiares.

Temos, então, duas situações que serão amplamente debatidas para se chegar a um consenso a respeito do aborto do feto malformado. A primeira delas, de cunho mais ético e religioso, preza a vida, mesmo que seja curta, tendo como referência maior a dignidade humana. É um ser humano, depositário do material genético de seus pais, com direito à vida, como qualquer outro, sem condenação intra-uterina. Nem sempre também o exame intra-útero relata a extensão do grau de anencefalia. É o caso típico da menina Marcela, da cidade de Patrocínio Paulista, no estado de São Paulo, que viveu durante um ano e oito meses, contrariando as previsões médicas. Este tempo de vida pode ser compatível com o de qualquer outra criança sem a malformação. Afinal, em um momento se vive uma vida, na fala de Al Pacino, no filme *Perfume de Mulher*.

“A segunda, mais racional, conforme ponderado por Oliveira Júnior,<sup>(51)</sup> parte da definição da própria morte. Se o feto é portador de doença que compromete sua atividade encefálica, sem qualquer chance de sobreviver fora do útero, não há vida. De igual modo, para esta vertente, aplica-se o princípio da dignidade humana, agora voltado para atender a vontade da mãe que opte pela interrupção da gravidez. Poupa-se, desta forma, riscos de saúde para a

mulher e sofrimento para os pais. É o grau de saúde do feto que irá determinar sua potencialidade”.

A autonomia da vontade do paciente não pode, no entanto, ultrapassar as barreiras éticas e morais do profissional da saúde a exigir que, se preenchidas as condições estabelecidas, seja feito o abortamento. É uma causa de limitação da autonomia da vontade, quando o interesse do paciente, mesmo que legítimo, não pode obrigar o profissional da saúde. Trata-se de justificativa de objeção de consciência. O médico pode se recusar a cumprir determinado preceito legal alegando um imperativo proibitivo de sua consciência, contrariando, desta forma, a volição do paciente. O próprio Código de Ética Médica, no Capítulo II, quando fala sobre os direitos dos médicos, assim se expressa no nº IX: “Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”.

O médico recusante em razão da “*opinio conscientiae*” deve justificar sua conduta e garantir assistência à paciente, por outro profissional da instituição ou de outro serviço. Se assim não fizer, eventual dano à gestante poderá ser atribuído a ele por culpa, na modalidade de negligência.

Ocorrendo colidência entre o direito da menor, que foi estuprada mas deseja o filho do estuprador e de seu representante legal, que pretende o aborto, prevalece o direito maior que é o da preservação da vida. Além do que, como assinala Diniz,<sup>(64)</sup> “ninguém poderia obrigá-la a uma prática abortiva contra sua vontade, pois isso equivaleria submetê-la a um tratamento degradante, vedado pelo art. 5º, III, da Constituição. Com isso a vontade da

gestante em preservar a vida de seu filho deve ser maior que a do seu representante, opinando pelo abortamento”.

De nenhuma valia a manifestação de vontade do estuproador para impedir o abortamento. Seu ato inicial foi ilícito e não gera direito a seu favor sendo, conseqüentemente, pessoa ilegítima para pleitear qualquer interesse. A decisão, no caso, é exclusivamente da mulher violentada. Se, no entanto, pairar dúvidas a respeito do estupro e com duas vontades opostas, uma pretendendo o abortamento e a outra não, a questão deverá ser resolvida pelo Judiciário e não pelo médico. Pode ocorrer que a mulher, mesmo não tendo sido vítima do crime de violência sexual, pretenda realizar a interrupção da gravidez por entender que seu relacionamento com o companheiro não irá adiante. E, falsamente, declara para o médico o ato agressivo sexual praticado pelo convivente. O companheiro comparece à Instituição de saúde, procura pelo médico ou pela comissão interdisciplinar encarregada do caso e relata que o ato sexual não foi praticado com violência ou grave ameaça e, desconfigurado o estupro, pretende o nascimento do filho. Nesta hipótese, a decisão a respeito do abortamento, desloca-se para a Justiça também. Comprovado, posteriormente, que o ato não foi revestido de violência ou ameaça, a falsa denunciante responderá pelo ilícito penal tipificado segundo sua conduta.

Há, ainda, uma situação interessante de ocorrência de abortamento em razão da tecnologia e engenharia genética implantadas na reprodução humana. O estupro caracteriza-se pela violência e grave ameaça. Apesar de ausentes as “*vis moralis*” e “*convulsiva*”, assume uma estratégia enganosa e fraudulenta,

induzindo a mulher em erro. Em uma clínica de reprodução humana, “*ad argumentandum*”, o marido, conluiado com o profissional da saúde, faz ver à mulher que se trata de uma inseminação artificial homóloga, assegurando que o material reprodutivo é seu, quando, na verdade, é de terceiro e se trata de inseminação heteróloga. Descoberta a farsa engendrada pelo marido e médico, poderá a mulher alegar estupro científico. Ocorreu injúria grave e o induzimento à prática de inseminação com o sêmen de terceiro, definitivamente não desejado por ela. Seria um caso de aborto legal, de acordo com o pensamento bioético.

O 3º Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 -, criado pelo Decreto nº 7.037/2009,<sup>(5)</sup> dentre outros pontos polêmicos, fala da autonomia da mulher em relação ao próprio corpo e recomenda que o Congresso Nacional altere o Código Penal para que seja descriminalizado o aborto. Tal proposta encontrou acirrada resistência na Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), por entender que o texto é amplo e não restringe os casos de aborto. A Secretaria Especial dos Direitos Humanos prometeu rever a proposta entendendo que não foi inserida de uma forma mais apropriada. Apesar de ser um indicativo da vontade política do governo, o Decreto nº 7.177/2010,<sup>(103)</sup> alterou o anterior e em seu artigo 1º, letra “g”, estabeleceu: “Considerar o aborto como tema de saúde pública, com a garantia do acesso aos serviços de saúde”.

A Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados aprovou o projeto que cria o Estatuto do Nascituro e estabelece as regras protetivas do nascituro quando for concebido em um ato de violência sexual:

“O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado”.<sup>(24)</sup>

Percebe-se pelo texto legal que a responsabilidade do pagamento da pensão alimentícia será do estuprador, se identificado e solvente. Em caso negativo, recai sobre o Estado, pois a ele caberia a gestão harmônica da sociedade. De qualquer forma, o nascituro terá seu direito assegurado, em igualdade de condições com aquele concebido sem violência.

Ordeig,<sup>(104)</sup> catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid, defensor do direito fundamental da pessoa decidir a respeito de quantos filhos pretende, afirma, de acordo com a lei espanhola, que o embrião não é pessoa humana e, como tal, refoge da proteção legal e, nessa linha de pensamento, enfatiza: “Por conseguinte: se se tem de interpretar a Constituição espanhola no sentido da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos tratados internacionais ratificados pela Espanha – e assim

deve ser feito porque o exige a mesma Constituição -, então o conteúdo que se deve dar ao art. 15 (“Todo indivíduo tem direito à vida”) é o de que está protegendo, única e exclusivamente, o direito à vida das pessoas.

Resumindo o problema constitucional do aborto, pode-se dizer: o art. 15 somente é aplicável às pessoas: porque assim deriva da situação deste preceito...” (104)

Recentemente na Espanha, mais precisamente no dia 24 de fevereiro de 2010, o Senado Federal aprovou de forma definitiva a “Lei de Saúde Sexual e Reprodutiva e da Interrupção Voluntária da Gravidez”, alcançando a liberalidade inclusive adolescentes entre 16 e 18 anos. Também as mulheres que corram risco de morte ou que o feto tenha má formação, mediante certificação de dois médicos, podem valer-se da faculdade.

## 9. O CONSENTIMENTO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

---



## **9. O CONSENTIMENTO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

O incessante avanço das pesquisas médicas, principalmente na área da genética humana, obriga o cidadão a fazer uma reflexão de sua realidade e a se transportar para a nova era liderada pela biotecnociência, onde medicina, direito e ética se entrelaçam tão espetacularmente e rompem a barreira do inimaginável, acabando por afetar até então os pacatos conceitos do homem, pela complexidade de seus meios e resultados. Mal dá tempo para se aceitar determinado procedimento médico evolutivo, que outro se faz presente e, em nome da ciência, atropela todo o lento raciocínio do homem, destinatário da pesquisa, que fica sem qualquer condição de fazer a avaliação necessária de sua conveniência, tamanha são as propostas sedutoras.

Enquanto isso, os aspectos morais e éticos se agigantam e, via de regra, riscando linhas imaginárias e arbitrárias, produzem condenações antecipadas, levando a uma conclusão que não corresponde à realidade formal projetada. O padrão moral da comunidade vem geralmente acompanhado de um preceito legal que regulamenta a tessitura da vida social. Por isso que lei e moral ocupam praticamente o mesmo terreno, algumas vezes minado ou movediço, mas com o mesmo empenho de criar padrões que sejam comuns e fundamentais.

A evolução da engenharia genética e os progressos científicos na área da reprodução têm solucionado a contento o problema da infertilidade humana, criando várias formas de reprodução assistida, com a manipulação dos componentes genéticos dos dois sexos. O profissional de reprodução humana

passa a ser o guia da procriação artificial, já que o material genético será tratado extracorporeamente. Na fecundação “*in vitro*” deverá proporcionar o encontro do óvulo com os espermatozóides e, em seguida, cuidar da transferência para o útero materno. Se a esposa ou companheira não produzir óvulos, o médico poderá coletar de uma outra mulher, fecundá-los “*in vitro*” e transportá-los para o útero da companheira. Quando o útero não apresentar condições para abrigar o embrião, pode-se apelar para a mãe de substituição, vulgarmente conhecida como barriga de aluguel.<sup>23</sup> A Resolução nº 1.358/92<sup>(105)</sup> do Conselho Federal de Medicina explicita que o empréstimo do útero, além de não contar com a negociação em dinheiro, tem lugar somente entre as mulheres que tiverem parentesco em primeiro ou segundo grau.

Se, por um lado, há a preocupação em proporcionar a paternidade e maternidade para os que carregam restrições de fertilidade humana, por outro, há a proibição de mais de um filho por casal como determinou o governo Chinês, a partir de 1970, para controlar a explosão populacional e ofertar a contento educação e saúde à população. Não se pode olvidar também que a longevidade é uma realidade mundial. No Brasil, segundo os pesquisadores Milton Matijascic e Maria Piñon Pereira Dias,<sup>(106)</sup> a expectativa de vida dos brasileiros passou de 69 para 73 anos, nos últimos dez anos, o que obriga o país a ampliar a cobertura dos serviços de saúde.

---

<sup>23</sup> São duas as principais técnicas de inseminação artificial, conhecidas como método ZIFT (Zíbot Intra Fallopian Transfer) e método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer). No primeiro, retira-se o óvulo da mulher que será fecundado na proveta com o sêmen do marido ou de outro homem. É a chamada fecundação *in vitro*. O embrião, posteriormente, será transferido para seu próprio útero ou de outra mulher. No segundo, o sêmen é introduzido artificialmente no corpo da mulher, sem qualquer manipulação externa do óvulo ou embrião, uma vez que a fecundação é **in ventre**.

Na constante evolução a que o mundo com perplexidade assiste, o futuro é indicativo que o homem produzirá seres humanos in vitro, como hoje produzem bebês de proveta. Seria a máquina fabricando homens. O computador não surge da cópula de dois computadores e sim da criação do próprio homem. Assim, a máquina entabulada pelo homem poderá ser programada para a fabricação em série de seres humanos, verdadeiros andróides dos filmes de ficção.

A discussão erudita e bem-humorada entre os escritores Umberto Eco e Jean-Claude Carrière oferece um quadro da renovação constante da tecnologia e a adaptação do homem em acompanhá-la. Diz Eco:<sup>(107)</sup> “É o presente que realiza os sonhos dos homens que nos precederam. Você tem toda razão. Estamos, por exemplo, prestes a tornar real a fonte da juventude. Vivemos cada vez mais e temos a possibilidade de terminar nossos dias numa forma insolente”.

Responde Carrière:<sup>(107)</sup> “Daqui a cinquenta anos seremos todos criaturas biônicas. Vejo-o, por exemplo, Umberto, com os olhos artificiais. Fiz uma cirurgia do cristalino há três anos, no momento em que se anunciava uma catarata, o que me dispensa agora de usar óculos, pela primeira vez na minha vida. E o resultado da operação tem uma garantia de cinquenta anos! Hoje meus olhos funcionam como um filtro, mas um dos meus joelhos anda me traindo. Cabe-me decidir se o troco ou não. Uma prótese me espera em algum lugar. Pelo menos uma”.

Um grupo de cientistas dos EUA, liderado por Craig Venter, descobriu a primeira célula viva sintética. Os cientistas sequenciaram o DNA de uma

bactéria e guardaram suas informações genéticas em um computador para, após, injetar em uma célula de outra bactéria, que teve seu DNA extirpado. No movimento seguinte, o micróbio oco foi reiniciado e passou a replicar, dando origem ao nascimento de células sintéticas. “O feito de Venter parece liquidar o argumento de que a vida requer uma força ou um poder especial para existir. Na minha visão, isso o torna um dos feitos científicos mais importantes da história da humanidade”, disse o bioeticista Arthur Caplan, da Universidade de Pensilvânia. Ele comentou o estudo para a revista “Nature”.<sup>(108)</sup>

A comunidade internacional foi tomada de perplexidade e até mesmo de preocupação com a criação de uma célula viva dotada de um genoma sintético. Abre-se um espaço ainda não discutido e nem frequentado pela humanidade, que é a manipulação da vida. A bioética, com seus princípios basilares está devidamente municiada para analisar se o progresso científico de tamanho porte é conveniente e ético para o homem. A dignidade da vida humana, pelo princípio da beneficência, não permite que um avanço de tal ordem, cientificamente comprovado, seja considerado ético e de pronta utilização pelo homem, proporcionando sua reprodução em série.

É certo que a descoberta atinge múltiplas aplicações potenciais na vida da pessoa, tais como produção de vacinas, de alimentos transgênicos, bactérias capazes de produzir hidrogênio a partir de água e muitas outras, mas cada uma delas deve ser valorada de acordo com sua conveniência e os benefícios favoráveis ao homem.

Fica evidenciada a necessidade do acompanhamento legislativo e jurídico a respeito das novas tecnologias obtidas na área reprodutiva, em razão das

novas realidades sociais que afloram. Kiper,<sup>(109)</sup> advogado e professor de Direito na Universidad del Museo Social Argentino, enfatiza com muita clareza:

“Como sucede en todos los campos, el avance tecnológico modifica las realidades sociales, y en consecuencia el derecho debe adoptar las normas jurídicas necesarias , que capten los nuevos desafíos que en alguna medida responden a necesidades de la sociedad, ya que el índice de matrimônios ineptos para uma fecundación natural es significativo e importante”.

No Brasil a técnica começou a ser aplicada entre 1980-1990 e o relato do médico Nilson Donadio,<sup>(110)</sup> um dos pioneiros do novo serviço médico, a respeito de uma pesquisa realizada por sua equipe, “onde foram constatados resultados animadores, sem “olimpismo”, mas dentro da ética médica que deve nortear estas pesquisas, mantendo o sigilo, protegendo a metodologia nova em aplicação e a identidade dos pais. Aguardava-se a evolução das crianças para evitar os prejuízos para os projetos em todo o Brasil, caso surgissem problemas nas mesmas e fossem divulgadas ao público”.

A Constituição Federal,<sup>(2)</sup> de forma clara e precisa, estabelece no § 7º do artigo 226: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento social é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Regulando o texto acima, a Lei nº. 9.263/1996,<sup>(111)</sup> em seu artigo 9º, estabeleceu: “para o exercício do direito ao planejamento familiar, o Estado deve oferecer todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção

cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

O Conselho Federal de Medicina, por sua vez, editou a Resolução nº 1.358/1992,<sup>(105)</sup> que trata das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, deixando transparecer que a nova tecnologia tem caráter meramente substitutivo, vez que somente será aplicada quando as outras modalidades terapêuticas tiverem sido ineficazes ou ineficientes. Dentre os princípios gerais adotados, o consentimento informado apresenta-se como obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e também aos doadores. Os aspectos médicos serão expostos de forma detalhada a todos os envolvidos, dando ênfase para a fecundação de oócitos e pré-embriões, que transferidos para a receptora, não poderão ser superior a quatro, somente com a finalidade procriativa, sem a intenção de selecionar sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho.

O Código de Ética Médica é categórico ao afirmar:

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

A Lei de Biossegurança,<sup>(6)</sup> assim conhecida, erigiu à categoria de crime<sup>24</sup> a utilização de embriões humanos produzidos por fertilização “*in vitro*” para fins de pesquisa e terapia, a não ser que sejam considerados inviáveis; que se encontrem congelados há três anos ou mais e sempre contando com o consentimento dos genitores. O consentimento é exigido tanto para a captação do material reprodutivo como sua utilização posterior em pesquisa e terapia. É interessante observar que a lei usou o termo genitores, designando os pais que cederam o material para fins de procriação somente. Também é conduta criminosa<sup>25</sup> a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano. É ilícita,<sup>26</sup> igualmente, a realização de clonagem humana.

Tais tipificações foram incluídas na lei com o intuito de proteger o patrimônio genético e o genoma humano. A prática do procedimento de exceção pelos operadores da reprodução humana, não deve afastar o olhar do princípio do “*malum non facere*” e sim fixar na justa causa, que é a procriação. Qualquer invasão das barreiras protetivas pode trazer sérios prejuízos à espécie humana, ferindo-a em sua integridade e até mesmo desconfigurando o patrimônio genético da humanidade. Afinal, o interesse e o bem-estar do ser

---

<sup>24</sup> Artigo 24.

<sup>25</sup> Artigo 25.

<sup>26</sup> Artigo 26.

humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência, conforme disciplina a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, no seu artigo 2º.<sup>(91)</sup>

A agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por sua vez, editou a Resolução RDC nº 29/2008,<sup>(112)</sup> criando o Cadastro Nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) e Informação da Produção dos Embriões Humanos produzidos por técnicas de fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, além de criar o Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio. Tal medida tem por finalidade controlar a população embrionária do país e também estabelecer quantos embriões poderão ser usados para fins de pesquisa e terapia, obrigando as clínicas de reprodução humana a enviar informações sobre a produção de embriões humanos produzidos por técnicas de fertilização “*in vitro*” para que fiquem registrados nos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG).

O Patrimônio genético é aquele que assegura a própria sobrevivência da espécie, por isso rotulado de patrimônio genético da humanidade. O Conselho da Europa, preocupado com os procedimentos inescrupulosos, recomendou a intangibilidade da herança genética levando em consideração as intervenções artificiais. “O patrimônio genético, como o próprio nome diz, afirma Oliveira Júnior, é a somatória das conquistas do homem, no plano físico, psíquico e cultural, que o acompanha através de seus registros biológicos, faz parte de sua história e evolução e, como tal, merece a proteção legal. É o relato e o retrato da raça humana, desde o homem de Neandertal. Passa a ser objeto de tutela pessoal e estatal e qualquer ofensa a ele é desrespeito à própria



humanidade. A proteção desloca-se da individualidade do ser humano já formado, com personalidade própria, para aquele que ainda vem a ser, com personalidade jurídica”.<sup>(85)</sup>

A decifração do Código Genético é uma das maiores conquistas da humanidade. Conhecer a função que cada gene exerce no interior do DNA significa ler a informação genética e descobrir o código da vida. O homem, no entanto, não é apenas resultado do mapeamento genético, mas também dotado de potencialidade genética que, em sintonia com o meio onde vive, poderá diferenciá-lo dos demais, formando uma unidade exclusiva. A ciência inclina-se para desvendar os genes responsáveis por determinadas moléstias, como alzheimer, síndrome de down, parkinson e outras, com a intenção de alterar o código genético e possibilitar a erradicação definitiva da doença.

Parte-se para uma medicina preventiva, estruturada no genoma para garantir a saúde das pessoas. Comercialmente é possível fazer a leitura do DNA, não completa, mas que garimpa informações importantes para que a pessoa conheça seu código genético e, principalmente, para evitar a ocorrência de doenças de que tenha predisposição genética. É o verdadeiro “*nosce te ipsum*” do pensamento do grego Sócrates, que apregoava o conhecimento de si mesmo para organizar racionalmente sua vida.

A Food and Drug Administration (FDA), agência reguladora dos fármacos nos Estados Unidos, avalia que os testes de DNA que serão colocados à venda nas farmácias em formato de kits (Ancestry Kit e Health Kit), trarão mais preocupações do que benefícios. A leitura a ser feita pela amostra de saliva do interessado, sem qualquer orientação médica, poderá indicar uma

predisposição genética a determinadas doenças, que, na realidade, não incidirão, mas promoverão uma angústia e desespero nas pessoas que, antecipadamente, já abraçarão os males. Principalmente no regime de medicalização em que o mundo vai caminhando.

Em 1996, na Escócia, com o nascimento da ovelha Dolly, o primeiro mamífero adulto artificial e assexuado, sem a participação do gameta masculino no processo de clonagem, o mundo científico cuidou em proteger definitivamente o patrimônio genético, não permitindo a realização da mesma experiência com seres humano. A carga genética, desta forma, passou a receber dupla proteção com relação à sua titularidade: de um lado, representa os genes dos progenitores, mas pertence exclusivamente ao indivíduo; de outro, em razão da igualdade de sua estrutura genética, e da própria continuidade da raça humana, é do domínio da humanidade.

Cabe aqui lembrar o episódio envolvendo as 2.000 amostras de sangue retiradas dos índios Ianomâmis, no ano de 1967, por pesquisadores americanos, depositadas em centros de pesquisa dos Estados Unidos e até hoje não devolvidas. Tal ato, condenado por bioeticistas de todo mundo, foi realizado sem que os índios recebessem qualquer explicação a respeito e consentissem na retirada do sangue. Somente agora, após muitos anos de luta, o sangue será devolvido aos Ianomâmis, que, cumprindo o ritual da população, será devolvido às águas do rio onde nasceu a civilização.

Davi Kopenawa,<sup>(113)</sup> líder Ianomâmi, em entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo, falando a respeito da importância da devolução do sangue ao seu povo, assim se manifestou: “O sangue foi tirado de nosso povo quando

eu era menino. Os cientistas não explicaram nada direito. Só deram presentes, panelas, facas, anzóis e falaram que era para coisa de saúde. Depois todo mundo esqueceu. Ninguém pensou que o sangue seria guardado nas geladeiras deles, como se fosse comida! Só em 2000 que eu soube que esse sangue estava ainda guardado e sendo usado para pesquisa. Aí me lembrei da minha infância, e os velhos também se lembraram de que nosso sangue foi tirado. Todo mundo ficou muito triste de saber que esse sangue nosso e de nossos parentes mortos ainda estava guardado”.

Não pode ser olvidada a Resolução nº 196/96,<sup>(11)</sup> do Conselho Nacional de Saúde, que estabelece normas e diretrizes regulamentadoras sobre pesquisas envolvendo seres humanos. Trata-se de um documento que traz uma enorme carga do pensamento bioético, além de acompanhar as declarações universais de proteção aos direitos humanos e proteção aos sujeitos de pesquisa. Justamente por ser um documento padrão deve ser complementado pela elaboração de outros envolvendo áreas temáticas. Mas, mesmo assim, em face da lacuna legislativa ou interpretativa, continua sendo a fonte inesgotável para a solução de conflitos entre profissionais e pacientes. Estabelece a obrigatoriedade no sentido de que o procedimento médico de qualquer natureza envolvendo o ser humano, cuja prática ainda não esteja devidamente consagrada na literatura médica, siga as diretrizes traçadas na Resolução e que o material de estudo seja considerado como pesquisa.

O profissional de reprodução humana, após esclarecer de forma detalhada todo o procedimento que será adotado, deverá obter o documento legal do casal infértil e dos doadores, separadamente, observando que será

resguardado o sigilo sobre a identidade deles. É bom acrescentar também que as clínicas de reprodução humana que fazem a coleta de doação de material procriativo deverão manter um registro de todos os dados clínicos, características fenotípicas e uma amostra do material celular dos doadores. A responsabilidade da escolha do material doado é do médico responsável pelo procedimento, que deverá observar, dentro do possível, a maior semelhança fenotípica e imunológica com a receptora.

Não se encontram ética e moral para serem isoladas nos laboratórios de reprodução humana. “O laboratório poderá, por exemplo, ensinam Pessini e Barchifontaine,<sup>(78)</sup> arautos dos problemas atuais da bioética, revelar tudo o que somos do ponto de vista biofísico e bioquímico, mas nunca terá condições científicas de revelar o que seja uma pessoa, um valor, pois esses conceitos, fundamentalmente, foram construídos lentamente pelas tradições filosófica, ética, religiosa, jurídica etc”.

O Código Civil Brasileiro,<sup>(2)</sup> em seu artigo 1597,<sup>27</sup> consagra a presunção da paternidade em favor dos filhos gerados por fecundação artificial homóloga,<sup>28</sup> mesmo que tenha ocorrido a dissolução do casamento ou união estável e até mesmo a morte do marido. A outra exigência legal é que a fecundação tenha ocorrido durante o casamento, quando se tratar de embriões excedentários, ou seja, aqueles fecundados “*in vitro*”, mas não implantados de

---

<sup>27</sup> Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

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

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

<sup>28</sup> Ocorre quando o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou convivente.

imediatamente na mulher. Quando se tratar de inseminação artificial heteróloga,<sup>29</sup> exige a lei a autorização do marido.

Todas as providências enumeradas devem ser seguidas obrigatoriamente pelo profissional da área de reprodução humana. Pode-se dizer que seu consultório ou clínica transforma-se num cartório contendo um arquivo sigiloso onde serão preservadas todas as informações a respeito da fecundação e posterior inserção do embrião no útero da mulher. O corpo humano e suas partes são bens “*extra commercium*”, sem qualquer perfil lucrativo, daí a possibilidade de doação de material germinativo, conforme determina a lei que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento. O médico passa a ser o detentor de todas as informações privativas garantindo o anonimato do doador. Se, por ventura, a criança tiver interesse em conhecer sua origem genética, que é um direito de qualquer cidadão, somente obterá as informações através de mandado judicial.

O princípio da intocabilidade do embrião, é bom que se diga, já não tem aplicação plena, em razão dos avanços científicos na seleção dos embriões. Permanece sim a proibição de selecionar sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, mas não se questiona a realização do exame para diagnóstico pré-implantatório e testes genéticos visando verificar se o embrião é portador de alterações cromossômicas ou genéticas. Se a constatação for positiva, admite-se o procedimento corretivo. A esse respeito, comparece a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face

---

<sup>29</sup> Ocorre quando o sêmen inoculado na mulher for de terceira pessoa, que a lei considera doador.

às aplicações da Biologia e da Medicina e esclarece sobre as intervenções com o genoma humano, em seu artigo 13º:

“Uma intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência”.<sup>(91)</sup>

Brauner,<sup>(114)</sup> com precisão, elucida: “Todavia, existem alguns casos em que a regra do anonimato poderá ser quebrada, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informação genética indispensável à sua saúde; ou quando a responsabilidade for do doador, ou dos médicos que realizaram o processo, em razão da utilização de sêmen com carga genética defeituosa. Nesses casos, deveria haver necessidade de buscar a autorização judicial, para que as informações sobre o doador, ou a doadora, fossem disponibilizadas ao interessado”.

De qualquer forma, como o espírito do Código Civil foi dar guarida aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, tem-se que a paternidade deve ser desejada, não imposta e nem obtida por meios fraudulentos. Assim é que, dentre as técnicas de reprodução assistida, afloram as seguintes situações:

a) esperma do marido, óvulo da esposa, com transferência do embrião para o útero de outra mulher; b) esperma e óvulo de estranhos por encomenda de casal estéril, implantando o embrião no útero da mulher ou de outra; c) sêmen do marido e óvulo de outra mulher, mas implantado no útero da esposa; d) esperma e óvulo de terceiros, implantados no útero da esposa; e) óvulo da

esposa e espermatozoides de terceiro, implantado no útero de outra mulher; f) fecundação do óvulo da esposa com espermatozoides do marido, com o congelamento do embrião, para que, após o falecimento de um ou de outro, possa ser o embrião implantado; g) inseminação homóloga praticada na mulher com o sêmen do marido; h) inseminação heteróloga praticada em mulher casada ou em regime de união estável, com espermatozoides de terceiro, com a aquiescência do marido ou convivente.

Maria Helena Diniz<sup>(64)</sup> faz ver que, na fecundação na proveta, a criança poderá viver um conflito de maternidade e paternidade, envolvendo, ao mesmo tempo, dois pais e duas mães numa situação, e três pais e três mães em outra, graças aos recursos da tecnologia procriativa:

“Conflito de maternidade e de paternidade, uma vez que, na fecundação na proveta, a criança poderá ter: duas mães, uma institucional e outra genética; dois pais, o institucional que será o marido de sua mãe, que anuiu na fertilização *“in vitro cum semine alieno”*, e o genético, ou seja, o doador do elemento viril fertilizante, que não terá responsabilidade jurídica pelo ser que gerou; três pais e três mães, ou melhor, mãe e pai genéticos (os doadores do óvulo e do sêmen), mãe e pai biológicos (a que o gerou em seu ventre e seu marido) e mãe e pai institucionais (os que a encomendaram à clínica), sendo os responsáveis legalmente por ela, por terem feito o projeto de seu nascimento.”

A correta atuação do médico é de vital importância para o esclarecimento da paternidade e maternidade na fertilização assistida. Pela lei brasileira, assim como a portuguesa, mãe é a que deu à luz. A certeza da maternidade

(*maternitas certa est*) caiu por terra em razão das práticas alternativas de procriação. No caso em que se usar o sêmen do marido, o óvulo de uma estranha e a conseqüente implantação no útero da esposa, o filho será da mulher que cedeu o material genético ou da que o alojou e o deu à luz? A lei brasileira segue a regra do "*partus sequitur ventrem*". O artigo 8.º, item 2, da Lei 32/2006, de 26 de julho, que trata da Procriação Medicamente Assistida, em Portugal, assim define maternidade de substituição: "Entende-se por "maternidade de substituição" qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando-se aos poderes e deveres próprios da maternidade".

A reprodução humana assistida vem causando sérias polêmicas no meio jurídico, especificamente com relação à inseminação heteróloga, dividindo as opiniões a respeito de sua legalidade. O argumento desfavorável consiste na possibilidade de inseminar espermatozóide de terceira pessoa no óvulo de uma mulher casada. O filho advindo desse procedimento não será consanguíneo do marido e sim do terceiro que cedeu o material procriativo. Há necessidade da expressa manifestação do consentimento informado do marido aceitando o método a ser empregado, assim como suas conseqüências. Se a inseminação for feita sem o seu consentimento, poderá posteriormente impugnar a paternidade. O nome do doador do material genético permanecerá em sigilo. Nada obsta, no entanto, ao filho nascido, o direito de questionar em juízo sua paternidade biológica, com seu conseqüente reconhecimento junto ao terceiro que doou o sêmen.



O sigilo é determinação do Ministério da Saúde<sup>(115)</sup> que, regulamentando sobre a informação de dados necessários à identificação de embriões humanos produzidos por fertilização “*in vitro*”, especifica que o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido deve prever a destinação para fins de pesquisa e/ou terapia das células-tronco embrionárias, assim como garantir o sigilo dos dados genéticos dos doadores de embriões e gametas.<sup>30</sup>

Ainda, no mesmo diapasão, a determinação do decreto Federal nº 5.591/2005<sup>(116)</sup> que regulamenta os dispositivos da Lei nº 11.105/2005,<sup>(6)</sup> que, em seu artigo 66 assim dispõe: “Os genitores que doarem, para fins de pesquisa ou terapia, células-tronco embrionárias humanas obtidas em conformidade com o disposto neste Capítulo, deverão assinar Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, conforme norma específica do Ministério da Saúde”.

A argumentação favorável é assegurar a todos o direito da paternidade e maternidade, sujeitando-se, para tanto, à peregrinação exigida no processo reprodutivo. Os propósitos que animam os interessados não se fincam unicamente na verdade biológica. Várias pessoas podem participar do processo de concepção medicamente assistida. A desembargadora aposentada Dias explicita: “As expressões filho de proveta, barriga de aluguel, concepção medicamente assistida, gravidez por substituição, fertilização homóloga e heteróloga já se vulgarizaram e a palavra infertilidade já pode ser banida dos dicionários”.<sup>(117)</sup>

---

<sup>30</sup> Portaria Ministério da Saúde, nº 2526, de 21.12.2005.

A solução mais adequada para acomodar juridicamente a situação exige que a mãe geratriz registre a criança em seu nome e também em nome do suposto pai biológico cujo nome é obrigada a declinar, quando da elaboração da Declaração de Nascidos Vivos. Depois, em petição assinada conjuntamente pela mãe biológica, pela mãe geratriz e o pai, deve ser intentada ação de retificação do assento de nascimento da criança para que fique constando os nomes dos verdadeiros pais biológicos. Nesse ato, como documento primordial, será apresentada uma declaração do médico responsável pela fecundação artificial em narrativa circunstanciada do procedimento, preservando o sigilo do doador. A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos humanos, em seu artigo 7º, preceitua: “Quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade devem ser mantidos em sigilo, nas condições previstas em lei”.<sup>31</sup>

No mesmo sentido a recomendação da Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Direito, Bioética e Genoma Humano, em seu artigo 5º, letra “c”:

“O manejo, o armazenamento e a disposição dos bancos de amostras biológicas (células, DNA, etc.), que deverão ser regulamentados garantindo que a informação individualizada não seja divulgada sem assegurar o direito à

---

<sup>31</sup> Trata-se de um documento elaborado pelo Comitê de Especialistas Governamentais, apresentado e adotado na 29ª sessão da Conferência Geral da Unesco, de 21 de outubro a 12 de novembro de 1997.

privacidade do indivíduo, nem seja usada para fins distintos daqueles que motivaram sua coleta”.<sup>32</sup>

Conforme a regra determinada pelo Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, a Justiça vem se adaptando rapidamente aos avanços da ciência, mesmo porque se ocorrer lacuna legislativa a respeito do fato, pode o juiz decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito,<sup>(12)</sup> além dos dogmas constitucionais<sup>33</sup> da cidadania e dignidade da pessoa humana.<sup>(2)</sup> A convivência homossexual já é reconhecida como entidade familiar pela jurisprudência, que, constantemente vem salpicando decisões aqui e acolá a respeito do registro dos filhos.

Em artigo publicado pela desembargadora aposentada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias cita o caso de um casal homossexual feminino em que uma delas doou os óvulos que foram fertilizados em laboratório e posteriormente implantados no útero da outra, que veio a ter um casal de gêmeos. Quem é a mãe? pergunta a articulista, que escorreitamente responde: “Não cabe outra resposta: ambas são as genitoras. O só fato de ter Adriana carregado os filhos no seu ventre, não a autoriza a registrá-lo somente em seu nome. Aliás, a Justiça já vem admitindo que, em caso de gestação por substituição, o registro seja feito em nome de quem forneceu o material genético. De outro lado, nada justifica impedir que no registro de nascimento conste também o nome de Munira. O exame de DNA comprova ser ela a mãe biológica”.<sup>(118)</sup>

---

<sup>32</sup> Documento elaborado pelos participantes de diversos países da Ibero-Americana e da Espanha dos Encontros Sobre Direito, Bioética e Genoma Humano de Manzanillo (1996), DE Buenos Aires (1998) e Santiago (2001)

<sup>33</sup> Artigo 1º, II e III da Constituição Federal.

A esse respeito, Kottow,<sup>(119)</sup> médico, bioeticista e professor de bioética e antropologia da Universidade do Chile, faz interessante observação a respeito de situações anômalas que surgem em razão do avanço científico para se atingir a reprodução humana: *“El debate se ha vuelto más ríspido con la aparición de situaciones inusuales: mujeres posmenopáusicas que desean procrear, parejas lesbianas que no solo desean hijos naturalmente concebidos sino que solicitan compartir la biología de la reproducción, una de las mujeres aportando el óvulo, la otra el útero. También los contratos y compromisos de úteros prestados o arrendados, em que una mujer gesta lo que outra engendro, crean conflictos jurídicamente insolubles, pues ambas mujeres, la genética y la gestora, pueden insistir em suas derechos de madre legítima.”*

É de se acrescentar ainda que a nova técnica médica modificou até mesmo o conceito originário de família, criando as famílias monoparentais, contando, inclusive, com o apoio legal, conforme se observa do artigo 1º da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamenta o planejamento familiar e o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, *in verbis*: “Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Percebe-se, claramente, uma nítida separação entre a família conjugal, de traços tradicionais, com a nova família que emerge no campo social. “Por isso, acentua Freire de Sá, a família parenteral ganha relevo no contexto dos vários tipos de relações familiares: as uniões livres estão cada vez mais frequentes; temos a figura da mãe solteira, que pode ser voluntária ou

involuntária; a viuvez; a adoção possível para o solteiro, separado, divorciado ou viúvo, além da separação e do divórcio. Todas essas situações geram tipos de famílias monoparentais”.<sup>(88)</sup>

Pai e mãe, desta forma, pelo novo perfil da família, não são aqueles que cederam o material procriativo e sim aqueles que dispensam afeto e carinho, procurando conferir uma educação responsável para que o filho possa desenvolver suas qualidades, viver em harmonia e atingir a plena realização. É o mesmo critério adotado pela lei de adoção, que agora permite ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica, após completar 18 anos de idade. Nasce, então, não só pela introdução legal, mas também como um novo conceito social, a paternidade socioafetiva, na qual alguém, sem qualquer vínculo sanguíneo e sem imposição legal, recebe uma criança como filho, tendo como sustentáculo o sentimento de afeto.

Toda a tramitação jurídica vai depender quase que exclusivamente do relatório médico para que a Justiça possa fazer a correta adequação da filiação. Justamente por isso o profissional de reprodução deve atentar para a clareza das cláusulas que compõem o termo de consentimento para que o paciente possa acompanhar e entender perfeitamente todo o procedimento de exceção para atingir os objetivos da procriação.

A título de exemplo, o paciente deve ser consultado a respeito da permissão de quantos embriões serão implantados e o total deve constar expressamente do ato autorizativo. Se o paciente decidiu por dois e o médico implantou quatro, que vingaram, ocorreu um excesso de autorização, responsabilizando judicialmente o médico ou a clínica para contribuir com o

sustento e educação de dois. O plano do casal, em razão de suas posses, residência e projeto de vida era de ter somente dois filhos e para tanto autorizou o procedimento.

Uma outra questão que está sendo constantemente debatida é voltada para os embriões excedentes, representados por aqueles que não foram utilizados no procedimento de reprodução humana. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do início da vida humana, fica descartado o marco inicial da fecundação *“in vitro”* e permanece somente a *“in ventre”*, como *“spes hominis”*. O momento da concepção passa a ser demarcado com a transferência para o útero materno, segundo a regra do direito romano: *“infans conceptus pro nato habetur”*. No mesmo sentido o ensinamento de Kiper,<sup>(109)</sup> em sua obra sobre fecundação assistida: *“Los embriones in vitro no se encuentran amparados legalmente. No es cosa, es um ente especial, vida humana, pero no es tampoco persona, por no estar implantado en el seno materno, en consecuencia, no tiene los derechos del nasciturus”*.

O artigo 5º da Lei 11.105/2005,<sup>(6)</sup> declarado constitucional pela Corte Suprema, assim estabelece: “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”.

A determinação legal deixa expressa a possibilidade de se usar os embriões excedentes, porém exige a concorrência simultânea de condições de exigibilidade. Não basta a presença de uma delas somente. Há necessidade da concorrência de todas. O profissional de reprodução poderá, desta forma, utilizar os embriões excedentes para fins de pesquisa, terapia, doação e até mesmo o descarte, desde que ocorra o inequívoco consentimento de vontade dos genitores, que são os titulares dos direitos sobre os embriões.

A Lei de Biossegurança traça o perfil de alguns delitos relacionados com a procriação artificial:

Art. 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.

O embrião humano é o fundamento da proteção legal inserida no artigo 5º da Lei, cuja inconstitucionalidade foi suscitada perante o Supremo Tribunal Federal, que declarou constitucional o artigo questionado. Com tal segurança, é de se concluir, como regra geral, que fica franqueada a pesquisa e terapia com embriões produzidos “*in vitro*” não utilizados no procedimento de procriação. A própria lei permite a população de embriões excedentes, que serão aqueles utilizados caso não vingue a primeira implantação. Desta forma, esses embriões ou serão utilizados ou descartados futuramente.

Neste tipo de procedimento muitas cautelas são exigidas do médico guardador do material reprodutivo. Pode acontecer que o casal interessado pela reprodução, colha o material necessário, implante o embrião, que vinga com o nascimento de um filho. O material conceptivo excedente, que produziu bons resultados, sem controle dos pais, poderá ser aproveitado em outro casal, que, por sua vez, com igual sucesso, venha a ter uma filha. Os filhos de diferentes pais, porém geneticamente dos mesmos, podem se casar no futuro, diante de uma arrepiante situação incestuosa acobertada pela mais sincera boa-fé. Mesmo que não se casem, são irmãos sem jamais terem convivido como tal.

O descontrole do material fertilizante gera a incerteza de que será utilizado nos interessados à paternidade e pode ocorrer que haja confusão na manipulação, utilizando-se esperma e óvulos que não sejam aqueles coletados dos verdadeiros candidatos. É o caso, guardadas as proporções, da inseminação artificial heteróloga, também prevista no Código Civil.<sup>(12)</sup> Essa nova técnica conceptiva, dentre outras modalidades, pode ocorrer com a fertilização “*in vitro*” com sêmen e óvulo de estranhos, implantando-se posteriormente o embrião no útero da mulher, com a ciência e o consentimento do casal.

Resumindo, a proibição legal reside no fato de não se afastar das hipóteses previstas em lei. Os embriões devem ser inviáveis, quer dizer, não apropriados para o procedimento reprodutivo. Devem ter um período de congelamento de três anos ou mais e sempre contar com o consentimento dos



genitores, que são os titulares do domínio do material procriativo. Excluindo-se estas hipóteses, qualquer outra será considerada proibitiva.

Reza o artigo 26: “Realizar clonagem humana:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa”.

“A clonagem, explica Sá, possui duas espécies: clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica. A primeira é a forma de reprodução assexuada que objetiva a obtenção de um novo indivíduo. Já a clonagem terapêutica é o processo de produção de células-tronco de embriões, com finalidade terapêutica. Atualmente, ambas as espécies encontram-se proibidas no ordenamento brasileiro”.<sup>(88)</sup>

Em interessante posicionamento, após a consagração do termo bioética na França, em 2004, a professora Labrousse-Riou, da Universidade de Paris I – Panthéon Sorbonne, enfatizou:

*“Les questions éthiques qui gisent au coeur des biotechnologies contemporaines se sont rarement posées avec autant d’acuité: le sort qu’il convient de réserver aux embryons humains, produits em masse et conservés **in vitro**, abandonnés parce que inutiles à leurs géniteurs, désirés par les chercheurs pour la nature indifférenciée de leurs cellules, ultime ressource exploitable pour les uns, moyen de progrès pour dès maladies du grand age ou pour la procréation artificielle pour les autres, les voici, pauvres êtres, en attente d’être livres, par décision législative selon l’avant-projet de révision des lois dites de “bioéthique”, à la recherche scientifique dans le but avoué d’une exploitation industrielle dirigée vers la fabrication de médicaments (sans préjudice des buts inavoués d’une fabrication de êtres vivant artificiels)”*.<sup>(120)</sup>

A legislação mundial repudia a técnica de clonagem por considerar que se trata de um procedimento despojado de ética e que afronta os princípios da própria natureza humana. Aceita-se a intervenção científica que seja para controlar ou até mesmo extirpar definitivamente doenças para que o homem possa usufruir com mais dignidade de sua existência, mas entregar a ela o poder de replicar um ser humano vivo ou que já tenha morrido, foge totalmente do consentimento da humanidade.

10. ORTOTANÁSIA, EUTANÁSIA,  
DISTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO,  
COMO MODALIDADES  
VOLUNTÁRIAS DE ABREVIAR A  
MORTE

---

## **10. ORTOTANÁSIA, EUTANÁSIA, DISTANÁSIA, CUICÍDIO ASSISTIDO, COMO MODALIDADES VOLUNTÁRIAS DE ABREVIAR A MORTE**

A Constituição Federal brasileira,<sup>(2)</sup> em seu artigo 5º, III, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A inserção desse princípio no texto constitucional atendeu aos reclamos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, homologada pela resolução da Assembléia Universal das Nações Unidas, que, em seu artigo I, proclama “*in verbis*”: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito da fraternidade”.

A reafirmação da confiança na raça humana cultivada na Magna Carta foi calcada na dignidade e no valor da pessoa, na igualdade e no respeito para que o homem possa atingir suas mais altas aspirações, num regime de liberdade de pensamento e realizações individuais e coletivas, essas tomadas de comum acordo pelo grupo social.

O homem é tutelado pelo Estado desde sua concepção. Durante a vida intra-uterina o feto goza de toda proteção e, se for molestado por práticas abortivas, que não aquelas consideradas legais, o agente responderá pelo ato criminoso. Se a própria mãe, sob influência do estado puerperal, provocar a morte do filho, será considerada infanticida. O nascimento provoca o acolhimento na sociedade e a inserção da criança nas medidas protetivas da infância e juventude, consubstanciadas no Estatuto da Criança e Adolescente. Com a maioridade, o cidadão é revestido de todos os direitos conferidos no

texto constitucional e passa a ser um colaborador do desenvolvimento social e econômico da coletividade, assim como desenvolve estratégias para sua realização pessoal, familiar e profissional. Findo o período laboral, alcança a aposentadoria e se filia ao Estatuto do Idoso, que confere a ele um plus diferenciado de direitos. A vida, desta forma, passa a ser uma somatória de direitos.

A morte é consequência da vida, é o estágio final da existência. O Estado continua sua função tuteladora e, em razão de seus compromissos éticos, sociais e legais, somente a admite com o cumprimento do ciclo natural, sem qualquer chance de permitir a interrupção precoce da vida em situação de irreversibilidade da saúde do paciente.

A sociedade, no entanto, caminhando lado a lado com a evolução da tecnologia, com o conseqüente alargamento cultural de vários institutos até então não repensados, sofre uma transformação em sua própria estrutura, abre espaços para discussão e insere o tema relacionado com a morte, visto sob o prisma de sua dignidade, a mesma que foi conferida à vida. Assim, a finitude humana passa a ser motivo de questionamento.

Os mecanismos de prolongamento da vida e da interrupção do sofrimento do paciente ocupam destaque nos debates éticos, bioéticos, envolvendo médicos, juristas, psicólogos, filósofos, religiosos e outros profissionais, que de uma forma ou outra, dedicam sua parcela de contribuição ao tema. Sem falar ainda do envolvimento popular nas camadas mais simples da sociedade, onde o assunto também é frequentado com assiduidade.

A evolução constante da humanidade vai transformando o pensamento do homem, direcionando-o para uma nova ordem moral, social e ética. Tanto é que os conceitos vão se definindo dentro de uma estrutura dinâmica, que se movimenta em velocidade até mesmo incompatível com sua própria história. Basta ver que, a título de exemplo, até recentemente, o casamento que era indissolúvel, passou a permitir o desquite e, logo em seguida, o divórcio. Esse, para sua concretização, exigia dois anos de separação de fato ou um ano judicialmente e, agora, pela nova proposta legislativa, será concedido sem qualquer estágio temporal. Até poderá ser pleiteado pela internet. Nenhum conceito é estático. Obrigatoriamente segue o dinamismo necessário para o melhor aperfeiçoamento da vida humana.

A própria Constituição Federal,<sup>(2)</sup> editada há 22 anos, coleciona já, aproximadamente, sessenta Emendas Constitucionais, todas elas resultantes de adequações legislativas favorecendo a convivência social e as necessidades dos cidadãos. Já advertia Maximiliano:<sup>(98)</sup> “As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social. Como, pois, recusar a interpretá-lo no sentido das concepções sociais que tendem a generalizar-se e a impor-se?”.

Na senda desta evolução, surge agora a questão que envolve o direito de morrer com a mesma dignidade do direito de nascer. A moral e o Direito repudiam, pela sua tradição e conceituação, qualquer ato que abrevie a existência de um ser humano, mesmo que enfermo. Mas o homem, na incansável evolução, arrebenta os diques das regras consuetudinárias e

ingressa no domínio da etapa final de sua vida. Quer, também em razão da autonomia adquirida por inúmeros direitos assimilados, decidir a respeito da modalidade de morte.

A morte surge, desta forma, como tema central e até mesmo natural, apesar do homem resistir a travar discussão a respeito. O modo humano de morrer, percorrer o caminho da longa jornada e saber que a vida, apesar de frequentar todos os sentimentos humanos, é uma preparação para a morte. Mas o que se leva do homem, não é a morte e sim, a vida. O homem, por paradoxal que pareça, tem repugnância pela morte. O anseio das pessoas é ter uma morte rápida, sem sofrimento e, logicamente, após ter exaurido a vida em sua intensidade.

Mas nem sempre assim se apresenta a morte. A respeito, com muita propriedade, salientam os filósofos espanhóis Stork e Yepes: “Ordinariamente, hoje se morre de duas maneiras: por acidentes violentos, provocados ou fortuitos, ou por doença terminal. Mas, nas ocasiões em que a visita da morte é algo esperado, se procura arrebatá-lo do doente sua própria morte com a benévola intenção de que “não sofra”. Para tanto, se narcotiza o doente e ele é mantido na ignorância acerca de sua própria situação: é a morte estúpida, na qual a pessoa morre sem dar-se conta, sem assumir livre e responsabilmente o que lhe está realmente sucedendo”.<sup>(121)</sup>

Milan,<sup>(122)</sup> em recente romance, acompanhando a agonia da morte do marido em um hospital francês, após tentar convencer a médica a praticar a eutanásia passiva, sem o resultado desejado, ponderou: “Jacques não pode comer, beber, urinar e respirar naturalmente. Sabe que não há mais nenhuma

esperança e não quer continuar. Seria tão fácil liberar Jacques... Basta recusar o furor terapêutico. Mas a Doutora tem medo. Por que isso? Ninguém está aqui para denunciar quem quer que seja. Não tenha medo, Doutora”.

O médico e sociólogo Ingenieros,<sup>(123)</sup> nascido na Itália e posteriormente cidadão argentino, antecipou em 1920: “Não devemos ocultar que nestes últimos anos, tomou feição particular o problema do direito à morte. Seus termos são, hoje, muito diferentes. Uma dama estadunidense reclamou, dos juízes de Nova York, a autorização, para o seu médico, de por fim aos sofrimentos atrozes que lhe causava uma enfermidade incurável, proporcionando-lhe o eterno descanso da maneira mais suave possível. A petição estranha não foi despachada, mas o futuro nos impõe três probabilidades diferentes, nas quais a situação moral deve ser encarada de forma também diversa”.

A morte, nessa progressão, vem se apresentando com uma conceituação diferenciada. Pensava-se até pouco tempo que o fim da vida do homem chegava com a parada cardíaca e a ausência de respiração. Fruto, talvez, do pensamento romano, que elegeu o coração como o órgão mais importante e o coordenador de todas as ações. Os gregos, ao contrário, elegeram a mente, o cérebro como o catalisador da própria vida. Hipócrates, considerado pai da medicina, para estudar o corpo doente, aconselhava conhecer o paciente, seu modo de pensar, de viver, de se alimentar, seu ambiente físico e geográfico, assim como sua parte espiritual de orar aos deuses.

A separação do corpo e da alma também se faz presente na civilização helênica. A respeito do brocardo com o trocadilho místico o corpo (soma) é o



túmulo (sema) da alma, ou a morte liberta a alma de seu túmulo, Stone<sup>(124)</sup> traz uma passagem interessante quando relata o pensamento de Sócrates: “A alma pensa melhor quando nenhuma dessas coisas a perturba, nem o ouvido, nem a vista, nem a dor, nem qualquer prazer, porém quando está, tanto quanto possível, sozinha, e separa-se do corpo evitando tanto quanto possível toda e qualquer associação ou contato com o corpo, e se estende em direção à realidade”.

Mesmo que a natureza humana atinja a imortalidade, estágio totalmente divorciado da realidade, pois, em primeiro lugar, sua bagagem corpórea interna e externa não está preparada para tal aventura. Em segundo, a própria fugacidade da vida tornaria o homem enfadonho e repetitivo. Pelo menos é assim que Beauvoir narra a história de Raimond Fosca, que ingere o remédio da imortalidade e passa a ser um condenado a viver para todo o sempre. Em carta que escreveu para Règine, sua amada, assim se expressou: “Havia tantos homens e tantas mulheres que tinham respirado com esse mesmo fervor a doçura das noites primaveris e para os quais o mundo se apagara! Não haveria realmente nenhum recurso contra a sua morte? Não se poderia ressuscitá-los por uma hora? Esqueci meu nome, meu passado, minha fisionomia; há apenas o céu, o vento úmido, e essa amargura incerta na ternura da noite; não sou eu, nem são eles; são eles tanto quanto eu”.<sup>(125)</sup>

Saramago,<sup>(126)</sup> com picardia de humor e ironia introduz a morte como tema central de uma história e a apresenta magoada com os homens, que a detestam. Para provar que tem sentimentos, apesar de ser fatal, decreta greve geral e nenhuma pessoa morre mais na cidade. Os hospitais lotados de

moribundos de todas as idades, as funerárias à beira da falência e a própria Igreja reclama da paralisação, pois sem morte não há ressurreição. Instala-se o caos e os homens proclamam a volta da morte.

“No dia seguinte ninguém morreu. O facto, narra o escritor português, Prêmio Nobel de Literatura em 1998, por absolutamente contrário às normas da vida, causou nos espíritos uma perturbação enorme, efeito em todos os aspectos justificado, basta que nos lembremos de que não havia notícia nos quarenta volumes da história universal, nem ao menos um caso para amostra, de ter alguma vez ocorrido fenómeno semelhante, passar-se um dia completo, com todas as suas pródigas vinte e quatro horas, contatas entre diurnas e nocturnas, matutinas e vespertinas, sem que tivesse sucedido um falecimento por doença, uma queda mortal, um suicídio levado a bom fim, nada de nada, pela palavra nada”.<sup>(126)</sup>

Henriquetta Lacks ofertou uma inestimável contribuição para a medicina. Portadora de um câncer no colo uterino, veio a falecer no ano de 1951 e o cientista George Gey isolou do material cancerígeno a primeira linhagem imortal das células humanas, conhecidas como células HeLa, que são cultivadas até hoje em laboratórios e que resultaram em relevantes trabalhos científicos.

Reinach,<sup>(74)</sup> falando a respeito da inestimável contribuição de Henrietta, que para ele ainda vive, sem sentimentos ou emoções no restrito âmbito de um conjunto de células, enfatizou: “Durante décadas as células HeLa têm ajudado os cientistas a entender por que células normais se transformam em tumores. Hoje a ciência trilha o caminho inverso, tentando compreender como células-

tronco, presentes nos embriões e tecidos adultos, dão origem aos órgãos do corpo humano. Essas pesquisas têm como objetivo permitir a regeneração dos diversos órgãos do corpo humano. Mas para isso os cientistas precisam isolar as células-tronco de embriões humanos, da mesma maneira que George Gey isolou as células HeLa”.

A vontade humana, consubstanciada no princípio da autonomia, atua simultaneamente com a razão e é resultado de uma inclinação racional, nos limites fixados pela própria dimensão de cada homem. A materialização da volição é plasmada pela conduta humana, através de uma ação consciente, que, por sua vez, deságua no espírito de responsabilidade do ser no meio social em que vive. Além de toda essa articulação de interioridade, uma outra realidade surge, de exteriorização, que é o corpo humano, canal pelo qual o eu interno se comunica com o exterior. Assim, como salientam sabiamente Stork e Echevarría,<sup>(121)</sup> “o corpo é a condição de possibilidade de manifestação humana. A pessoa expressa e manifesta sua intimidade precisamente através do corpo.”

A pessoa humana não é, portanto, somente um mecanismo pensante, mas é também um corpo onde se encontra alojada e instalada, fazendo com que haja uma dualidade, um verdadeiro sincronismo entre o homem interior e o do mundo. O corpo passa a ser a realidade tangível, um patrimônio único e representativo do ser pensante, instalado em ambiente que ele próprio irá modificar para satisfazer suas necessidades e proporcionar o desenvolvimento de suas qualidades visando atingir a plenitude humana.

Se o corpo humano é tutelado desde a concepção “*intra utero*”, depois do nascimento e em todas as fases da vida pelo Estado, será que quando chegar o momento final o homem poderá exercer sua autonomia e escolher a melhor forma para abreviar sua morte? Se a morte é um direito, que seja ele contemplado com todas as garantias.

O tema é incandescente e envolve aspectos culturais, religiosos, legais, médicos, morais, éticos e sociais, trazendo cada segmento suas posições inquebrantáveis. Na sua imensidão, permite avançar e atingir o fim da vida humana, com relevo às doenças prolongadas e irreversíveis, que exigem cuidados intensivos em razão do seu estado terminal. Nesta fase, será que o homem, que durante toda sua vida recebeu diversas modalidades de tutela, pode divorciar-se do Estado e decidir de acordo com sua autonomia, fazendo opção pela morte, quando a regra é a vida? Se a autonomia da vontade integra o princípio da dignidade humana, não seria correto o paciente, para aliviar sua dor e sofrimento e evitar o descontrole sobre sua vida e funções biológicas, optasse por uma morte antecipada e suave? Caminharia a humanidade para a utopia descrita por Aldous Huxley, no Admirável Mundo Novo, quando introduziu as clínicas para moribundos?

O cronista Rubem Alves,<sup>(127)</sup> em interessante trabalho publicado, após relatar poeticamente a presença na sala de espera dos médicos da tela de Samuel Luke Fildes, intitulada “O Médico”, falando sobre o direito ao próprio corpo, assim se expressou: “Tenho estado pensando nas pessoas, por sua condição física de dor ou humilhação, prefeririam que a morte tomasse a vida no seu colo e a fizesse dormir. O deseja de morrer é uma oração, um suspiro

da vida que deseja voar. Acho que Bach concordaria comigo. Foi para esses que suspiram e desejam voar, ele mesmo inclusive, que compôs seu comovente coral “Vem doce morte”. Ouvindo-se esse coral, a partida fica triste, bela e calma...”

Para enfrentar a questão, interessantes observações preliminares foram apresentadas pelas pesquisadoras Luna, professora da Universidad de Buenos Aires e Salles,<sup>(79)</sup> professora da Universidade St. John, em Nova York, que já enfrentaram o tema morte em várias obras, estabelecem algumas condições mínimas para a implementação da morte abreviada nos países em desenvolvimento, que são:

- un debate público y transparente acerca de las decisiones al final de la vida y su relevância para la sociedad;
- un serio compromiso con la provisión y el perfeccionamento del cuidado de la salud, incluídos los cuidados paliativos;
- un mecanismo efectivo para monitorear y controlar estas prácticas.

### **10.1. Eutanásia**

A palavra, em sua origem (eu+thánatos) significa literalmente boa morte. Mas, no seu significado profissional, na realidade assume outra configuração. Aproxima-se mais de uma ação de se tirar uma vida, de se matar bem, mesmo que seja por piedade, do que a morte serena por doença. Martin,<sup>(128)</sup> em ilustrativo artigo, define como sendo “uma ação ou omissão que, por sua natureza, ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda dor”. Daí

que a eutanásia está relacionada diretamente com atos médicos, sempre com a motivação piedosa, para se atingir a morte sem passar pela dor.

A vida humana é merecedora de um valor incomensurável. Não se trata somente da individualidade física e sim também da moral, social, psíquica, de todos os predicados, virtudes e defeitos que carrega o homem. Daí que o mandamento proibitivo de matar alguém não é só de cunho cristão, mas também jurídico. O ato de produzir a vida depende somente daqueles que juntam seus materiais procriativos, mas não são proprietários do novo ser e nem detentores do direito de morte sobre ele.

A vida flui, no critério adotado pelo homem civilizado, num ambiente de liberdade onde ele se submete somente aos valores de sua consciência e às regras adotadas pelo seu grupo social, que também não é possuidor dos “*jus vitae et mortis*”, como o estabelecido na Tábua IV: “É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los”.<sup>(129)</sup> Ou, ainda, no caso de pena de morte, onde o Estado, de acordo com seus interesses se apresenta com o poder de decidir a respeito da continuidade da vida de uma pessoa, como o polegar dos imperadores romanos ao selar a sorte do gladiador derrotado. E, muito menos, com relação à dignidade sexual, o *jus primae noctis*, imposto como “direito do senhor” (*droit du seigneur*) pelos senhores feudais, que desfrutavam das primeiras carícias da noiva do vassalo,

No anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, de 1984, já sinalizava o legislador a adoção da eutanásia, desde que o médico recebesse autorização

do paciente ou de seus familiares, com a intenção de minorar o sofrimento, em doença irreversível e de morte inevitável. Não vingou. O objetivo não era buscar a cura, que era inatingível, mas sim a eliminação do sofrimento.

Contrariando a antecipação da morte pela eutanásia, Diniz, com seu arguto ensinamento, formula vários questionamentos de ordem ética, moral e jurídica:

“A eutanásia é um grande tabu na prática médica. Deveras, como poderia ter o médico a missão de abreviar os dias de seu paciente? Não seria ele um cúmplice da morte? Seria possível a um profissional da saúde atenuar sofrimento, retirando a vida, em caso em que se reconhece a irreversibilidade do quadro em paciente terminal? Poderia o médico, com permissão do paciente ou de seus familiares, antecipar a morte, ante a atrocidade do sofrimento e a inevitabilidade do falecimento?”<sup>(64)</sup>

Daí que, nosso Código Penal, elaborado em 1940, erigiu à categoria de crime de homicídio a conduta daquele que, agindo com sentimentos de piedade e compaixão, pratique ato terminativo que venha livrar o paciente da dor e sofrimento. Excluiu, definitivamente, a regra “*pietas non habet legem*”.

“O Código Penal Brasileiro, esclarecem Mirabete e Fabrini,<sup>(130)</sup> não reconhece a imputabilidade do homicídio eutanásico, haja ou não o consentimento do ofendido, mas, em consideração ao motivo, de relevante valor moral, permite a minoração da pena”. Quer dizer, o profissional da saúde que agir imbuído da intenção piedosa, comete o crime de homicídio, que leva o

rótulo de privilegiado em razão do relevante valor social ou moral, cuja pena de 6 (seis) a 12 (doze) anos pode ser diminuída de um sexto a um terço.<sup>34(2)</sup>

Recomenda-se cautela ao rotular de homicida o agente que praticou a eutanásia. Embora juridicamente seja essa modalidade considerada criminosa, há uma diferença abissal com o homicídio comum. Nesse, a vítima não quer e não consente em sua morte, o extermínio é praticado totalmente contra sua vontade. Já no homicídio piedoso ou consentido há expressa concordância da vítima. O bom senso é o fator determinante para se balizar a conduta do agente. De muita valia a interpretação lógica onde não se perscruta somente o valor gramatical das palavras e sim o conteúdo sociológico da norma.

A Igreja Católica “meteu a primeira cunha” no assunto quando editou o documento “Declaração sobre a Eutanásia”, da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, aprovado em maio de 1980. Nele, considera lícita a conduta do médico que, na iminência de uma morte inevitável, depois de ter lançado mão de todos os recursos existentes necessários, renuncia a tratamento que daria somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao paciente. Na realidade, percebe-se, sem muita dificuldade, que a conceituação aproxima-se mais da ortotanásia do que propriamente da eutanásia.

O Código de Ética Médica,<sup>(3)</sup> em seu artigo 41, estabelece: “Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender

---

<sup>34</sup> Artigo 121, § 1º do Código Penal Brasileiro.



ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

O novo Código de Ética Médica Médica foi incisivo em explicitar que a vida é um bem indisponível, nos moldes em que foi traçado pela Constituição Federal, que a elege como um dos direitos e garantias fundamentais, enfatizando a “inviolabilidade do direito à vida”.<sup>35(2)</sup> De nenhuma forma, nem com o consentimento do ofendido ou de quem o represente, esse bem poderá ser molestado. Propõe-se, explicitamente, investimento na vida e não na morte. Tanto é verdade que o referido Estatuto estabelece a proibição do médico participar, direta ou indiretamente, da execução de pena de morte.<sup>36(3)</sup> Parece inócua a proibição, porém, tem fundamentação constitucional. Apesar de ter sido abolida a pena de morte para os crimes comuns,<sup>37(2)</sup> ela permanece em casos de guerra declarada, por ato privativo do Presidente da República<sup>38(2)</sup> e o Código Penal Militar regulamenta e dispõe sobre a pena de morte.<sup>39(131)</sup>

O consentimento que se discute aqui não é o livre e esclarecido, que possibilita a realização de um tratamento ou intervenção médica obedecendo rigorosamente a “*lex artis*”, que gera a atipicidade e exclui a antijuridicidade da conduta médica, e sim aquele que ultrapassa as raias diagnósticas ou terapêuticas e colide com disposição contrária expressa da ordem pública. Consiste na autorização outorgada ao médico para que pratique ato que

<sup>35</sup> Artigo 5º “caput” da Constituição Federal.

<sup>36</sup> Artigo 19.

<sup>37</sup> Artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal.

<sup>38</sup> Artigo 84, inciso XIX da Constituição Federal.

<sup>39</sup> Artigo 55.

abrevie a morte sem sofrimento e, conseqüentemente, seja eximido de qualquer responsabilidade civil ou penal.

O Código de Ética Médica<sup>(3)</sup> ressalva e releva o princípio da autonomia da vontade do paciente, em várias oportunidades. Tanto quando trata dos direitos humanos, como nos direitos dos pacientes, faz ver que o médico não poderá, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, após esclarecer devidamente a respeito do procedimento e de seus riscos, realizar qualquer intervenção. Roberto Luiz D'Avila, presidente do Conselho Federal de Medicina, a respeito do novo estatuto médico, fez a seguinte observação: "O imperativo é a harmonização entre os princípios das autonomias do médico e do paciente. Permeando o código, esse é o contrato tácito e implícito de todo ato médico. Entre outros momentos, isso se materializará na tomada de decisões que incluem a possibilidade de recusa de pacientes terminais a tratamentos considerados excessivos e inúteis".<sup>(132)</sup>

Nessa linha de pensamento, se vingar a autonomia da vontade do paciente, cairá por terra o princípio da beneficência, que vincula o médico a exercer a medicina de forma responsável, dentro da delimitação do "*non nocere*". Nos princípios fundamentais do estatuto médico, vem disciplinado:

"O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional".<sup>40(3)</sup>

O médico chileno Kottow,<sup>(120)</sup> professor de antropologia e bioética da Universidade do Chile, com sua reconhecida experiência, ensina: "*El rechazo*

---

<sup>40</sup> Capítulo I, nº II.

*concuenda com el encargo de la medicina de velar por la protección de la vida y de no permitir omisiones que atenten contra la mantención de procesos vitales. El médico excede sua potestades y contraviene sus tareas cuando actúa pro muerte, en tanto que el paciente y/o sus representantes se estarían arrogando um derecho de posesión y disposición sobre la vida que en propiedad debe ser entendida com un don no descartable”.*

O jurista Pierangeli,<sup>(133)</sup> que muito contribuiu para a teorização da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, acentuou que a disposição de um bem renunciável não pode afrontar os bons costumes e as exigências da consciência moral da sociedade e foi além:

“A eficácia do consentimento deve, efetivamente, ser deduzida da forma e do motivo que leva o Estado a tutelar determinados bens e, sempre que essa tutela se apresente como expressão de um interesse geral ou público, o consentimento será ineficaz. Por outras palavras, o consentimento será válido enquanto não cria perigo ou dano social.”

O Dicionário de Bioética, analisando os conflitos entre a vontade do paciente em por fim à vida e o axioma “*in dubio pro vita*”, que impera no Juramento de Hipócrates como uma bíblia aos profissionais da saúde, adverte:

“O médico, sendo o garante da vida, deve opor-se a todas as pressões morais por parte do moribundo, dos familiares ou da sociedade para ultrapassarem os limites atrás descritos, pois, de outro modo, ruiria toda a confiança pública no seu “*ethos*” profissional. Este dever é a base inalienável para sua tarefa de aliviar a dor e assegurar a capacidade comunicativa, evitando um isolamento social.”<sup>(55)</sup>

Kiper,<sup>(134)</sup> advogado argentino e professor da Universidad del Museo Social Argentino, escrevendo a respeito da obrigação existente na relação médico-paciente, assim se expressou: *“Aqui no basta meramente que el médico haya prestado um juramento general de aliviar el dolor. Seria absurdo pensar que un médico solo estuviera bajo la obligación de tratar todas las enfermedades del mundo. Lo que se requiere es el establecimiento de una relación particular entre el médico y el paciente en cuestión. Entonces, si la médica ha hecho la promesa de hacer todo lo que esté en sus manos para aliviar el dolor de outro individuo, y es el interes de outro estar libre de dolor, la médica está entonces obligata, y el paciente está en su derecho recibir cuanto la médica juzgue posible”*.

A eutanásia pode ser ativa quando ocorre a antecipação da morte do doente terminal, atenuando-lhe o sofrimento e dores intoleráveis, com a contribuição efetiva de alguém, ministrando-lhe, por exemplo, alguma droga, ou até mesmo desligando o aparelhamento que sustentava a vida. Braile, com metodologia acertada, desmembra-a em: a) “voluntária: injeção letal, feita por um médico em um paciente em fase final, por solicitação do próprio paciente; b) involuntária: injeção letal, feita por um médico, em um paciente em fase final, sem requisição expressa do paciente”.<sup>41</sup>

A eutanásia passiva vem a ser a omissão na suspensão de um tratamento necessário e indicado na circunstância. Muitos confundem essa modalidade com a ortotanásia. Há, porém, uma diferença significativa. Enquanto na eutanásia passiva o agente obra com omissão em busca de um

---

<sup>41</sup> Disponível em Link: <http://rcpt.yousendit.com/882638129/d73c03ed81ada896bdc175ad6a268abc>. Acessado em 31 de maio de 2010.

resultado, numa verdadeira transgressão do dever jurídico e solidário de impedir o evento danoso, na ortotanásia ocorre a ação comissiva, isto é, o agente opera com uma atividade positiva, de tomar a providência exigida para a oportunidade, proporcionando um caminho menos doloroso para a morte. Eutanásia voluntária é a realizada em atendimento de uma manifestação de vontade do paciente, que, impossibilitado de qualquer ação, solicita o concurso de terceiro.

Fala-se também no conceito conhecido como “efeito duplo”, em que a ação médica visa de uma só vez obter dois resultados, sendo um deles indesejável, enquanto o outro é considerado oportuno e bom. É o caso das altas doses de medicamento para dor que podem causar comprometimento na respiração, que vem a ser prejudicial, mas, por outro lado, produz efeito salutar quando alivia o sofrimento agudo do paciente. Não se trata de eutanásia por parte do administrador do medicamento. Com precisão, advertem Jaramillo, Mendoza-Veja e Santoyo Téllez:<sup>(135)</sup> “Considera-se nesses casos que se a vontade de quem atua é buscar o efeito bom, e este por sua qualidade é superior ao mal ou reprovável, a ação se justifica e é aceitável pela ética realizá-la porque o bem que se consegue com ela compensa o efeito ruim”.

O sempre arguto professor Braille noticia uma nova modalidade de abreviação da morte: a chamada Morte Negociada. Trata-se de um “acordo formal entre a família, médicos, direção do hospital, etc. para que os sistemas de suporte à vida de uma pessoa sejam desconectados”.<sup>42</sup> Fica evidenciada a

---

<sup>42</sup> Disponível em Link:

<http://rcpt.yousendit.com/882638129/d73c03ed81ada896bdc175ad6a268abc>. Acessado em 31 de maio de 2010.

intenção de todos os participantes do evento que acarretou a morte em não desencadear processos legais.

Da mesma forma não se cogita em eutanásia quando o paciente foi desconectado do respirador artificial ou retiradas as sondas de alimentação, se já tinha sido clinicamente diagnosticada a morte encefálica. Como a morte ocorre com a falência da atividade encefálica, não se trata mais de um paciente, mas sim de um cadáver e o ato, por si só, não gera nenhum resultado típico condenável.

A mistanásia é um conceito cunhado recentemente, que surgiu em razão da ausência ou até mesmo da precariedade de serviços médicos, principalmente nos países mais pobres, por conta da incúria dos governantes. Muitos a denominam de “eutanásia social”, levando-se em consideração a morte precoce de crianças, jovens, adultos e anciões. “A fome, observa Leonard M. Martin,<sup>(128)</sup> condições de moradia precárias, falta de água limpa, desemprego ou condições de trabalho massacrantes, entre outros fatores, contribuem para espalhar a falta de saúde e uma cultura excludente e mortífera”.

Em fevereiro de 2009, a italiana Eluana Englaro, em razão da ação judicial intentada por seu pai e que recebeu a chancela da Corte Suprema da Itália, após viver 17 dos seus 38 anos em estado vegetativo, teve suas sondas retiradas, privando-a do suprimento de água e alimentos. Neste mesmo país, na sequência da autorização judicial, o governo apresentou um projeto para que uma pessoa em estado terminal irreversível não seja privada de alimentação e

hidratação artificiais, porém, apesar de contar com o apoio da Igreja Católica, que prestigia a ortotanásia, encontrou generalizados protestos populares.

É semelhante o caso de Terry Schiavo, mulher que viveu em estado vegetativo durante quinze anos nos Estados Unidos. Seu marido ingressou com pedido judicial para a retirada das sondas de alimentação, conduta essa não aprovada pelos pais da paciente, mas que, mesmo assim, foi cumprida judicialmente. Na Itália, o poeta Piergiorgio Welby, portador de uma distrofia muscular há quarenta anos, escreveu o livro *“Lasciatemi Morire”* e contou com a colaboração de um médico voluntário para desconectá-lo dos aparelhos.

Outros países da Europa entoaram o mesmo coro e hoje se discute o “Testamento Vital” ou “Testamento Biológico” e ainda a “Ordem de Não Reanimação”. No vizinho Uruguai, o Congresso aprovou uma lei que levou o nome de “Vontade Antecipada”, e confere ao cidadão o direito de decidir por escrito que, em caso de doença terminal, sua vida não seja prolongada artificialmente e poderá, para tanto, nomear um procurador para cumprir sua vontade. Na Bélgica, a eutanásia foi aprovada em 2002 e na última pesquisa realizada pelo governo no ano de 2008, constatou-se um aumento de 42% na sua prática.

Ilustrativa também a escolha da morte por Sigmund Freud, que viveu durante dezesseis anos uma luta titânica contra um câncer, submeteu-se a mais de trinta cirurgias e teria pedido ao seu médico particular a aplicação de uma excessiva dose de morfina, que acarretou sua morte.

## **10.2. Distanásia**

Termo de origem grega (*dusthánatos*), que significa morte penosa, lenta, difícil. No linguajar médico vem a ser a utilização de tratamentos que apenas têm por objetivo prolongar a vida biológica do paciente, ou ainda, evitar a ocorrência do evento morte, prolongando seu processo. A expressão inglesa “*life sustaining treatment*” oferece o exato sentido do conceito. Os tratamentos prolongados, chamados de distanásicos, ocupam grande parte da atenção médica, principalmente nos hospitais dotados de tecnologia mais avançada. A vida humana estende-se graças à obstinação terapêutica. Mas esse esforço terapêutico deve se apegar aos meios considerados ordinários, compreendendo aqueles que inspiram uma razoável esperança de benefício para o paciente, tendo como meta os objetivos de conservar a vida e a saúde. Não se exige, por outro lado, o emprego de meios extraordinários, como sendo aqueles que não estão inseridos nos procedimentos médicos como obrigatórios e dispendiosos.

O princípio médico da benignidade solidária e humanitária não vê a distanásia, a exemplo da eutanásia, como uma solução adequada para se chegar à morte digna. Nem sempre o prolongamento indefinidamente dos sinais vitais exterioriza a preocupação com a vida e a saúde da pessoa. O lucro comercial, tão comum nos dias de hoje em hospitais dotados de tecnologia aprimorada, se o paciente possuir um bom plano de saúde, viverá enquanto não findarem os recursos financeiros.



Mas, o objetivo da ciência médica não é prolongar artificialmente a vida humana para estabilizar o paciente com um batimento cardíaco e sinais vitais evidentes, mas sim, de acordo com o próprio Código de Ética Médica, recuperar a saúde da pessoa, para que ela seja beneficiada por uma qualidade de vida mais digna. Em doente com quadro irreversível, tal desiderato é utópico. O aparelho que sustenta uma vida artificial de paciente terminal não é substitutivo da própria vida.

Juridicamente não há qualquer ilícito de natureza penal, como ocorre com a eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido, pois não se pratica um homicídio piedoso e sim utiliza-se de todo um arsenal terapêutico para evitar a morte do paciente. O fulcro da questão reside na ética médica e no próprio pensamento bioético em saber até quando será plausível o prolongamento da agonia do paciente, sabendo-se, antecipadamente, que nenhum benefício de saúde será ofertado a ele. Leonard M. Martin,<sup>(128)</sup> Diretor do Instituto Teológico-Pastoral do Ceará, com muita razão, enfatizou: “O que abre horizontes para procedimentos éticos que evitam a distanásia é a distinção entre terapia e cuidados normais. Cuidar do asseio do paciente, do seu conforto e da sua alimentação – na medida em que essa pode ser tolerada por via oral – constituem, sem dúvida, cuidados normais. A obrigação ética de recorrer a qualquer outro procedimento que constitui ato médico ou terapêutico, incluindo, a meu ver, alimentação artificial, precisa ser avaliado à luz da proporcionalidade entre o ônus para o paciente e para os responsáveis pelo seu bem-estar e os benefícios reais antecipados. Neste caso, não é a interrupção da terapia que provoca a morte da pessoa, mas a patologia previamente existente”.

### **10.3. Suicídio Assistido**

A medicina tem se destacado muito nos últimos tempos em encontrar soluções que possam minimizar o manejo da dor nos casos dos doentes terminais. A expressão latina “*memento mori*”, apesar de carregar um sentido mórbido, tem por finalidade advertir o homem que a morte um dia chegará. Às vezes, uma solução pode ser razoavelmente conciliável com conceitos médicos, porém é colidente com princípios éticos e bioéticos. Outras vezes, é desejo do profissional de saúde continuar a ministrar determinado tratamento sabendo-o ineficaz e que não trará benefício para o paciente, que também não pretende recebê-lo. Esta peregrinação interrogativa é mundial e os homens andam à procura de um meio que seja considerado idôneo, ético e que se enquadre na conceituação da morte com dignidade. Os gladiadores romanos falavam que qualquer um é capaz de viver, mas morrer é uma arte que demanda um certo aprendizado.

O suicídio, palavra formada pelo pronome “*suus*” e o verbo “*caedere*”, significa numa definição mais apropriada de Ishida, “a deliberada autodestruição da vida (a própria pessoa deseja se matar)”.<sup>(136)</sup> Apesar de ser um ato que ofende a moral, pois trata-se da eliminação de uma vida humana com sérios reflexos no meio social, o suicídio não é considerado ilícito penal em nossa legislação. Isto porque o suicida é, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo de sua conduta, que não pode ser criminalizada, nem mesmo na esfera da tentativa. “*Mors omnia solvit*”, já deliberava o Direito Romano. Isto

não quer dizer, no entanto, que a pessoa pode dispor livremente de sua vida, que, na hierarquia dos bens, é um bem indisponível.

Preceitua o artigo 122 do Código Penal:<sup>(2)</sup> “Induzir, ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça.

Pena – reclusão, de dois (dois) a seis (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.”

O que a lei pune é a realização do núcleo do tipo penal, representado pelos verbos induzir, instigar ou prestar auxílio. Induzir significa aconselhar, persuadir, inculcar na pessoa a idéia suicida, até então inexistente, minando sua vontade de viver. Instigar já é uma ação mais contundente, de reforço à intenção existente anteriormente. O suicida já viabilizou o propósito, porém falta-lhe o estímulo alheio. Prestar auxílio é fornecer ou viabilizar os meios necessários para a prática do ato. As duas primeiras hipóteses tratam de comportamento moral e psíquico, enquanto que a última é de ordem material, visando atingir a consecução do objetivo.

O suicida deve possuir plena capacidade de discernimento para se definir diante do induzimento, instigação ou auxílio ao ato e até mesmo apresentar certa resistência às propostas de natureza psíquica ou física do proponente. A resistência inicial é que irá caracterizar a oposição à idéia e, se posteriormente for colocada em ação, será o resultado bem sucedido de uma conduta delituosa. Por outro lado, se a pessoa for inimputável ou não tiver, por qualquer motivo, condições de autodefinição e resistência, não ocorrerá suicídio e sim

homicídio, uma vez que a vítima nada mais foi do que um instrumento à disposição do agente.

Discute-se na doutrina jurídica se tem lugar a prestação de auxílio mediante conduta omissiva. Pierangelli,<sup>(137)</sup> com sua insuperável verve de penalista, assim define a questão: “A conduta omissiva relevante decorre de uma obrigação jurídica, fruto de um conceito normativo. Não há crime no simples fato de não atuar, de não fazer; só é crime aquilo que a lei determina que seja feito. Portanto, só ocorre um crime omissivo quando com sua inação o omitente transgride uma norma jurídica, como dispõe o art. 13, § 2º, do CP.”

Montaigne,<sup>(138)</sup> ao escrever sobre o costume da ilha de Quios, no Mar Egeu, narrou a seguinte história que faz cassar o dever jurídico da família e até mesmo do responsável pela prisão: “Contaram-me que um prisioneiro de boa família, encarcerado em nossas prisões, e seus parentes tendo sido avisados que certamente ele seria condenado, eles, a fim de evitar a vergonha de tal morte, subornaram um padre para dizer ao prisioneiro que o supremo remédio para a sua libertação seria que ele se encomendasse a um santo por meio de um voto e que então ele deveria se manter oito dias sem consumir nenhum alimento, mesmo que se sentisse fraco e desfalecesse. Ele acreditou nisso e desse modo matou-se sem pensar na sua vida e no perigo de seu jejum”.

A penalização somente pode ocorrer nesta hipótese se o agente omitente é detentor de um dever jurídico, que o vincula e não o dever moral. Desta forma, para o festejado doutrinador, “presta auxílio por omissão o enfermeiro que tem a seu cargo um paciente bastante deprimido e manifestara a intenção

de matar-se e não evita que venham ao seu alcance meios para a realização do ato”.<sup>(137)</sup>

O direito de autodeterminação se faz presente no suicídio assistido. A autonomia do ser humano possibilita a tomada de decisões de acordo com sua vontade, com exceção dos casos de colidência com interesses maiores e tutelados legalmente. O morrer com dignidade compreende, em situação de sofrimento interminável, transferir a um profissional de saúde não o direito à sua própria vida, mas sim a renúncia ao direito de continuar vivendo em situação angustiante. Em países onde a prática é legalizada, como na Holanda, por exemplo, um dos requisitos é o sofrimento intolerável, sem qualquer perspectiva de alívio.

É justamente nos casos em que o paciente não tem qualquer intenção de abraçar o tratamento paliativo ou mesmo uma terapia mais agressiva, com seguidas hospitalizações, sessões quimioterápicas com seus efeitos secundários, convivendo com um sofrimento insuportável, que se abrem as portas para o suicídio medicamente assistido. Assim, se o médico prescreve barbitúricos para o paciente em dose correta e, no exercício de sua autonomia, este ingere dose excessiva com a intenção de colocar fim à sua vida, não se pode concluir pela ocorrência de auxílio para o suicídio por parte do profissional.

Braile, com a ponderação que lhe é peculiar, propõe a substituição do termo suicídio assistido por auto-libertação (Self-deliverance) na situação da

“pessoa irreversivelmente doente que toma uma decisão racional (em oposição à emocional ou psicológica) para por fim à própria vida”.<sup>43</sup>

No Estado de Oregon, nos Estados Unidos, a lei permissiva do suicídio assistido estabelece as seguintes condições: a) o paciente deve ter um prognóstico de vida de seis meses ou menos; b) o requerimento do paciente deve ser feito por escrito e repetido depois de quinze dias de período de espera; c) o paciente deve ser racional e mentalmente competente. Sua capacidade de julgamento não deve estar afetada por depressão clínica ou outras desordens mentais; d) deve-se obter uma segunda opinião médica; e) o paciente deve ter capacidade para ingerir por si mesmo, sem ajuda, a medicação.

Com a opção do suicídio assistido, que vem se implantando em muitas países, a medicina voltou os olhos para este nicho e vem investindo em programas de cuidados paliativos, com treinamentos de profissionais de saúde, principalmente em asilos ou outros estabelecimentos para cuidados especiais do paciente terminal, dentro da filosofia do “*dying*” ou “*hospice*”.

Na Suíça, que permite ao doente terminal escolher a hora de morrer, há uma associação de nome “*Dignitas*” especializada em ajudar a proporcionar o encorajamento e os meios para tanto. O logo da instituição estampa os dizeres: “Viver com dignidade, morrer com dignidade”. O membro simpatizante, de posse de documentação médica indicando a irreversibilidade da doença, quando de sua admissão, é submetido a novos exames médicos. Confirmada a moléstia, é autorizado a morrer e fica a seu critério convidar parentes e amigos

---

<sup>43</sup> Disponível em Link:

<http://rcpt.yousendit.com/882638129/d73c03ed81ada896bdc175ad6a268abc>.  
Acessado em 31 de maio de 2010.

para o seu momento final. Todos os passos do suicídio são monitorados, por dois acompanhantes profissionais, treinados adequadamente para manusear a medicação preparada pelo médico.

Apesar de vários questionamentos na Justiça, a respeito da comercialização da morte, no ano de 2006 a Dignitas realizou cerca de 195 suicídios assistidos. “Da fundação, em 1998, informa a jornalista Luciana Coelho, até o fim de 2009, 1.041 pessoas morreram com sua ajuda. Seus membros são 5.698, em 61 países, 7 deles brasileiros (nenhum até hoje morto ali)”.<sup>(139)</sup>

O Tribunal do Júri do Estado de Michigan, Estados Unidos, condenou o médico patologista americano Jack Kevorkian a uma pena de 25 anos, mas com direito à liberdade condicional a partir de 2007, em razão de sua idade avançada, por ter ajudado 130 pessoas a cometerem o suicídio. Conhecido mundialmente como “Dr. Morte” era adepto e defensor do suicídio assistido realizado por médico, cunhando o termo “medicídio”. Chegou a construir duas máquinas de suicídio, que permitiam ao próprio paciente apertar o botão que liberava as drogas para o organismo. Curiosamente eram apelidadas de “*Thanatron*” (*thánatos*, morte em grego) e “*Mercytron*” (*mercy*, misericórdia em inglês).

A Suprema Corte Alemã, em recente decisão que aguça ainda mais a legitimação do suicídio assistido, reverteu a condenação de um advogado pelo crime de homicídio na modalidade tentada, por aconselhar uma cliente a cortar o turbo intravenoso que mantinha a mãe dela viva, depois de passar cinco anos em vida vegetativa. A prova determinante residiu na autorização verbal dada

pela paciente para que não fosse mantida viva por meios artificiais. Comentando a decisão, a ministra alemã da Justiça Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, comentou: “Em uma fase difícil da vida, os testamentos dos pacientes oferecem segurança a pacientes, parentes médicos e enfermeiros. Um testamento formulado livremente por um ser humano deve ser respeitado em todas as circunstâncias da vida”.<sup>(140)</sup>

O pensamento mundial vai se encaminhando para um ajustamento de conduta a respeito do pensamento do suicídio assistido. Enquanto que, para alguns, é uma solução digna para o paciente que tenha capacidade de discernimento e de tomar a decisão com segurança diante de um prognóstico de vida diminuto, para outros, trata-se de uma ação ilícita, punida social e criminalmente, como é o caso do Brasil.

Interessante a carta de Ramón Sampedro, que durante 30 anos viveu tetraplégico, pleiteando aos tribunais da Espanha a permissão para colocar fim à própria vida. Não obteve êxito, porém. Seus amigos, em tarefas pré-distribuídas, colaboram com seu suicídio assistido. Um o alojou em um hotel, outro adquiriu a droga letal, outro a administra, outro ampara sua cabeça. A carta, reproduzida por Jaramillo, endereçada ao Ministro da Justiça da Espanha, diz: “Um dia me apresentei diante do senhor para pedir liberdade. Para reclamar o direito de reinar dentro de mim mesmo. De ser meu próprio pastor, meu juiz e meu médico. O senhor me respondeu com códigos para que olhasse através de seus olhos, para que pensasse e sentisse com seus sentidos. Disse que faz isso pelo bem da vida como um valor superior. Eu também o faço pelo bem da vida, mas antes de tudo pela dignidade e pela



liberdade do homem... eu o aconselho, ministro, juiz e jurista, a ser honesto consigo mesmo. Se age por temor, não é ético”.<sup>(135)</sup>

#### **10.4. Ortotanásia**

A formação grega (orthos+thánatos) traduz que se trata de uma morte correta, boa, que chegou em sua hora certa, sem transtornos, diferentemente da eutanásia, que é a antecipação da morte de forma brusca. Pode ser definida como a suspensão que o médico faz dos meios artificiais para prolongar a vida de um doente terminal, ministrando-lhe, no entanto, medicamentos para diminuir seu sofrimento, além de conferir confortos familiar, psíquico e espiritual. Não se trata a doença, mas sim a dor. É um lento caminhar para a morte, buscando um caminho que não seja o de sofrimento.

Das formas de decisão sobre a morte, somente a ortotanásia reúne os requisitos de aceitabilidade perante o direito, medicina, a religião e o senso ético. Não se coloca em discussão a indisponibilidade da vida e sim o direito do cidadão de definir a respeito do seu fim, buscando a dignidade da morte através do princípio da autonomia. Com o perfil mais humano, sem que haja a antecipação da morte, sem que se valha de alguém para a prática do suicídio, e sem que o enfermo fique numa agonia interminável, faz-se a opção pela morte que se apresenta no momento correto, como a correta morte apregoada pela própria raiz etimológica.

O pediatra Gabriel Oselka, coordenador do Centro de Bioética do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, indagado a

responder a quem cabe decidir a respeito do fim do paciente, se é o próprio doente, o médico, seus familiares, ou ao hospital, assim afirmou: “Nenhum código de ética médica jamais conseguirá contemplar a complexidade envolvida nas questões sobre a vida e a morte. Aqui, a máxima de que cada caso é um caso não quer dizer muita coisa. Cada caso encerra em si mesmo milhões de outros casos”.<sup>(92)</sup>

É tão verdade que a ortotanásia goza de prestígio na sociedade brasileira que o Conselho Federal de Medicina, no ano de 2006, editou a Resolução nº 1805/2006<sup>(141)</sup> que permitia aos médicos interromper os tratamentos que prolongassem a vida do doente em estado terminal, sem condições de reversibilidade, com sua declaração expressa de vontade, ou de seus familiares ou representante legal. Preenchidos tais requisitos, o médico ficaria isento de processo administrativo de natureza ética e até mesmo afastada sua responsabilidade criminal. Em confronto com a lei penal, no entanto, para quem a conduta ainda é considerada homicida. A Resolução foi vedada pela Justiça, que questionou a competência do Conselho Federal de Medicina em legislar a respeito de matéria penal, que é exclusiva da União. Dessa forma, a Resolução perdeu sua eficácia, por meio de uma liminar.

Estabelecidos os limites da lide, a Procuradora Federal que sucedeu o autor da ação, lançou uma leitura diferenciada a respeito da “res in juditium deducta” e opinou para que a ação fosse julgada improcedente, pois, na realidade, não se tratava de eutanásia e sim de ortotanásia, com legitimidade plena do Conselho Federal de Medicina para legislar a respeito da matéria,

com a conseqüente revogação da tutela antecipatória que suspendeu a vigência da Resolução.

A autonomia funcional assegurada constitucionalmente permitiu que, na mesma ação, dois órgãos do Parquet, vinculados pela unidade e indivisibilidade, tivessem pretensões antagônicas. Um para invocar a tutela jurisdicional e dela obter um provimento liminar a respeito de tema polêmico, que suscita debates de várias ordens. Outro para desfazer a pretensão inicial com o intuito de demonstrar que a lide instaurada comporta julgamento desfavorável. A ação ainda não foi julgada, mas a decisão não será dada em razão da última manifestação, mas sim daquela que for mais conveniente social e juridicamente.

Tal conceituação não só revigora a Resolução questionada judicialmente, como também recepciona a Resolução nº1931/2010 do Conselho Federal de Medicina, que cria o novo Código de Ética Médica, com vigência a partir de 13/4/2010.

O senador Gerson Camata, por sua vez (PMDB-ES), apresentou um projeto que pretende excluir a roupagem de ilicitude da ortotanásia, projeto de nº 116/00, que há nove anos tramita pelo Senado Federal e agora foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa. Ganha corpo e segue para a Câmara dos Deputados. O objetivo é acrescentar dois parágrafos ao artigo 121 do Código Penal, que trata a respeito da tipificação do crime de homicídio, nos seguintes termos:

§ 6º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e

inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 7º A exclusão de ilicitude a que se refere o parágrafo anterior faz referência à renúncia ao excesso terapêutico, e não se aplica se houver omissão de meios terapêuticos ordinários ou dos cuidados normais devidos a um doente, com o fim de causar-lhe a morte.

O projeto que tramita pela Casa Legislativa define o paciente em estado terminal como sendo aquele portador de doença incurável, progressiva e em estágio avançado, com prognóstico de morte próxima. Paralelamente, institui procedimentos paliativos, mitigadores do sofrimento, com a contribuição de assistência psíquica, familiar e espiritual. O paciente em fase terminal de doença passa a ser o responsável pela autorização da ortotanásia e, na impossibilidade, seus familiares ou seu representante legal, para que o médico suspenda os procedimentos desproporcionais e extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida. Se o paciente, porém, quando lúcido, pronunciou-se contrariamente à ortotanásia, será respeitada sua manifestação.

O Papa João Paulo II, na Encíclica “*Evangelium Vitae*” deixou transparecer a opção da Igreja Católica pela ortotanásia, expressando-se da seguinte forma: “Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado “excesso terapêutico”, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se, em consciência “renunciar a tratamentos que dariam somente um

prolongamento precário e penoso da vida, sem contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes”. Há, sem dúvida, a obrigação moral de se tratar e procurar curar-se, mas essa obrigação há de medir-se segundo as situações concretas, isto é, impõe-se avaliar se os meios terapêuticos à disposição são objetivamente proporcionados às perspectivas de melhoramento. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana de frente à morte”.<sup>(73)</sup>

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), em reunião de sua Comissão de Bioética, composta por cientistas, médicos, juristas e teólogos avaliou positivamente o projeto de lei que tramita pelo Senado Federal e foi conclusiva no sentido de que sua mensagem vem ao encontro da filosofia da Igreja.

O Código de Ética Médica<sup>(3)</sup> proclama em seu artigo 41, que é vedado ao médico: “Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

O “*caput*” do artigo<sup>44</sup> é taxativo em não permitir que o médico realize qualquer procedimento para abreviar a vida do doente, mesmo com o

---

<sup>44</sup> Artigo 32.

consentimento dele ou de sua família. O consentimento, também nesse particular, cai por terra, e predomina a regra da luta pela vida. Faz parte igualmente do estatuto que toda atenção do médico será devotada para a saúde do paciente e em favor dela deverá agir com o maior zelo e empregar o melhor de sua capacidade profissional. Assim como não deixará de “usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”.<sup>(3)</sup>

O conteúdo normativo do texto do “*caput*” deixa entrever que a abreviação da vida denota uma ação positiva de fazer, exigindo uma conduta comissiva com o resultado morte. É um caso típico de eutanásia, quando, de forma abrupta, interrompe a vida e atinge a morte. A “*ratio legis*” do Estatuto de Ética Médica deve ser vista da análise conjunta de todos os seus princípios. Um dos mais importantes é a relação médico-paciente com a consequente revitalização do princípio da autonomia da vontade do doente, ambos em prol da vida humana. Qualquer outra interpretação em contrário, quebra a linha mestra do ordenamento médico.

O parágrafo único, por sua vez, de forma oblíqua, deixa entrever a possibilidade da prática da ortotanásia, quando estabelece a ocorrência concomitante de algumas condições, que são: a) doença incurável e terminal; b) oferecimento dos cuidados paliativos disponíveis; c) desaconselhamento de ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas; d) concordância expressa do paciente ou, não sendo possível, de seu representante legal. O quadro descrito apresenta uma situação de irreversibilidade da doença e afasta qualquer intervenção inútil ou obstinada, recomendando o tratamento paliativo.

Quando se fala em “cuidados paliativos”, entendido como as técnicas médicas utilizadas nos pacientes portadores de doenças graves, sabe-se que a finalidade é diminuir a dor, o sofrimento e oferecer um conforto familiar, espiritual e psicológico, ou ainda, um acompanhamento mais condizente para que o paciente possa ser encaminhado para o seu fim com a dignidade almejada.

Com a desistência da ação que impedia a prática ortotanásica, novo campo se abre para sua aplicabilidade, vez que o Código de Ética Médica autoriza a tanto. A tentativa anterior do Conselho Federal de Medicina, quando editou a Resolução nº 1805/2006, que trazia até mais exigências do que as contidas no artigo 41 já referido foi frustrada pela proibição judicial. Isto porque, na hierarquia das leis, a resolução é de caráter normativo-administrativo e não pode superar a regra estabelecida na lei ordinária punitiva, que é o Código Penal.<sup>(2)</sup>

Mas a sobriedade do texto do artigo 41 “*sub studio*”, com a aplicação da interpretação teleológica, aquela que busca atingir a finalidade última da lei, seguindo a melhor hermenêutica, permite concluir que se trata de uma recomendação de prática ortotanásica, desde que preenchidas determinadas condições. A ação do verbo designativo de mando (“deve o médico”), impropriamente nomeado no tipo legal, faz o intérprete concluir que a ortotanásia deve ser praticada. Mais acurado teria sido o legislador médico se tivesse optado pela ação facultativa (“pode o médico”), ficando, desta forma, a critério do profissional, sem caráter de obrigatoriedade, que levará em conta todas as circunstâncias favoráveis para a prática da abreviação da morte.

João Pereira Coutinho,<sup>(142)</sup> em emocionante texto, defendeu o direito de morrer de seu pai, enfermo, marcado por uma doença irreversível, e que pretendia partir naturalmente, sem ficar atrelado a uma máquina. Assim descreveu o articulista do jornal Folha de São Paulo: “O meu pai morreu no dia seguinte do nosso encontro. Foi uma morte sem sofrimento e sem drama. Foi, se quiserem, um pacto justo: o corpo despediu-se dele e ele despediu-se do corpo. Mas foi também a morte de um católico: como um homem de fé que era, o meu pai sempre acreditou que a vida humana depende do dedo de Deus. E eu sei que, para ele, teria sido uma suprema heresia substituir esse toque divino pelo dedo transitório dos homens”.

## **10.5. CUIDADOS PALIATIVOS**

A morte integra a própria vida. Se o viver é a passagem que se faz por vários ciclos, o último deles é inevitável. Daí que a morte se apresenta como certeza absoluta. Poder-se-ia dizer até que a vida é uma preparação para a morte, pois ambas caminham juntas e a única bifurcação que se apresenta é o momento em que uma delas toma o rumo da finitude. Assim como para as outras etapas da vida o homem se preparou para desenvolver suas aptidões, a mesma exigência é feita para a reta final. Só assim terá coerência a pregação que tanto se faz a respeito da morte digna.

A convivência entre o homem e a morte remonta à história da própria humanidade. O nascer e o morrer são atos reiterados, vinculados. Ou se morre de forma repentina ou, em razão de doença que se agrava e assume



caráter de irreversibilidade. No primeiro caso, é claro, não há como dispensar qualquer tipo de cuidado à pessoa, preparando-a para o evento final. No segundo, porém, abre-se um campo enorme em razão da solidariedade humana e do espírito cristão que habita o homem, principalmente diante de uma enfermidade incurável.

O vocábulo latino “*pallium*”, responsável pela derivação paliativo, traz a noção de um manto que os gregos usavam como se fosse uma toga, aceitando posteriormente também a designação de cobertura ou manta de cama. Esta variante possibilitou o empréstimo da palavra na língua portuguesa com o sentido de cobrir e proteger uma pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade ou que, em razão de doença incurável, nada mais poderá ser feito, a não ser proporcionar o conforto necessário para chegar até a morte.

Daí a razão dos cuidados paliativos. Numa definição primeira poder-se-ia dizer que se trata de toda assistência familiar, social, religiosa que se dispensa a uma pessoa vulnerável em razão do grave mal que a acomete e sem chance de cura. Seria, até mesmo num linguajar figurado, tomar a pessoa pelas mãos, fornecer a ela as melhores condições para aliviar seu sofrimento, produzir conforto e higiene necessários, proporcionar a carícia dos entes amados, fazer as preces costumeiras, tudo para caminhar com ela lentamente até a abertura da porta que interrompe o ciclo vital.

Uma definição mais técnica é a proferida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1986 e atualizada em 2002, nos seguintes termos:

*“Cuidado paliativo é a abordagem que promove qualidade de vida de pacientes e seus familiares diante de doenças que ameaçam a continuidade da*

---

*vida, através de prevenção e alívio do sofrimento, o que requer a identificação precoce, avaliação e tratamento impecável da dor e outros problemas de natureza física, psicossocial e espiritual”.*

Também relevante o conceito de Sakurada e Taquemori:

*“O cuidado paliativo é um conjunto de atos multiprofissionais que tem por objetivo efetuar o controle dos sintomas do corpo, da mente, do espírito e do social que afligem o homem na sua finitude, isto é, quando a morte dele se aproxima”.*<sup>(143)</sup>

Expande-se a conceituação do cuidado paliativo, abrangendo também os familiares que são atendidos na compreensão da doença do paciente e posteriormente no enfrentamento do luto. Da mesma forma que o doente é informado a respeito de sua moléstia, com o direito de se manifestar a respeito das decisões, se tiver condições volitivas para tanto, os familiares, igualmente, são destinatários das mesmas informações.

Os profissionais da saúde estão mais preparados para cuidar da doença do que do próprio paciente. Nasce daí a dificuldade de fazer a comunicação de prognósticos difíceis, que podem ser entendidos como uma sentença antecipada de morte. Recomenda-se, para um diálogo mais fértil e produtivo, a utilização do protocolo Spikes, que é um guia elaborado em 1992, por Robert Buckman, com a finalidade de fazer a comunicação de más notícias em seis etapas: 1ª) Setting (postura do profissional) ; 2ª) Perception (percepção do paciente); 3ª) Invitation (possibilidade de troca de informações); 4ª) Knowledge (conhecimento do assunto); 5ª) Explore emotions (capacidade de

explorar e enfatizar as emoções); 6ª) Strategy and summary (finalização da conversa, com estratégias e síntese).<sup>(144)</sup>

A humanização da morte com o emprego de cuidados paliativos pode ocorrer de várias formas: a primeira delas, no próprio domicílio do paciente, onde, longe dos burburinhos hospitalares, recebe o carinho e respira a harmonia familiar, convivendo seus últimos momentos com dignidade, junto aos seus; a segunda, nos hospitais, em leitos adrede preparados para esta finalidade, mas com a característica de impessoalidade, com a frequência de pessoas estranhas e o próprio ambiente desconfortável, pois sabe-se que o paciente não ocupará outro leito; a terceira, conhecida como “hospice”, um meio termo entre a casa do doente e uma clínica bem equipada para doentes crônicos, que exige um investimento financeiro diferenciado, mas com a produção de resultados satisfatórios.

Sales Maciel, dissertando a respeito dos modelos de assistência em Cuidados Paliativos, com a experiência de uma profissional que lida com o problema há vários anos, afirma que *“no ambiente de um hospital geral, de alta complexidade, o programa ideal de Cuidados Paliativos deve prever a internação de pacientes com necessidades agudas de intervenção. Doentes crônicos e com a necessidade de longa permanência em internação devem ser referidos para unidades de saúde de menor complexidade como hospitais secundários, hospedarias ou mesmo seu próprio domicílio, sempre que houver possibilidade”*.<sup>(145)</sup>

Pessini e Barchifontaine, sempre atentos ao direcionamento ditado pela Organização Mundial da Saúde em sua revisão de 2002, apontam os seguintes princípios fundamentais a serem seguidos em Cuidados Paliativos:

- a) *“alívio da dor e outros sintomas;*
- b) *afirmação da vida, e ver o morrer como um processo normal;*
- c) *não apressar e muito menos adiar a morte;*
- d) *integrar os aspectos psicossociais e espirituais aos cuidados do paciente;*
- e) *sistema de apoio para ajudar os pacientes a viver ativamente o quanto possível, até o momento da morte;*
- f) *sistema de apoio para ajudar a família a lidar com a doença do paciente e no processo de luto;*
- g) *abordagem com equipe para atender as necessidades dos pacientes e suas famílias, incluindo aconselhamento durante o luto, se necessário;*
- h) *aprimoramento da qualidade de vida e também influenciar positivamente no curso da doença. É aplicável no início do curso da doença conjuntamente com uma gama de outras terapias que visam prolongar a vida, como quimioterapia e radioterapia, e inclui as intervenções necessárias para melhor entender e trabalhar complicações clínicas difíceis”<sup>(146)</sup>*

Percebe-se, desta forma, que o procedimento de cuidados paliativos vem se firmando com total segurança e garantia de bons resultados, em todo o mundo. Trata-se de uma conscientização da finitude da vida e que, mesmo em

seu estertor, deve ser amparada com toda dignidade para que a morte seja revestida da nobreza condizente com o ser humano. O morrer passa a ser um ato de comunhão e participação, envolvendo o paciente, familiares e equipe multidisciplinar num clima de maturidade e preparo para o enfrentamento do final da vida. Não se busca alongar a vida e sim tê-la dentro de seus limites, mas com a qualidade necessária.

Vários pensamentos filosóficos, éticos e até mesmo religiosos abandonaram a tentativa de realizar as condutas que buscam a obsessão terapêutica, sem qualquer resposta ao tratamento curativo. O Código de Ética Médica, após proibir que o profissional da saúde abrevie a vida do paciente, quer seja acatando seu pedido ou de seu representante legal, afastando definitivamente a prática eutanásica ou o suicídio assistido, determina de forma cogente no parágrafo único do artigo 41:

*“Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.*<sup>(147)</sup>

Implicitamente fica permitida a ortotanásia, mas com todos os cuidados paliativos disponíveis não para prolongar a vida a custo de muito sofrimento nem mesmo para abreviá-la prematuramente. O caminho mais sensato é o do bom-senso, ditado pelas práticas recomendáveis de uma qualidade de final de vida compatível com a natureza humana. Por isso que os cuidados paliativos

devem ser introduzidos no estágio inicial da doença, acompanhando todos os seus estágios, para se chegar a um resultado satisfatório.

A conquista deve ser creditada não só ao desenvolvimento de novas tecnologias médicas voltadas para a finitude da vida, mas também pela própria evolução do pensamento do homem.

Fica evidenciado que o ser humano, em razão de sua autonomia e determinação, pode estabelecer uma disciplina de final de vida que seja compatível com sua moral ética e não afronte qualquer texto legal que normatiza em sentido contrário.

11. A RECUSA NA TRANSFUSÃO DE  
SANGUE OU HEMODERIVADOS E O  
PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DO  
PACIENTE

---

## **11. A RECUSA NA TRANSFUÇÃO DE SANGUE OU HEMODERIVADOS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DO PACIENTE.**

Respeitar a autonomia da pessoa, sua volição como resultado de seu pensamento de fazer suas escolhas é conferir a ela a liberdade de agir dentro de sua conceituação e resguardar sua intimidade, consciência, crença, enfim, a liberdade necessária apregoada constitucionalmente para a execução dos atos que sejam permitidos. Desta forma, o indivíduo insere-se numa sociedade pluralista, imbuída de um projeto fraternal, sem preconceitos, com respeitos recíprocos.

A bioética dá primazia absoluta ao princípio do respeito às pessoas. O bioeticista e professor do Departamento de Medicina do Bayllor College of Medicine, Engelhardt Jr.,<sup>(29)</sup> com a propriedade intelectual que lhe é peculiar, assim se expressou: “Para entender as variações envolvidas nesse relacionamento, somos levados às tradicionais questões de livre e informado consentimento, confiança, paternalismo e os direitos dos pacientes em recusar tratamento, ou dos médicos em não aceitar um paciente. Tudo isso precisa ser apreciado com base nas tensões entre as várias visões da vida boa que sustentam ideais particulares do relacionamento paciente-médico (ou paciente-enfermeiro). Estas visões, que frequentemente entram em conflito, precisam então ser mediadas dentro do campo geral de uma sociedade pacífica, secular e pluralista, de acordo com todos os envolvidos”.



Diz a Constituição Federal:<sup>(2)</sup> “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos e garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e suas liturgias”.<sup>45</sup>

“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”.<sup>46</sup>

O legislador constitucional, de uma só vez, introduziu a laicidade, ofertando a cada um o direito de professar a orientação religiosa que lhe for conveniente e a separação entre a religião e Estado. Recentemente, o Ministério Público Federal ingressou com uma ação na Justiça pleiteando que fossem retirados os símbolos e imagens alusivos a uma determinada religião das dependências dos prédios públicos federais. Tudo faz ver que a liberdade de espírito aloja-se no foro íntimo de cada pessoa, sem qualquer interferência do poder público. Mesmo que seja o indivíduo ateu ou agnóstico, recebe ele a proteção legal.

Recentemente, a Câmara dos Deputados da Bélgica aprovou um projeto de lei que visa proibir o uso, em locais públicos, de trajes que cobrem totalmente o rosto, como a burca e o niqab, véus utilizados pelas mulheres muçulmanas. A finalidade é fortalecer o sistema de segurança que se torna vulnerável quando impede a identificação da pessoa, desconsiderando o princípio do respeito ao indivíduo. Se aprovada a lei, a fé religiosa deverá ceder espaço, recuar em sua proposta originária em razão da determinação legal que

---

<sup>45</sup> Artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal.

<sup>46</sup> Art. 5º, inciso VIII da Constituição Federal.

obriga a frequência em público com o rosto descoberto.<sup>(148)</sup> Prevalece o interesse ditado pelo coletivo, Se a mulher, no entanto, pretender usar o véu que esconde seu rosto, poderá fazê-lo, desde que não seja em local público. É o direito de cada pessoa identificar a outra.

A Carta Maior também elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito,<sup>47(2)</sup> assim como estabeleceu a inviolabilidade do direito à vida.<sup>48(2)</sup> Partindo dessa assertiva constitucional, a pessoa tem o direito em sua vida privada de escolher para si o credo que se ajusta à sua existência, com os princípios norteadores individuais, com total tutela estatal. Não só de expressar sua fé espiritual, como também demonstrá-la por atos que materializem seu sentimento.

As Testemunhas de Jeová carregam como base de sua fé a crença de que a Bíblia é um livro inspirado por Deus, Jeová. Intitulam-se seguidores de Cristo e realizam um trabalho persistente de evangelização, peregrinando de casa em casa. Em matéria de cuidados médicos seguem rigorosamente o texto bíblico e consideram a vida uma dádiva do Criador e, como tal, merece todo cuidado. O fumo, álcool, uso de entorpecentes, aborto são práticas que fogem de seu ritual. Quando necessitam, procuram pelo tratamento médico, acatando-o, com uma única restrição: a utilização em seu corpo de sangue alheio e seus derivados, com a total recusa da transfusão sanguínea homóloga ou autóloga.

“As testemunhas de Jeová, esclarece o manual explicativo do movimento religioso, entendem que Deus ordenou a toda humanidade, desde bem cedo na

---

<sup>47</sup> Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

<sup>48</sup> Artigo 5º da Constituição Federal.

história, a abstenção do uso indevido de sangue. Por quê? Porque o sangue representa a vida (Gênesis 9:3-6). Com o passar do tempo, essa instrução divina foi confirmada em diversas ocasiões, tanto em ordens expressas na lei dada por Deus à nação de Israel (Levítico 7:26, 17:10,14), como, posteriormente, em ordem dirigida aos cristãos de “abster-se do sangue”. – Atos 15:19, 20, 28, 29”.<sup>(8,16)</sup>

Diante da opção individual da pessoa em decidir abraçar o movimento religioso Testemunhas de Jeová e seguir rigorosamente seus dogmas, em caso de necessidade de transfusão sanguínea, com a recusa explícita do paciente em não assinar o termo de consentimento com base na sua liberdade de escolha e dignidade, além de suas convicções religiosas e morais, é lícito ao médico desconsiderar a vontade demonstrada com fundamento na Constituição Federal, leis, normas e até mesmo no juramento de Hipócrates e realizar a hemotransfusão?

É uma indagação que constantemente vem batendo às portas dos hospitais, com respingo muitas das vezes na Justiça, com pedido de autorização para a realização do procedimento. Aparentemente, tem-se a impressão de ingressar num labirinto, com a percepção que o imbróglio ganhará mais corpo e a interrogação persistirá. Mas, utilizando-se da hermenêutica mais condizente para o caso, a solução fluirá com racionalidade, despojada de qualquer partidarismo, fruto de um trabalho interpretativo coerente.

A Constituição Federal<sup>(2)</sup> estabelece em preceito objetivo: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.<sup>49</sup>

Explicitamente, o permissivo constitucional assegura a liberdade da pessoa fazer tudo aquilo que é permitido e ninguém está obrigado a fazer o que a lei não manda, demonstrando, de forma inequívoca, a prevalência do princípio da autonomia, corolário da dignidade humana. Perez Luño, a respeito da dignidade, assim se manifesta:

*“El concepto de dignidad humana, por tanto, se halla estrechamente vinculado, en el pensamiento de Kant, a las nociones de persona y de personalidad. La dignidad constituye, en la teoría kantiana, la dimensión moral de la personalidad, que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. La dignidad humana entraña no solo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que suporta también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”.*<sup>(149)</sup>

O Código Civil,<sup>(12)</sup> com inovações incorporadas em 2002, data de sua vigência, a respeito do tema, traz importantes regras: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.<sup>50(12)</sup>

“É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

---

<sup>49</sup> Artigo 5º, inciso II da Constituição Federal.

<sup>50</sup> Artigo 13 e seu parágrafo.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”.<sup>51(12)</sup>

“Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.<sup>52(12)</sup>

O Código de Ética Médica<sup>(3)</sup> traz vários artigos relacionados com a adequação do tema. Mas, quando trata no Capítulo IV dos Direitos Humanos, estabelece:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz, física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, alimentá-la.

Oliveira e Guaiumi,<sup>(150)</sup> alunos do curso de medicina da Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto - FAMERP - contando com a prestimosa colaboração do Professor Cipullo, em trabalho publicado, envolvendo as respostas de questionários distribuídos a 179 alunos do curso médico do estado de São Paulo, trazem importante observação a respeito da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová:

“Há muito tempo encaradas como tabu na prática médica, pendências envolvendo religião comumente são responsáveis por provocar opiniões e

---

<sup>51</sup> Artigo 14 e seu parágrafo único.

<sup>52</sup> Artigo 15.

condutas controversas frente a uma determinada situação. No caso apresentado o questionário do presente estudo, levantou-se a situação na qual o médico se vê em terreno delicado: salvar a vida do paciente ou obedecer à vontade dos familiares, diretamente responsáveis pelo doente. Quase 60% destes responderam de forma errada o caso exposto. No entanto, o próprio Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo emitiu em 1974, parecer autorizando os médicos a intervirem na situação. Segundo esse parecer, na situação em que o paciente menor de idade, na qual os pais negam autorização para transfusão de sangue ou hemoderivados, o médico recorrerá à autoridade judiciária, exigindo uma decisão que preserve sua posição”.

A lei deve ser interpretada e temperada de acordo com os destinatários e necessidades sociais que ela visa acudir. “Ao se interpretar a norma, esclarece com precisão Diniz,<sup>(151)</sup> deve-se procurar compreendê-la em atenção aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir. O ato interpretativo não se resume, portanto, em simples operação mental, reduzida a meras inferências lógicas a partir das normas, pois o intérprete deve levar em conta o coeficiente axiológico e social nela contido, baseado no momento histórico que está vivendo”.

Deve o intérprete buscar, portanto, não só a finalidade próxima como a teleológica da norma, observando, de forma diligente, a hierarquia e os valores das leis. Quer dizer, o conjunto harmonioso interpretativo é que deve prevalecer, pois a “*mens legis*” se manifesta através da filtragem de vários institutos. Isoladamente, o texto legal divorcia-se da realidade e a ela consegue

retornar no instante em que aglutinar as tendências determinantes das normas que regem o tema colocado em debate.

De todo o instrumental legislativo apresentado, conclui-se que o homem é a razão suprema da normatização. Como pessoa singular é contemplado com uma séria de direitos e deveres e como ente coletivo, da mesma forma, subordina-se às regras estabelecidas pelo grupo social. É o caminho para sua realização pessoal e harmonização do meio em que vive. Se tiver para si que os pássaros, ao amanhecer, entoam cantos para ele, tal verdade não poderá ser contestada por ninguém, em razão de pertencer ao seu foro mais íntimo, esfera indevassável, onde ele é seu rei e seu súdito ao mesmo tempo. Porém, querer impor tal verdade ao mundo exterior, obrigando a aceitação das pessoas, é tarefa ingente e não tem como vingar em razão das regras impostas à coletividade. A verdade apresentada é exclusivamente daquela pessoa e não pode prevalecer como tal às outras.

Se o adepto da orientação religiosa Testemunhas de Jeová, sabedor de sua moléstia, que exige a transfusão sanguínea, não procurar um médico e, em razão dela vem a falecer, pode-se dizer que decidiu pelo suicídio, que não é considerado ilícito penal. A pessoa, diante de sua autonomia, resolveu dar cabo à sua própria vida, em razão de sua opção religiosa. A situação apresenta-se como normal, correspondendo, guardadas as proporções, a uma outra onde a pessoa voluntariamente opta pelo suicídio. Prevalece a volição do suicida e a sociedade nada mais poderá fazer a não ser lamentar o ato, sem qualquer responsabilização, já que foram excluídas as hipóteses de

induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. Queda-se o Estado. Queda-se a lei.

Se, porém, o seguidor da religião procurar por uma assistência hospitalar e avistar-se com o médico que diagnostica a necessidade da hemotransfusão, o quadro já é outro. No instante em que ocorre o atendimento, forma-se entre paciente e médico um dever jurídico e um dever contratual. Essa vinculação acarreta uma dependência de proteção, de confiança onde fica exposto o cuidado especial que a ocorrência exige. O dever jurídico surge em razão da própria obrigação advinda do exercício médico. O contratual não é somente aquele que brota de uma disposição escrita entre as partes, mas compreende também aquele em que o médico se apresenta como um profissional garantidor e protetor daquela vida humana.

Quando o paciente pretende lutar pela sua vida e procura um médico, esclarece Ordeig,<sup>(104)</sup> “existe a obrigação jurídico-penal do médico de cuidar de retirar o enfermo ou o traumatizado das garras da morte: pois nesse caso a sobrevivência ou o intento de alcançá-la (em definitivo, o direito constitucional à vida) não entra em conflito – mas coincide – com os interesses constitucionais de livre desenvolvimento da personalidade e da liberdade ideológica.”

O Código Penal,<sup>(2)</sup> de forma incisiva, estabelece: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;



c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.<sup>53</sup>

As hipóteses “a” e “b” guardam pertinência com a atuação médica. A doutrina penal classifica como omissão imprópria, ou comissão por omissão quando o médico, em razão de sua função, tem a obrigação de agir para impedir a ocorrência de um resultado que seja gravoso para a vítima e se omite. A lei exige um comportamento de ação, positivo, visando impedir que o bem jurídico tutelado seja ofendido. No relacionamento que se instala entre médico e paciente, o profissional, que é o garante, deve prever a ocorrência de um resultado indesejado se não agir para impedi-lo. Teles,<sup>(97)</sup> com objetividade, definiu de forma coerente: “Deixando de realizar a ação exigida e, em consequência dessa inação, ocorrendo o resultado, o sujeito que devia e podia agir responde pelo evento acontecido, como se tivesse cometido”.

Já se percebe que a autonomia da vontade, em querer praticar o ato desiderato, encontra o primeiro obstáculo. Fazendo um comparativo com o Direito Penal, o acusado de um crime pode até confessá-lo com riqueza de detalhes, mas, mesmo que queira abrir mão, não poderá figurar no processo sem o defensor, aguardando passivamente sua condenação. O “*due process of law*” determina que a ele seja nomeado um patrono, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa.<sup>54(2)</sup> A confissão pode até ser verdadeira, mas o advogado deve dar contornos defensivos a ela para justificar o ato juridicamente, uma vez que prevalece o princípio do “*nemo tenetur se*

---

<sup>53</sup> Artigo 13, § 2º.

<sup>54</sup> Artigo 5º, LV da Constituição Federal.

*detegere*” dos romanos, transportado para o direito inglês como “*privilege against self-incrimination*”.

Estabelecida a isonomia entre as partes, isto é, a paridade de armas entre os litigantes, o processo será iniciado e pode ocorrer que, em razão de ausência de outras provas, a confissão não prevaleça e o réu seja absolvido. É uma decisão totalmente contrária à sua pretensão condenatória, resultante de sua determinação e autonomia. Prevaleceu não o seu interesse, mais o maior, mais representativo, proporcionado pelas regras de condutas sociais e jurídicas. Realizou-se o justo coletivo em detrimento do interesse individual. É a prevalência da razão pública. Como muito bem acentuou John Rawls:<sup>(66)</sup> “É central para a idéia de razão pública que ela não critica nem ataca nenhuma doutrina abrangente, religiosa ou não, exceto na medida em que essa doutrina seja incompatível com os elementos essenciais da razão pública e de uma sociedade política democrática”.

Pois bem. Se o paciente, em razão de sua autonomia ou de opção religiosa, negar-se a se submeter à transfusão recomendada pelo médico, instala-se uma nítida colidência de interesses. Em razão da vinculação já estabelecida, o profissional passa a ser o responsável direto pelo atendimento. A negativa do paciente não pode encontrar eco em sua conduta. É certo que não poderá usar da “*potestas coercendi*”, no sentido de constranger o paciente a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, com risco de vida. O princípio da proporcionalidade deve ser invocado para o deslinde da situação. Esse princípio, tão bem contornado pelo jurista português José Gomes Canotilho, propõe uma adequação entre a ação e o resultado ou, ainda,

entre os valores protegidos pelas regras jurídicas. Plácido e Silva,<sup>(13)</sup> em seu Vocabulário Jurídico, definiu com maestria: “É critério de interpretação axiológica, quando se põem em confronto valores diversos, devendo o intérprete optar pelo valor que se mostra com maior densidade ou importância”.

Nada mais é do que a razoabilidade de se escolher, dentre dois bens, aquele que reúne predicados de maior interesse e predominância, sacrificando o de menor valor. Partindo do princípio constitucional da indisponibilidade da vida humana, detentora da supremacia legislativa, tudo que for feito para preservá-la irá ao encontro da dignidade do ser humano, uma vez que a regra explicitada é no sentido de preservar a vida. Uma opção que contraria o interesse prevalente, que é o da saúde, do viver, não tem o condão de inverter o silogismo apresentado.

O corpo humano é protegido como um bem fora do comércio e a pessoa somente poderá dele dispor para fins de transplante e jamais para contrariar os bons costumes. Nessa mesma linha de pensamento, a doação “*post mortem*”, como ato altruístico, voluntário, poderá ser exercida pelos parentes do falecido, atendendo sua vontade manifestada anteriormente ou decidindo no momento da morte.<sup>(10,45)</sup> Não se permite, no entanto, que, em razão de moléstia considerada grave, com risco de morte, a pessoa humana seja relegada e, passivamente, caminhe para o estertor.

Interessante determinação vem expressa nos artigos 22 e 26 do Código de Ética Médica,<sup>(3)</sup> já citados. O primeiro deles, de forma peremptória, proíbe o ao médico deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante, mas abre uma exceção à regra anunciada quando autoriza em

caso de risco iminente de morte. No segundo, recomenda-se ao médico que respeite a vontade de qualquer pessoa em greve de fome, sem tentar alimentá-la compulsoriamente, a não ser científicá-la das prováveis complicações do jejum. Mas, e aqui vai nova exceção, na hipótese de risco iminente de morte, deve tratá-la.

É de entendimento mediano que, num primeiro momento, a conduta médica seja de informação e esclarecimento ao paciente a respeito de seu estado de saúde e da necessidade de receber o consentimento para tomar as providências necessárias. Se, no entanto, não o obtiver e o quadro se transformar em risco iminente de morte, legitimada fica sua ação para evitar o mal maior. Seria até recriminada pelos profissionais da saúde e pela coletividade, a conduta do médico que, diante da negativa do paciente, fique ao seu lado no leito, em atitude solidária, aguardando o momento da morte. O médico não é um consolador e sim um profissional altamente treinado para administrar a saúde e realizar procedimentos de intervenções rápidas e seguras. É, por assim dizer, o profissional da vida.

Passou-se a questionar a dualidade beneficência/não maleficência, que oferece os contornos humanitários da bioética, para saber se a conduta médica impositiva trazia mais benefícios ou acumulava prejuízos para o paciente. Pessini e Barchifontaine,<sup>(78)</sup> dois nomes de referência em bioética pelo Centro Universitário São Camilo, em São Paulo, assim se manifestam: “A conduta médica diante dessa situação até pouco tempo era desconhecer as convicções religiosas e impor a transfusão de sangue em defesa da vida em perigo numa primeira instância. Essa postura, um tanto radical, traumatizou pessoas e

provocou a expulsão de muitos da religião. Passou-se a questionar esse radicalismo. De que valeria “salvar” a vida de uma pessoa se a ferimos em suas mais profundas convicções?”.

O Conselho Federal de Medicina, por sua vez, editou a Resolução nº 1.021/80 e estabeleceu uma justiça salomônica para os casos de recusa do paciente adepto das Testemunhas de Jeová a dar o consentimento. Deve-se distinguir, pela mencionada Resolução, duas situações distintas: a primeira delas é, não havendo iminente perigo de morte, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; pela segunda, ocorrendo iminente risco de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

O Parecer COBI – Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de São Paulo, que leva o nº 007/2004, em linhas gerais, traça a recomendação no sentido de que será atendida a autonomia do paciente até o limite do iminente perigo de morte, quando será efetivada a administração providenciada de modo explícito, sem nenhum subterfúgio.

Digna de observação a Consulta nº 41.191/99 feita ao Conselho Regional de Medicina de São Paulo e que teve como Relator o Conselheiro Marco Segre. Reafirmou o Parecer dado anteriormente a respeito da necessidade da intervenção médica em caso de recusa do paciente Testemunha de Jeová, em transfusão de hemoderivados. Termina seu parecer, com a seguinte conclusão: “Em termos legais, tanto a intervenção compulsória, como o respeito à vontade do paciente (não intervenção), poderão dar margem a processo contra o médico, o qual, como em tudo na vida, deverá decidir conforme o seu arbítrio”.

É bom acrescentar também que a hemotransfusão, em muitos casos, por si só, não tem o condão de solucionar a moléstia e pode, em razão de outros fatos, como o choque hipovolêmico, por exemplo, provocar a morte do paciente. A transfusão, como é sabido, é meio terapêutico para estabilizar o paciente, para que o tratamento principal possa ser iniciado posteriormente.

A Lei nº 10.205/2001,<sup>55</sup> em seu § 1º do artigo 3º, enfatiza: “A hemoterapia é uma especialidade médica, estruturada e subsidiária de diversas ações médico-sanitárias corretivas e preventivas de agravo ao bem-estar individual e coletivo, integrando, indissolavelmente, o processo de assistência à saúde”. Tal preceito deixa transparecer o aspecto de acessoriedade, como sendo uma conduta de meio. Se o médico realiza a hemoterapia sem o consentimento do paciente e, em razão dessa conduta acessória, vem a ser o paciente contaminado pela AIDS, ou mesmo falecer, há evidente e aparente nexo de causalidade entre a ação médica e os eventos doença e morte, que levam à sua responsabilização.<sup>(152)</sup>

Para melhor dimensionar o problema suscitado, deve-se levar em consideração, em primeiro plano, que o consentimento do paciente é de vital importância para a intervenção terapêutica. A aquiescência do proprietário de um bem, por exemplo, no crime de furto, torna o fato atípico, pois impede a ocorrência da subtração. O paciente, diante do novo Código de Ética Médica<sup>(3)</sup> é detentor absoluto do direito de anuir ou discordar de qualquer proposta terapêutica apresentada pelo profissional de saúde. Portanto, urge a outorga

---

<sup>55</sup> Referida lei regulamentou o § 4º do artigo 199 da Constituição Federal relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação de sangue, seus componentes e derivados.

da autorização, que passa a ser uma condição de procedibilidade para o exercício do trabalho médico. É a regra.

Mas, o Código Penal<sup>(2)</sup> traz uma dirimente, que é a do estado de necessidade do próprio paciente, que se encontra em uma situação de risco iminente de morte e a omissão por parte do médico pode constituir em ato desencadeador do evento mais grave. O estado de necessidade surge como um recurso extremo visando salvar direito próprio ou alheio, que somente será possível com a violação de um bem jurídico alheio, observando sempre o critério da proporcionalidade.

Diz o Código Penal:<sup>(2)</sup> “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, era razoável exigir-se”.<sup>56</sup>

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”.<sup>57</sup>

O médico, como é sabido, tem o dever legal e contratual e, conseqüentemente, numa interpretação isolada, poder-se-ia concluir que não pode alegar o estado necessário para eximir-se da responsabilidade.

Ocorre que, o mesmo diploma legal, quando trata do crime de constrangimento ilegal, assim se posiciona no artigo 146: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.

---

<sup>56</sup> Artigo 24 do Código Penal.

<sup>57</sup> Artigo 24, § 1º do Código Penal.

§3º Não se compreendem na disposição deste artigo:

- I- a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;
- II- a coação exercida para evitar o suicídio”.

Trata-se do exercício regular de um direito, excluindo o crime da conduta do médico. Mirabete e Fabrini,<sup>(130)</sup> a respeito do tema, apresentaram a seguinte conclusão: “Apontam-se também como exercício regular de direito as intervenções médicas e cirúrgicas por se tratar de atividades autorizadas pelo Estado, que reconhece, estimula, organiza e fiscaliza a profissão médica. Segundo a teoria social da ação, a intervenção médica ou cirúrgica constitui fato atípico, uma vez que só impropriamente se poderá dizer que há ofensa à integridade física da pessoa quando se amputa, por exemplo, a perna do paciente atacado de gangrena, quando se faz um transplante de órgão etc.”.

Com a clareza interpretativa fica transparente que, apesar do médico não obter inicialmente a autorização do paciente, tinha ele legítima condição de intervir em razão do iminente risco à vida, que justifica ética e penalmente sua conduta. Se, no entanto, no desenvolver de sua intervenção, o profissional cometer erro médico, por imprudência, imperícia ou negligência, o resultado danoso culposos pode e deve ser atribuído a ele. Na primeira situação agiu acobertado pela legalidade, tendo seu ato recebido aprovação jurídica. No segundo, no entanto, apesar de ter escolhido corretamente o procedimento, obrou com culpa em sentido amplo e merece a responsabilização ética e jurídica.



Arremata Diniz,<sup>(151)</sup> apontando o princípio do primado do direito mais relevante em caso de colidência entre a vida e religião: “A recusa de medicação ou tratamento, como a transfusão de sangue, revela um comportamento antiético, porque é da essência do ser humano conservar e proteger a vida, que é um bem superior à liberdade de crença”.

Os seguidores da Testemunhas de Jeová, em comunicações constantes por meio de livros, jornais e DVDs, além de outros meios, em um trabalho bem elaborado, apresenta as opções de tratamento sem a realização da transfusão de sangue. Eis alguns dos tópicos extraídos de um documento distribuído pelos Serviços de Informações sobre Hospitais para as Testemunhas de Jeová: “a) formular um plano de tratamento clínico que seja detalhado e individualizado para reduzir a perda sanguínea e tratar a anemia; b) obter consentimento esclarecido para procedimentos antecipados ou potenciais; c) levando em conta os riscos das transfusões e as opções de tratamento disponíveis, encaminhar o paciente para outra instituição se essa tiver mais recursos; d) empregar um enfoque multidisciplinar; e) ficar atento à perda sanguínea ou à deteriorização fisiológica; f) agir prontamente para assegurar hemostasia no paciente com hemorragia ativa que recusa transfusão de sangue; g) exercendo bom senso clínico, estar preparado para mudar a prática rotineira quando as condições mudarem; h) consultar prontamente um especialista com experiência em tratar de pacientes sem transfusão alogênica assim que surgirem

complicações; i) transferir um paciente estável, se necessário, para um centro maior, antes que o estado dele piore”.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> O documento, publicado pela Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, é intitulado: Estratégias clínicas para evitar e controlar hemorragias e a anemia sem transfusão de sangue em pacientes cirúrgicos.

12. A VONTADE DO SER HUMANO DE  
ALTERAR SUA IDENTIDADE  
ATRAVÉS DA CIRURGIA DE  
REDESIGNAÇÃO SEXUAL

---

## **12. A VONTADE DO SER HUMANO DE ALTERAR SUA IDENTIDADE ATRAVÉS DA CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL**

A identidade humana, como sendo os atributos que distinguem a pessoa, tem relevante importância na identificação sexual, que carrega a parte biológica, compreendendo os caracteres genéticos, anatômicos e fisiológicos e a parte psíquica, que revela o comportamento social do indivíduo. Szaniawski,<sup>(47)</sup> de forma convincente esclarece: “Existe interesse juridicamente relevante no gozo da própria identidade sexual. O conteúdo de tal interesse da pessoa é representado, essencialmente, no reconhecimento, sob todos os aspectos da vida social, privada e pública, como sendo a mesma, pertencente ao próprio sexo. Nesse sentido, alguns procuram incluir o direito à identidade sexual como um direito de personalidade, constituindo-se em uma tipificação autônoma. No entanto, a maioria dos autores segue a classificação de De Cupis, inserindo o direito à identidade sexual dentro do conteúdo do direito à identidade pessoal”.

O mesmo autor, professor de Direito da Universidade do Paraná, pesquisando a origem da expressão transexual, assim define:

“Atribui-se a Caldwell a criação da expressão “transexual”, em 1947, ao estudar o estado psíquico do indivíduo que possui o inafastável desejo de mutação de sexo, denominando o mencionado estado psíquico de síndrome de “*psicopatia Transexualis*”. Mas a expressão transexualismo, como terminologia científica, somente veio a entrar nos meios médicos com a publicação da obra de Harry Benjamin, no periódico “*International Journal of Sexology*”, sob o título de “*Transvestism and Transexualism*”. Posteriormente, em outra obra, “*The*

*Transsexual Phenomenon*, publicada em 1966, pelo mesmo autor, a palavra “transexualismo” veio a alçar à posição de termo médico”.<sup>(47)</sup>

Cury e Batigalia,<sup>(153)</sup> o primeiro deles Chefe do Serviço de Urologia do Hospital de Base e Chefe da Disciplina de Urologia da Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto (FAMERP) e pioneiro no Brasil na realização de cirurgias de transgenitalização, esclarecem com o conteúdo científico necessário:

*“Embora o sexo cromossômico seja definido no momento de concepção, o comportamento sexual do indivíduo poderá ter na vida adulta direções diversas de seu eixo genético.*

*O sexo biológico não garante ao indivíduo uma identidade sexual compatível com a heterossexualidade pura; isto se deve a inúmeras influências que o embrião, e depois o feto, recebe durante a vida uterina, de um lado por constantes mudanças no seu desenvolvimento e, por outro, devido à influência que interage por meio de seu sangue com substâncias químicas em geral, podendo desviar o rumo do comportamento biológico e psicológico”.*<sup>(153)</sup>

Os transexuais biologicamente são normais, vez que dotados de aparatos sexuais internos e externos, porém, a mente acredita que o sexo adequado seja contrário à sua anatomia. O Conselho Federal de Medicina rotulou o transexual como “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual com rejeição de fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”.<sup>(9)</sup> Choeri,<sup>(154)</sup> em definição sucinta, aponta o transexual como o “indivíduo que se identifica como pertencente ao sexo oposto e experimenta grande frustração ao tentar se expressar através de seu sexo genético”. O

grande conflito do transexual é que, desde criança, experimenta uma discordância entre sua realidade corporal e sua psique.

Essa inadequação sexual provoca insatisfação com o sexo originário e faz o indivíduo a procurar um diagnóstico de transexualidade junto às equipes multidisciplinares de transgenitalização, sem necessidade de se socorrer da mutação dos próprios corpos. A cirurgia corretiva de ajustamento sexual é decorrente do avanço médico científico que teve como base a vivência sexual das pessoas transexuais. A técnica da cirurgia urológica de adequação do sexo genital vem descrita minuciosamente no trabalho elaborado por Cury.<sup>(155)</sup>

Os homossexuais, diferentemente dos transexuais, vivem em compatibilidade com sua definição sexual, sem interesse de mudar de sexo, pois seu órgão sexual, em perfeita harmonia com o corpo e mente, dá-lhe prazer. No início da psiquiatria, Freud e Jung rotularam os homossexuais como portadores de distúrbio de personalidade psicopata. Com a evolução dos conhecimentos das anomalias sexuais, com o fortalecimento dos movimentos gays, eles foram classificados como pessoas normais, porém portadores de preferências sexuais diversas das dos heteros.

A evolução do conceito evoluiu tanto que a Previdência Social e os Tribunais vêm reconhecendo a união homoafetiva, num estágio muito próximo da união estável entre homem e mulher. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu em votação unânime quando concedeu adoção de dois irmãos para um casal homossexual feminino:

“Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração,

publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o amor familiar em que são inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e os adotantes”.<sup>(156)</sup>

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aprovou e publicou o parecer emitido no processo nº 23080.055247/2007-09, que permite a inclusão de companheiros homoafetivos como dependentes no Imposto de Renda, com base nos princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana.<sup>(157)</sup>

Os bissexuais, pela sua polivalência, revezam-se de forma alternada a prática sexual, às vezes, com parceiros do mesmo sexo, outras com o sexo oposto. O Travestismo, ou eonismo são pessoas, homossexuais ou heterossexuais, que se vestem e se conduzem como se fossem do sexo oposto.

O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.652/2002, que permite a realização da cirurgia de redesignação sexual do transexual ou transgenitalização. Para a nossa lei, transexual é aquela pessoa física e

biologicamente normal, dotada de genitália externa e interna perfeitas, porém, que em sua mente pensa pertencer ao sexo contrário ao seu. É a pessoa que não se ajusta ao seu sexo, que a ele tem rejeição e vive como se fosse do sexo contrário. É como se carregasse a genitália em seu corpo com indiferença, mirando-se para o outro sexo como o seu verdadeiramente idealizado. Diferente, portanto, do homossexual, que convive com seu sexo e com ele tem prazer.

Nestes casos, permite a lei que se faça a ablação das genitálias, e a consequente mutilação, com a finalidade curativa. Diniz, da forma magistral que lhe é peculiar, aponta as condições exigidas para a realização da conversão curativa:

- a) existência de desconforto com o sexo anatômico natural;
- b) desejo compulsivo expresso de eliminar a genitália externa, perder os caracteres primários e secundários do próprio sexo e ganhar os do sexo oposto;
- c) permanência do distúrbio de identidade sexual de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- d) ausência de outros transtornos mentais;
- e) avaliação de equipe médica composta por cirurgião plástico, geneticista, neuropsiquiatra, endocrinologista, urologista, psicanalista, psicólogo e assistente social, que, depois de dois anos de acompanhamento conjunto e atendimento psicoterápico, deverá dar o diagnóstico de transexualismo de maior de vinte e um anos e atestar a ausência de características físicas inapropriadas para a



cirurgia. Tal operação deverá ser feita em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa, desde que preenchidos os critérios acima mencionados e desde que haja consentimento livre e esclarecido do próprio paciente (Res. CNS n. 196/96) ”.<sup>(64)</sup>

O mesmo Conselho Federal de Medicina revogou referida Resolução e editou a de nº 1955/2010<sup>59</sup>, que agora permite a realização da adequação do fenótipo feminino para masculino em qualquer hospital público ou privado. Desta forma, a remoção do útero, do ovário e das mamas deixa de ser experimental. Somente o é a cirurgia do tipo neofaloplastia (construção de pênis). A adequação do fenótipo masculino para feminino já podia ser praticada em hospitais públicos ou privados, independente da atividade de pesquisa.

O critério de seleção dos pacientes para a cirurgia de redesignação sexual será feito por uma equipe multidisciplinar, constituída, obrigatoriamente, por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após dois anos de acompanhamento, com o diagnóstico médico de transgenitalismo, ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia e que seja o paciente maior de 18 anos. O artigo 7º da Resolução, de forma imperiosa, determina que deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido.

O consentimento ajustado e esclarecido do paciente apresenta-se como resultado de um trabalho multidisciplinar onde cada profissional fará a exposição de sua tarefa no grupo e quais as mudanças que ocorrerão na vida

---

<sup>59</sup> Publicada no Diário Oficial da União de 03 de setembro de 2010, seção I, p. 109/110.

do paciente. Em razão do prazo de dois anos para a efetivação da cirurgia, a anuência do paciente será de forma progressiva e mais amadurecida que em uma outra intervenção convencional. Não só os aspectos biológicos, físicos, sexuais serão ressaltados, mas também aqueles que envolvem as vidas pessoal, familiar e social da pessoa. É uma adesão calcada no convencimento pessoal. Daí que a comissão multidisciplinar exerce inegável influência na tomada de decisão.

A idade exigida pela Resolução nº 1652/2002<sup>(9)</sup> revogada pela Resolução nº 1955/2010<sup>(158)</sup> merece uma ressalva. A maioridade civil pelo Código Civil revogado era fixada em 21 anos. O novo Código Civil entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, após um longo período de “*vacatio legis*” e estabeleceu a maioridade plena aos 18 anos, para a realização de todos os atos da vida civil. “Aos 18 anos, em tese, admite Venosa em comentário feito ao novo Código, o convívio social e familiar já proporcionou ao indivíduo certo amadurecimento, podendo o agente compreender o alcance dos atos que pratica. A maturidade plena para a vida civil é alcançada, no atual diploma, aos 18 anos”.<sup>(159)</sup>

Desta forma, todos os atos da vida civil poderão, sem qualquer restrição, a não ser nos casos de incapacidade em razão de doença mental que afete o discernimento da pessoa, ser praticados por aquele que conta com 18 anos completos. Como se trata de uma lei definidora, todas as demais devem se adequar ao seu teto. O legislador processual penal assim se ajustou: “O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade”.<sup>60(2)</sup> Ora, se o cidadão, com 18

---

<sup>60</sup> Artigo 436 do Código de Processo Penal.

anos, está apto para julgar seus semelhantes, com maior razão reunirá condições para julgar questões relevantes à sua vida.

Não basta somente o ato operatório para se atingir a redesignação sexual. Após ter concluído o ajuste físico, há necessidade de se regularizar a nova situação no campo jurídico. O médico responsável pela cirurgia fará um relatório circunstanciado, compreendendo aqui o período de dois anos de adaptação e a adequação do fenótipo masculino/feminino para que o interessado possa ingressar na justiça visando retificar seu registro de nascimento e constar o novo sexo e nome. Na realidade, trata-se de uma averbação à margem do registro do interessado, no sentido de que, a partir de tal data, passa a carregar sexo e nome diferentes. Faz-se necessária esta providência para proteção de direitos de terceiros, que, antes da cirurgia, praticaram, por exemplo, ato negocial com o transgenitalizado e agora encontram uma outra pessoa, com outro sexo e nome.

Após a cirurgia de transgenitalização sexual, o próximo passo será o da acomodação no registro civil da nova identidade sexual do interessado, que obedecerá, em tese, o preceito do artigo 58 da Lei n. 6.015/73,<sup>(160)</sup> alterado pela Lei n. 9708/98.<sup>(161)</sup> Tanto a doutrina como a jurisprudência não veem com bons olhos a retificação no registro civil, pois o pretendente, na realidade, apresenta uma definição artificial do sexo, pois não é homem nem mulher e sim um ser humano mutilado.

“Aliás, conforme acentua Quintino Júnior,<sup>(162)</sup> faz-se necessária a retificação e a devida averbação, sem, preferencialmente, qualquer anotação restritiva no registro civil, para que a nova pessoa possa ter seus direitos

garantidos, assim como os terceiros possam ter os seus preservados. Seria, se assim pode ser dito, o princípio da continuidade da pessoa humana. Aquela que levava determinado nome e portadora de determinado sexo, agora carrega outro nome, com outra definição sexual, mas a pessoa, em seu núcleo, continua sendo a mesma. Se, por ventura, o transexual, ainda com sua definição sexual anterior, fosse acionado judicialmente por descumprimento de alguma obrigação, a nova derivação sexual não o afastaria da responsabilidade. O ser continua sendo o mesmo, embora com retificação de nome e sexo”.

Os Tribunais, inicialmente, apreciando pedidos de averbação junto ao registro civil de pessoa que se submeteu à cirurgia, não deferiam tal procedimento, pois a pretensão somente poderia ser deduzida com base na Lei dos Registros Públicos.<sup>(160)</sup> Os costumes e a própria evolução do pensamento social fizeram com que a cirurgia fosse vista como uma necessidade de adequação física e psíquica da pessoa ao seu próprio sexo. A lei tem que se apressar para poder disciplinar as condutas relacionadas com a evolução das necessidades humanas. Pela regra, primeiro faz-se a pesquisa devidamente autorizada, após, sua concretização e, finalmente, o manto legal para acobertá-la. Na maioria das vezes, em casos não contemplados em nossa legislação e que exigem uma solução legal urgente, prevalecem as decisões jurisprudenciais, que, como é sabido, nem sempre são uniformes em nossos tribunais.

Em dois julgados recentes, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferiu as seguintes decisões:

Registro civil - Assento de nascimento - Retificação - Nome civil - Transexual masculino que se submeteu à transgenitalização - Nome constante de seu registro de nascimento que o submete a ridículos - Transexualismo que, ademais, é uma patologia e não mera perversão sexual - Entendimento - Possibilidade de modificação - Inteligência dos arts. 55, parágrafo único e 109 da LRP - Solução que, além disso, atende ao postulado da dignidade da pessoa humana - Alteração do sexo jurídico também deferida, até porque solução diversa, tal como a aposição do termo transexual, em lugar do masculino ou feminino, seria contrária ao próprio direito vigente, importando em séria violação da dignidade humana - Sentença mantida - Recurso ministerial não provido.<sup>(163)</sup>

Registro Civil - Retificação- Transexualidade - Alteração de nome - Admissibilidade - Autora que se submeteu a cirurgia de redesignação sexual e quer ter nome compatível com a nova condição - Pretensão retificatória que se impõe, em face do princípio da dignidade da pessoa humana - Ausência de alteração prenominal que causaria situação constrangedora - Necessidade, entretanto, da averbação da alteração para a preservação de direito de terceiros.<sup>(164)</sup>

Por outro lado, com liberalidade extremada, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, num caso ainda sem precedentes na Justiça, autorizou um travesti a retificar seu nome, de masculino para feminino, sem submeter-se à cirurgia de transgenitalização. O argumento que preponderou na decisão do colegiado é de que a liberdade e dignidade humanas falam mais alto que o próprio sexo e a pessoa deve usar o nome que retrata sua identidade feminina.

Acentuou o relator desembargador Rui Portanova que “o nome masculino do autor não retrata sua identidade social, que é feminina, e todos a conhecem pelo nome de mulher”.<sup>61</sup>

A ablação das genitálias com a finalidade curativa não deve provocar constrangimento quando da retificação do registro do interessado. Não ficará constando que se trata de pessoa transgenitalizada, fato que, por si só, poderia acarretar sérios dissabores ao portador do registro retificado, ou até mesmo nos demais documentos.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, dando provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público (Proc. n. 70006828321), em ação que visava alterar nome e sexo de um transexual de Guaíba (RS), decidiu contrariamente ao Tribunal de Justiça daquele Estado, que tinha determinado a não-publicidade da condição de transexual do interessado:

“Quando se fala em prejuízos a terceiro, na verdade se fala na possibilidade de um homem envolver-se emocionalmente e, porque não dizer, sexualmente com o autor da ação de retificação do registro civil e descobrir, em determinado momento, que ele não poderá ter filhos, ou até mesmo que não é mulher de “nascimento”. Sendo essa a questão a ser enfrentada, até certo ponto, o mesmo aplicar-se-ia à mulher estéril.

Será que deveriam estas mulheres ter, em seus documentos e no registro civil, contida esta condição? Ou seria uma humilhação para elas?

---

<sup>61</sup> Disponível em [www. Espaço vital.com.br/notícia id=14649](http://www. Espaço vital.com.br/notícia id=14649), acessado em 05/5/2009.

Sofreriam algum tipo de discriminação? E se os seus possíveis companheiros aceitassem esta condição por entenderem ser o amor o bem maior?

As respostas são conhecidas. Os casos são assemelhados, e por não ter a mulher estéril que expor sua condição perante a sociedade, não terá P.C.O.C que expor a sua ”.<sup>62</sup>

O bom direito e o bom senso recomendam que, se foi autorizada a retificação no registro civil do transexual, todos os seus documentos devem levar o novo sexo, sem a necessidade de apor o carimbo de segredo de justiça, impedindo, desta forma, a expedição de qualquer certidão ou informação a terceiros. O ato passa a ser essencialmente discriminatório. Na realidade, o transgenitalizado nasce para uma nova vida, e encontra perfeita adequação física e psíquica com seu sexo almejado. Daí ingressa na vida civil, com legitimidade de praticar todos os atos de acordo com sua nova opção sexual. É possível até que o homem, pai de filhos, passe a ser, com a cirurgia, mãe de outro. É o que narra, curiosamente, Oliveira Júnior:<sup>(162)</sup>

“Pois bem. Feitas tais considerações, o transexual já com a documentação retificada, passa a gozar do direito de sua nova identidade sexual. O primeiro óbice a transpor é o do casamento. A Constituição Federal, em seu artigo 226 § 3º, aceita a união estável entre o homem e a mulher, favorecendo sua conversão em casamento. O Código Civil, por sua vez, no artigo 1.514, estabelece que o casamento se consuma no momento em que o homem e a mulher manifestam o desejo de casar perante o juiz e assim são declarados, de acordo com a regra do Direito Romano: “*conjunctio maris et*

---

<sup>62</sup> Proc. n. 70006828321-09

*feminae*". Nos impedimentos descritos nos artigos 1.521, 1.522 e seu parágrafo único, não há nenhuma proibição de casamento para a pessoa que se submeteu à cirurgia transexual. Aplica-se o princípio: "*ubi lex non distinguet, nemo distinguere potest*".

O processo de habilitação de casamento exige a documentação dos pretendentes para que, após a devida análise, não apontando qualquer impedimento ou irregularidade, venha a ser expedida a autorização para a celebração do ato. Se o transexual apresentou sua certidão devidamente ajustada para o outro sexo, nem o Ministério Público, como "*custos legis*", nem o juiz de casamento poderá opor qualquer restrição. O requisito fundamental foi satisfeito e não cabe indagar nesta oportunidade se o contraente é homem ou mulher, pois na nova certidão não ficará constando a derivação de seu sexo. Do contrário, nenhum efeito teria a cirurgia e a retificação no registro civil. Quer dizer, não se pode concluir que, para determinados atos, o transexual seja considerado homem, para outros, mulher".

É indispensável e recomendável que o outro contraente saiba a respeito da cirurgia para que, posteriormente, não alegue erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, no que diz respeito, principalmente, à sua identidade. Esta ciência, como não poderia deixar de ser, é de responsabilidade do cônjuge transexual e não da lei.

Diante da "*incapacidade generandi*", a prole poderá ser alcançada pelas técnicas genéticas mais evoluídas, dentre elas o da reprodução assistida, manipulada em clínica de reprodução humana, com a utilização da fecundação heteróloga. O marido doa o sêmen, o óvulo é doado por mulher



aparentada de preferência e a gravidez vai se desenvolver no útero de mãe substituta. O filho que nascer, será, no entanto, filho institucional da mãe que o encomendou, no caso, o transexual, agora mãe e mulher. Na realidade, o filho vai nascer somente com a participação do pai e das outras duas mulheres, uma doadora e outra colaboradora.

Em razão do permissivo legal do código civil na realização da fecundação heteróloga, com a renúncia da mãe, que se faz necessária para alcançar o nascimento encomendado pelo casal, a criança nascida levará como mãe institucional, o nome do transexual e como pai seu genitor biológico, após a regularização no registro civil, vez que a mãe geratriz efetua o registro em seu nome.

Nesse verdadeiro imbróglio genético, temos as seguintes situações juridicamente definidas:

- a) o transexual operado deixa de ser homem e assume nova identidade, desta feita como mulher;
- b) seu casamento anterior fica desfeito em razão do divórcio assumido espontaneamente pelos cônjuges. Se não for providenciado o divórcio, impossível a pretensão descrita;
- c) o transexual operado continua sendo pai de seus filhos havidos anteriormente, exercendo, inclusive, todos os encargos do poder familiar;
- d) o transexual assume novo casamento, agora como mulher;
- e) torna-se mãe em razão do procedimento de concepção assistida, com os deveres e encargos próprios da maternidade, no âmbito, é

claro, da razoabilidade exigida para o bom desempenho desta tarefa, reservada antes exclusivamente às mulheres;

- f) Dentre vários direitos conquistados, a nova mulher e mãe tem direito à licença maternidade e, se agredida for no âmbito familiar, provocará a aplicação da Lei n.11.340/2006,<sup>(165)</sup> conhecida como Maria da Penha;
- g) Diminuição do prazo de aposentadoria, seguindo agora o determinado para a mulher;
- h) Garantia de permanecer nos cargos públicos eletivos e efetivos.

A cirurgia de transgenitalização, seguindo o princípio bioético da Justiça ou Redistribuição de Benefício, pode ser realizada pelo SUS, em razão de recurso intentado pelo Ministério Público Federal, que recebeu acolhimento pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O Ministério da Saúde não recorreu da decisão por entender que a cirurgia deixou de ser considerada experimental, em razão do reconhecimento expresso do Conselho Federal de Medicina.

13. A AUTONOMIA DA VONTADE PARA  
DOAR ÓRGÃOS, SUBSTÂNCIAS E  
TECIDOS HUMANOS PARA FINS DE  
TRANSPLANTES

---

### **13. A AUTONOMIA DA VONTADE PARA DOAR ÓRGÃOS, SUBSTÂNCIAS E TECIDOS HUMANOS PARA FINS DE TRANSPLANTES**

Dá-se o nome de transplante ou transplantação ao procedimento cirúrgico pelo qual se insere num organismo denominado hospedeiro, um tecido ou órgão, colhido de um doador. Autotransplante, assim designado, ou transplante autoplástico, quando é feita a transferência de tecidos de um lugar para outro, no mesmo organismo, como ocorre com as cirurgias de “ponte de safena”. Homo-transplante ou transplante homólogo quando se dá entre indivíduos da mesma espécie. Xenotransplante, quando ocorre a transferência de um órgão ou tecido de animal para um ser humano. É certo que, nesse último caso, apesar dos avanços da tecnociência médica, muitas experiências deverão ser realizadas para se chegar a um resultado que seja considerado satisfatório. Mais do que isso: se vingar o projeto, muitos problemas éticos serão eliminados, pois o corpo humano deixará de ser a fonte geradora de órgãos.

O homem quer, a todo custo, prolongar sua vida. Pode até ser uma vocação natural procurar viver mais e, para tanto, corrigir os defeitos para se atingir uma existência mais rica, voltada para valores espirituais, de liberdade, da própria dignidade humana, de solidariedade social. É uma eterna recriação. A medicina detecta o órgão doente, e, em seguida, através de uma intervenção reparadora-destruidora-substitutiva, consegue manipular um órgão são e recolhido de outro organismo, corrigindo aquele comprometido na sua funcionalidade.

A Constituição Federal<sup>(2)</sup> é incisiva quando disciplina a respeito do tema. O legislador faz ver que atentou para a realidade médica que se avizinha e

cuidou de estabelecer uma regra proibitiva com relação a qualquer tipo de comércio com órgãos, tecidos e substâncias humanas e uma permissiva a respeito de transplante, pesquisa e tratamento, com a seguinte observação: <sup>(2)</sup> “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.<sup>63</sup> Dá-se a impressão que quando vem à baila o assunto transplante de órgãos ocorre um ato atentatório contra a pessoa e seu corpo, ferindo a identidade e a dignidade do ser humano. Mas, na realidade, com a evolução da medicina, com o caminhar progressivo do paciente em tomar sua decisão diante das novas perspectivas terapêuticas, o ato integrou a vida do cidadão, abrindo-se como uma solução para muitas doenças crônicas até então incuráveis.

Da mesma forma em que, no tratamento terapêutico prevalece a autonomia do paciente, regida pelo princípio da autodeterminação, a disposição do corpo, suas partes e órgãos ficaria, com igual razão, ao indivíduo. Uma vez que o corpo a ele pertence, poderia direcionar a finalidade que julgar conveniente, principalmente quando se encontrar lúcido e consciente, diante de uma futilidade terapêutica. Mas, na realidade, não exerce com exclusividade a propriedade de seu corpo. Se for maior, capaz, poderá dispor gratuitamente para fins terapêuticos ou para transplante em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau. Se pretender beneficiar outra pessoa, deverá

---

<sup>63</sup> Artigo 199, § 4º da Constituição Federal.

obter autorização judicial, justamente para se evitar a comercialização paralela de estruturas humanas.

Assim, mais uma vez, ocorre a prevalência do interesse estatal, em detrimento da vontade individual do cidadão. Não se trata de uma regra de proibição, mas sim de disciplina do procedimento. Pretender prevalecer sua escolha em doar os órgãos a determinada pessoa “*post mortem*”, não terá nenhuma eficácia, pois a vontade que predomina é a do Estado, que regulamentará e indicará o paciente a ser beneficiado. Não é também uma forma de “estatização dos cadáveres”, mas sim um gerenciamento para uma correta distribuição dos órgãos e tecidos humanos às pessoas cadastradas e que aguardam um transplante para ter chance de uma vida digna.

O corpo humano é repositório de órgãos que conseguem realizar a substituição com considerável margem de sucesso, proporcionando ao homem, desta feita, uma melhor qualidade de vida. O ser pensante pode ser lobo do próprio homem, mas o cadáver se apresenta como oferenda a quem de seus órgãos necessitar. A doação, em sua essência, é ato que transcende a generosidade humana e pode ocorrer, por ironia do destino, que o órgão venha a ser transplantado em um inimigo do doador. Sem olvidar que a tecnologia moderna possibilita a junção de aparelhos a órgãos e tecidos humanos, como, por exemplo, coração artificial, marcapasso, etc., atrelados ao corpo humano por circuitos eletrônicos.

Ayer de Oliveira,<sup>(166)</sup> Conselheiro do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e docente de Bioética da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, pontifica com magistral conhecimento:

*“O corpo humano resulta de incontável número de células que se organizam em tecidos, órgãos e sistemas controlados e integrados num estado harmônico definido como higidez. Por sua vez, os estado de higidez não é absoluto – o corpo pode sobreviver sem algumas de suas funções, órgãos ou segmentos do corpo. Os avanços tecnocientíficos tornaram possíveis as substituições temporárias ou permanentes de órgãos por meio de diálise, transplantes, implante de próteses e órteses, etc.”<sup>64</sup>*

O doador, que assume uma dimensão transcendente da sua própria natureza humana, realiza a mais nobre ação humanitária, tal qual pelicano que faz verter seu sangue para alimentar seus filhotes. Neste pensamento, a pessoa, de certa forma, não só se expõe a riscos, mas renuncia à integridade de seu organismo para poder socorrer o próximo, em ambos os casos com a aprovação estatal. Entre a integridade física e a dignidade humana, o Direito ampara a última, pois a disposição do próprio corpo com finalidade altruísta justifica perfeitamente o estado necessário. A esse respeito, ensina De Cupis:  
<sup>(167)</sup> “Se pode consentir-se na ofensa de qualquer dos aspectos da integridade física, desde que o consentimento não vise produzir uma diminuição permanente da própria integridade física e não seja, por outro modo, contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, é porque existe um direito tendo por objeto todas as manifestações possíveis do bem em referência”.

A legislação ordinária, por sua vez, editou a Lei nº 9.434/1997,<sup>(45)</sup> alterada pela Lei nº 10.211/2001,<sup>(10)</sup> que disciplina o procedimento. No Brasil, em razão do alto índice de criminalidade urbana, compreendendo aí também as mortes

---

<sup>64</sup> Disponível em: [www.jovensmedicos.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewArticle/109+reinaldo+ayer+de+oliveira&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=BR](http://www.jovensmedicos.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/109+reinaldo+ayer+de+oliveira&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=BR), acessado em 20/9/2010

provenientes do trânsito, é representativo o número de casos de morte encefálica, mas é decepcionante o número de doadores. Segundo Abraão Salomão Filho, coordenador nacional do Sistema de Transplante do Ministério da Saúde, “o Brasil tem uma lista de espera de 66 mil pacientes que precisam de algum tipo de transplante e apenas 15 mil operações desse tipo são feitas anualmente. O Brasil ocupa a terceira posição na lista dos países mais preparados para a realização desse tipo de cirurgia, depois dos Estados Unidos e da China. Mas a grande dificuldade é que a decisão de doação de órgãos precisa ser tomada individualmente”.<sup>65</sup>

O Estado de São Paulo adiantou-se com relação aos demais e criou um hospital especializado em transplantes de órgãos e tecidos, que levou o nome do médico Euryclides de Jesus Zerbini, com capacidade de realizar até 636 novos transplantes à capacidade atual da rede hospitalar. Luiz Roberto Barradas Barata, secretário de Estado da Saúde de São Paulo, assim se pronunciou a respeito da nova empreitada na área de transplantes: “A nova unidade, instalada nas dependências do antigo Hospital Brigadeiro, na capital, terá capacidade para realizar, quando estiver operando a plena carga, 200 transplantes de córneas, 240 de rim, 48 de pâncreas, 100 de fígado e 48 de medula óssea, num trabalho que irá envolver cerca de 80 médicos, entre transplantadores, intensivistas, nefrologistas, hematologistas e infectologistas”.<sup>(168)</sup>

As campanhas realizadas neste sentido não surtiram o efeito desejado, pois a população não foi orientada e nem instruída de forma correta a respeito

---

<sup>65</sup> Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL586152-5598,00-MIL+ESPERAM+POR+TRANSPLANTE+NO+PAIS.html>. Acessado em 13 de maio de 2010.



deste gesto de generosidade. Basta ver que o artigo 4.º da Lei 9.434/97<sup>(45)</sup> (que trata da doação de órgãos e tecidos humanos), admitia a possibilidade da doação presumida de órgãos e tecidos, devendo o cidadão fazer constar da sua Carteira Nacional de Habilitação se era ou não doador. E, quantas pessoas, mal informadas e temerosas, não se declararam doadoras. A Lei 10.211/2001<sup>(10)</sup> alterou esta opção e prevalece agora somente a vontade do cônjuge ou parente até o segundo grau. Mas, mesmo assim, a população está carente de informação a respeito. Há a lei que possibilita a doação dos órgãos, mas seu mecanismo não atingiu o destinatário, muito menos seu espírito de solidariedade.

A doação presumida, também conhecida por “silêncio- consentimento” de órgãos e tecidos, aquela em que a pessoa em vida fazia uma declaração para ser realizada “*post mortem*”, pela sua ineficácia, deixou de existir. E aqui vai mais uma diminuição à autonomia da vontade. A lei nova possibilita a revisão da vontade do “*de cujus*”, permitindo que seus familiares ou responsáveis, quando consultados, possam modificar a intenção expressa anteriormente. Quer dizer, o desejo manifestado anteriormente pelo cidadão a respeito da utilização ou não das partes de seu corpo e órgãos, não mais se concretiza e prevalece o ditado pelos interesses dos familiares ou responsáveis. Palavras ao vento. Recomenda-se, então, uma boa conversa com os familiares para que eles se comprometam a respeitar a vontade do paciente, depois da decretação da morte encefálica. Frisa-se que a autorização dos familiares não é representativa do direito de propriedade sobre o cadáver e sim tem por

finalidade realizar ato de última vontade da pessoa. Os familiares são substitutos legitimados do morto.

Em caso, porém de cadáver sem parentes e não reclamados, que tem como destinação as instituições de ensino, vale a autorização presumida, que permitia a retirada dos órgãos sem qualquer manifestação familiar, e foi revogada pela Lei nº 10.211/2001.<sup>(10)</sup> É uma incoerência, mas não há outro meio de legalizar a utilização dos órgãos do cadáver. Na dúvida, entre o não e o aproveitamento, prevalece o último, em razão da finalidade científica nele embutida.

Paradoxalmente, no direito testamentário, ocorre o rigoroso cumprimento do ato de vontade do testador. O testamento, que pode ser público, particular ou cerrado é ato personalíssimo do testador e não pode ser elaborado por mandatário. Toda pessoa que seja capaz e que esteja em pleno gozo de suas faculdades de discernimento, sem qualquer resquício de coação, tem capacidade para testar. Assim, o Código Civil dispõe no artigo 1857:<sup>(12)</sup> “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade de seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

Com tal dispositivo, o legislador civil permite que qualquer pessoa capaz possa dispor de seus bens patrimoniais, medida que terá eficácia somente “*post mortem*”. “Os efeitos do ato jurídico testamentário principiam unicamente após a morte do testador, ensina Venosa. Seja qual for o momento em que a vontade tenha sido emitida, é sempre a vontade extrema e final do testador,

sua última vontade, por maior que tenha sido o intervalo entre a manifestação volitiva e sua eficácia”<sup>(159)</sup>.

A declaração de vontade é de tal forma respeitada que compreende até mesmo a vontade do testador com relação às disposições que não contenham caráter patrimonial. É o caso, por exemplo, do reconhecimento de filho ou de vida em comum. Basta lembrar o diálogo de Sócrates, após ingerir o veneno, com Críton. O filósofo, no estertor da morte, declarou que devia um galo a Esculápio e solicitava o pagamento da dívida. E assim foi prometido pelo amigo.

A doação de órgãos realizada como ato “*inter vivos*” é deferida a qualquer pessoa, desde que seja capaz e com discernimento suficiente. É possível somente nos casos de órgãos duplos ou partes consideradas renováveis do corpo e que não exponham a risco a vida, integridade e funções vitais do doador. De uma forma sábia e ponderada, a Lei nº 10.211/2001<sup>(10)</sup> em seu artigo 9º, visando evitar qualquer modalidade de mercancia com órgãos, tecidos e peças humanos, permite que a pessoa, no âmbito de sua voluntariedade, disponha de tais estruturas humanas para fins terapêuticos ou de transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o 4º grau, ou a doação a qualquer outra pessoa, desde que se obtenha a autorização judicial, dispensada se se tratar de medula óssea. A lei, nesse passo, apesar de audaciosa, esqueceu-se de contemplar a doação advinda da relação adotiva, que não se enquadra no conceito de consanguinidade. Mas a melhor interpretação analógica permite concluir pela possibilidade.

Também a lei reservou o leite, o sangue, esperma e óvulos, tecidos regeneráveis, que poderão ser cedidos gratuitamente, através de bancos

próprios, com a finalidade científica ou terapêutica. Com relação aos dois últimos, na reprodução humana assistida, com a aprovação na lei civil da fertilização heteróloga. As finalidades humanitárias e solidárias justificam plenamente a opção legislativa.

Aparentemente, a lei faz ver a prevalência da vontade do doador em vida. Exige sua autorização, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas. Deixou, no entanto, uma restrição com ares proibitivos, pois se a doação acarretar risco à vida, integridade e funções vitais do doador, o ato não será realizado, dependendo, é claro, do exame e da conclusão médicas neste sentido. Tal óbice demonstra a clara intervenção Estatal no princípio da autonomia da vontade, que não prevalece diante de uma situação que carrega perigo à vida, comprometimento das aptidões vitais e saúde mental, além de não causar mutilação ou deformação inaceitável ao doador. É melhor excluir a pessoa como doadora do que, posteriormente, ofertar a ela a assistência médica necessária reparatória. Elimina-se, desta forma, um mal maior.

A exigência legal vai além. Se a pessoa for juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer a doação nos casos de transplante de medula óssea, contando que obtenha o consentimento de ambos os pais ou responsáveis legais, além da autorização judicial, que se afigura como um “*plus*” garantidor do ato. Em outras palavras, a autonomia da vontade dos pais ou dos representantes legais do incapaz, que, em outras situações seria suficiente por si só, necessita do aval judicial para ter validade. Se um dos genitores não for encontrado, o que se encontrar presente assinará

uma declaração de ausência e solicitará o suprimento judicial de outorga genital.

A proibição legal atinge a gestante, impedindo-a de dispor de seus órgãos ou partes de seu corpo, a não ser quando a doação for destinada em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde e à do feto. E o autotransplante, que seria a prova indubitosa do poder de autonomia do paciente, uma vez que ele é o gerenciador do próprio corpo, a lei exige o seu consentimento, registrado em seu prontuário médico. Se, por ventura, for incapaz, a concordância de um de seus pais ou responsáveis legais.

E, por último, em legislação mais recente, garante a toda mulher o acesso a informações sobre os benefícios da doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto.<sup>(169)</sup>

Assim é que, verificada a morte encefálica pelos exames neurológicos realizados por dois médicos não participantes das equipes de captação ou transplante, sendo um deles neurologista ou neurocirurgião, é feita a comunicação à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos do Estado, que indicará o nome do receptor, devidamente cadastrado. Tal procedimento, conhecido por transplante ou transplantação é o ato cirúrgico pelo qual se insere num organismo denominado hospedeiro, um tecido ou órgão, colhido de um doador e evita a indicação de beneficiários por parte dos familiares.

É taxativa a lei 9434/97<sup>(45)</sup> quando determina a obrigatoriedade a todos os estabelecimentos de saúde notificar às centrais de captação e distribuição de

órgãos da unidade da federação onde ocorrer o diagnóstico de morte encefálica. Se o estabelecimento não for autorizado a retirar tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento, deverá permitir a remoção do paciente ou franquear o acesso de equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante.

Se o familiar, em vida, deixou transparecer que tinha intenção de fazer a doação de seus órgãos, a decisão fica mais fácil. Os responsáveis pela autorização não se inibirão e prontamente assinarão o termo médico. Do contrário, sempre ocorrerá uma junta familiar para decidir a respeito da doação. É sempre um momento difícil porque concorre com o evento morte, em que, por ironia, o paciente ainda registra batimento cardíaco. Dá-se a impressão que é um apressamento da morte, uma modalidade de eutanásia. Na verdade, é a oportunidade única para se decidir a respeito da doação, pois o paciente já expirou em razão da falência do tronco cerebral. A vida se esvaiu e no leito há um corpo movido a uma propulsão biológica conduzida, por tempo limitado. A morte determina o divórcio inevitável da pessoa e da sua vida biológica. Morre a pessoa e assume o cadáver.

Interessante a iniciativa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, responsável pela campanha Doar é Legal. O interessado na doação ingressa no endereço eletrônico do Tribunal, preenche os dados pessoais solicitados e depois imprime a certidão de doador. O documento não tem qualquer validade jurídica, porém, é representativo da vontade do agente, que dará ciência aos familiares e amigos de sua intenção.

O advento morte não carrega o desprestígio ao cadáver. De Pupis,<sup>(168)</sup> com muito acerto, afirmou: “Se a personalidade não existe depois da morte, nem por isso o cadáver deixa de ser considerado por parte do ordenamento jurídico. Pelo contrário, o corpo humano, depois da morte, torna-se uma coisa submetida à disciplina jurídica, coisa, no entanto, que, não podendo ser objeto de direitos privados patrimoniais, deve classificar-se entre as coisas *extra commercium*. Não sendo a pessoa, enquanto viva, objeto de direitos patrimoniais, não pode sê-lo também o cadáver, o qual, apesar da mudança de substância e de função, conserva o cunho e o resíduo da pessoa viva. A comerciabilidade estaria, pois, em nítido contraste com tal essência do cadáver, e ofenderia a dignidade humana.”

A doação “*post mortem*” exige, em primeiro lugar, a definição de morte, tarefa árdua para o homem que mal conhece a vida. O primeiro médico a falar sobre ela foi Hipócrates, assim comentado por Santos:

“Surpreendente realismo nos revela o grande médico ao relatar o transe em que a morte ronda e a vida se esvai para sumir-se na eternidade. Nesses dramáticos momentos, o moribundo adquire o aspecto letal conhecido das pessoas, que o captam já não com valores racionais, mas intuitivos, dizendo: está agonizando. Na agonia, segundo Hipócrates, o paciente tem o seu rosto lívido, alongado e indiferente a tudo. Uma expressão de serena doçura espiritual inunda seu rosto, como se contemplasse com impavidez os acontecimentos de sua vida que acodem em tropel à sua consciência. Seus olhos fixos e absortos olham vagamente à distância, scrutando a nova rota de outra existência mais aprazível e menos sórdida que a já vacilante. No

momento da grande partida, o moribundo parece iluminado por um divino fulgor alheio ao corpo e ao mundo circundante. Quase já não surgem imagens, nem anseios, nem ilusões, parece, então, que apenas há de flutuar, nessa suprema hora, uma luz vívida: a luz do sentimento da Inexistência do enganoso trânsito terreno”.<sup>(170)</sup>

A Associação Médica Mundial, por seu turno, com a intenção de ajustar um conceito que fosse acatado pela classe, formulou a Declaração de Sidney, em 1968, com a seguinte definição, conforme apontado por Sá:<sup>(88)</sup> “Uma dificuldade é que a morte é um processo gradual, a nível celular e que a capacidade dos tecidos, para suportar a falta de oxigênio, é variável. Sem embargo disto, o interesse clínico não reside no estado de conservação das células isoladas, mas no destino da pessoa. Em decorrência, o momento da morte de diferentes células e órgãos não tem tanta importância, como a certeza de que o processo tornou-se irreversível, quaisquer que sejam as técnicas de ressuscitação que se possam aplicar. Esta conclusão se deve basear no juízo clínico, complementado, caso necessário, por diversos instrumentos auxiliares de diagnóstico, dos quais o mais útil é atualmente o eletroencefalógrafo. Em qualquer caso, nenhuma prova instrumental isolada é inteiramente satisfatória no estado atual da medicina nem qualquer método pode substituir o ditame global do médico”.

Em uma definição consistente, Sá explica de forma cristalina que “o critério para o diagnóstico de morte cerebral é a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam



estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória”.<sup>(88)</sup>

Após a decretação da morte encefálica, não ocorre a quebra do princípio da inviolabilidade do corpo humano. Sendo a morte o fim da pessoa humana, o cadáver, materialização que é da existência humana, transmuda-se em coisa, mas não no sentido civil, que permite a comercialização e sim “*extra-commercium*” com um sentido muito especial, sem deixar o homem esquecer “*quia pulveris est et in pulveris reverteris*”. É o representativo físico de uma existência, que conserva morfologicamente a imagem de uma pessoa, pelo menos para os familiares e amigos e que não pode ser violado. A personalidade já é etérea, e sua memória ficará sempre relacionada com aquele corpo.

Ayer de Oliveira,<sup>(166)</sup> já citado anteriormente, com idêntica sobriedade acadêmica, disciplina:

*“Para a viabilidade dos transplantes, surgiu a condição de consentimento do doador. O cadáver passou a ser visto como depositário de alternativa de suporte de uma outra vida. Percebe-se, então, importante mudança no valor do corpo humano: como material anatômico, seu uso para fins didáticos e/ou científicos passou a ter finalidade terapêutica. Mas, no âmbito da afetividade, o cadáver pertence à família, que trata das solenidades de luto e sepultamento. O cadáver não pode ser vendido, é inacessível aos negócios habituais – é res extra commercium. O corpo humano é de natureza extrapatrimonial”.*

Há, no entanto, uma ressalva no sentido de se permitir a disponibilidade dos órgãos do cadáver. O cadáver, que originariamente seria da pessoa morta,

que exercia sua autonomia com relação à sua destinação e posteriormente passou tal encargo para os familiares ou representantes, passa agora para o domínio público, sob a responsabilidade estatal. Almeida e Munõs<sup>(171)</sup> apresentam interessante dicotomia entre os interesses públicos e privados com relação ao cadáver. Fazem parte dos públicos: a) interesse científico; b) interesse didático; c) interesse higiênico e sanitário e d) interesse judicial. Os privados limitam-se ao terapêutico, caracterizado pela intenção de aproveitar órgãos de cadáver para fins de transplante. Esclarecem que “estas eventualidades são todas previstas em lei e o cadáver pode, legalmente, ser retirado da “posse da família” e entregue à tutela do Estado”.

O Decreto nº 2.268/97<sup>(172)</sup> não especifica o diagnóstico de morte encefálica e transfere para o Conselho Federal de Medicina estabelecer por resolução, adiantando, porém, que a confirmação da morte será feita por dois médicos, no mínimo, um dos quais com título de especialista em neurologia, reconhecido no país.

Referido decreto traz todo o procedimento médico para a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano e sua aplicação em transplantes, enxertos ou outra finalidade terapêutica, nos termos da Lei nº 9.434/1997.<sup>(45)</sup> Além disso, criou o Sistema Nacional de Transplante – SNT, sua estrutura, o órgão central e estaduais, as Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos - CNCDOs, assim como as autorizações a serem conferidas às equipes especializadas dos estabelecimentos de saúde, trata da doação propriamente dita, da disposição do corpo vivo, da retirada das partes e seu

procedimento, do consentimento do receptor para o transplante ou enxerto e dos prontuários médicos.

A Resolução nº 1.480/97,<sup>(173)</sup> do Conselho Federal de Medicina, nos seus três primeiros artigos, traça os critérios a serem observados para a declaração da morte encefálica:

“Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução.

Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida”.

O consentimento do receptor, da mesma forma do ofertado pelo doador, deve selar o ato. O transplante ou o enxerto só se realizará com o consentimento expresso do beneficiário, inscrito na lista única de espera, após tomar conhecimento da excepcionalidade da medida e dos riscos que poderão advir do procedimento. Se for juridicamente incapaz ou se as condições de saúde impedirem ou comprometerem a manifestação de vontade, o consentimento será suprido por um de seus pais ou responsáveis legais.

Finalmente, a Lei nº 9434/97,<sup>(45)</sup> carrega uma carga de condutas criminais e administrativas. São condutas dolosas, exigindo que o agente tenha pleno conhecimento do caráter ilícito do fato, mas, mesmo assim, propõe-se a praticá-lo.

O tipo penal do artigo 14 reza: “Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa”.

O núcleo do tipo, remover, que é o verbo designativo da conduta comissiva ou omissa, significa na sua origem latina, mover para trás, ajeitar para retirar algo de algum lugar, tirar, pegar, suprimir, apartar.<sup>66</sup> Seria a transferência que se faz de um determinado órgão de uma pessoa para outra. O legislador faz a nítida diferença entre pessoa e cadáver. No primeiro caso seria a remoção sem autorização de pessoa viva ou de seu representante legal. No segundo, sem o consentimento dos familiares ou representantes legais. A conclusão é que, tanto em um caso, como no outro, a conduta é realizada em desacordo com a lei especial.

Por se tratar de uma lei especial, cuidando exclusivamente de uma conduta humana, há relação de especialidade e, conseqüentemente, a lei especial afasta a incidência da norma geral. É a regra "*lex specialis derogat lex generalis*". O novo tipo penal passa a ser mais completo e atende prontamente à necessidade social. "Considera-se especial, adverte e ensina Toledo,<sup>(174)</sup> (*lex specialis*) a norma que contém todos os elementos da geral (*lex*

---

<sup>66</sup> Verbo latino removeo, removere.

*generalis*) e mais o elemento especializador. Há, pois, em uma norma especial um plus, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral".

O Código de Ética Médica,<sup>(3)</sup> a respeito do ato cirúrgico da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, apesar de não utilizar o verbo "remover", procedeu a substituição pelo verbo "retirar", ambos, no entanto, com o mesmo significado. É o caso da proibição da retirada de órgão de doador vivo quando for este incapaz, mesmo se tiver recebido autorização de seu representante legal, exceto nos casos regulamentados com o permissivo legal evidenciado.<sup>67</sup> O mesmo estatuto proíbe também a participação direta ou indireta do médico na comercialização de órgãos e tecidos humanos.<sup>68</sup>

O artigo 15 da referida lei, assim disciplina: "Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa".

O caráter ilícito do núcleo do tipo consiste em realizar atos de comércio (*res, pretius, consensus*) de compra e venda, como se os tecidos, órgãos ou partes do corpo humano fossem bens circulantes no comércio, com valor estipulado pelas regras da oferta e procura. São, no entanto, bens "*extra commercium*", insusceptíveis de qualquer entabulação negocial. Apesar de imperar o princípio da autonomia da vontade na teoria geral dos contratos, aqui incluído o de compra e venda que é uma das espécies, o objeto deve ser considerado lícito e permitido na legislação.

A liberdade contratual é um instrumento jurídico destinado a fazer circular a riqueza privada, autorizando a uma das partes a transmitir os bens de sua

---

<sup>67</sup> Artigo 45.

<sup>68</sup> Artigo 46.

propriedade e à outra a sua aquisição. Mas, o pressuposto básico para a realização do negócio jurídico é que o bem seja considerado comercialmente viável. É importante observar também que de nenhuma valia a entrega gratuita de órgãos a determinada pessoa para que seja realizado o transplante. A doação somente pode ser recebida e ter a chancela da legalidade se for feita diretamente às equipes especializadas dos estabelecimentos de saúde encarregados da notificação, captação e distribuição dos órgãos.

A responsabilidade criminal não fica centrada somente nas figuras dos agentes que praticaram a compra e venda, mas expande-se e é diluída entre aqueles que, direta ou indiretamente, promoveram, intermediaram, facilitaram ou auferiram qualquer vantagem com a transação, observando que o benefício referido na lei não é exclusivamente financeiro, pode ser qualquer outro, desde que acumule um ganho.

O artigo 16, assim preceitua: “Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa”.

O tipo penal é direcionado para os profissionais que realizam o transplante ou enxerto, sabendo, antecipadamente, que os órgãos, tecidos ou partes do corpo humano foram obtidos ilicitamente. Se o objeto fosse lícito, a figura do crime de receptação na modalidade dolosa, guardadas as proporções, teria total aplicação. A lei especial não previu a modalidade culposa, consistente em obrar o agente com imprudência, imperícia ou negligência. Tais figuras da culpa em sentido estrito não são alcançadas porque o transplante ou

enxerto somente poderá ser realizado com a consciência plena do profissional e a garantia maior é a presunção de lisura e legalidade da conduta médica. A equipe médica é credenciada para tanto e há um procedimento que deve ser obedecido rigorosamente em todas as suas fases. Não há, portanto, como o profissional questionar a ilegalidade do ato.

O artigo 17, assim disciplina: “Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa”.

A incidência penal busca responsabilizar não aquele que realiza o transplante, mas sim o que recolhe, transporta, guarda ou distribui partes do corpo humano, com a plena convicção de que foram obtidas de forma espúria. O legislador utilizou-se de quatro verbos para designar a multiplicidade das ações praticadas por aquelas pessoas que, apesar de não realizarem a conduta apenada mais gravemente, desenvolvem outras atividades desencadeadoras do transplante ilegal. O simples fato de ter sido o agente flagrado em qualquer uma das ações descritas caracteriza o delito. Também não há que se falar em modalidade culposa, pois quem age dessa forma, tem plena consciência da ilicitude de seu ato. São condutas preparatórias, isoladas e independentes das demais descritas nesta lei.

Reza o artigo 18: “Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos”.

O proibitivo legal faz referência ao parágrafo único do artigo 10, que anuncia: Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.

Dois são os objetivos do legislador em tutelar o interesse do receptor. O primeiro deles alcança o juridicamente incapaz (compreendem os absolutamente<sup>69</sup> e os relativamente incapazes<sup>70</sup>).<sup>(12)</sup> O segundo é que, mesmo sendo capaz na vida civil, em razão de ter sido acometido por alguma doença, encontra-se impedido de manifestar sua livre manifestação de vontade.

Nas duas situações há necessidade de suprir o consentimento, figurando a autonomia da vontade como fator preponderante para a realização do ato cirúrgico. Tal responsabilidade é transferida a um dos pais. Pode ocorrer, no entanto, que um deles não venha a consentir, por entender que o procedimento acarrete riscos para a vida do filho. Um vez que o legislador não exigiu a conjugação da vontade de ambos, prevalece a vontade de quem autorizou. Também tem legitimidade o responsável legal pelo incapaz. Se forem dois, da mesma forma que a anterior, prevalece o interesse de quem autorizar. Se, por ventura, o incapaz não tiver pais, representantes legais, a autorização poderá ser suprida judicialmente.

O artigo 19, por sua vez, determina: “Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados:

---

<sup>69</sup> Artigo 3º.

<sup>70</sup> Artigo 4º.



Pena - detenção, de seis meses a dois anos”.

O respeito aos mortos é um sentimento que remonta a própria história do homem. “Os mortos eram tidos como entes sagrados, comenta Coulanges.<sup>(36)</sup> Os antigos davam-lhes epítetos mais respeitosos que pudessem imaginar; chamavam-nos bons, santos, bem aventurados. Tinham por eles toda a veneração que o homem pode ter pela divindade a quem ama e teme. No pensar deles, cada morto era um deus”. Freud recomendava que deveria ser olhado com admiração o cadáver porque alguém que ali habitou, levou a cabo uma tarefa muito difícil.

O crime em questão tutela o sentimento de respeito aos mortos, principalmente aos familiares do “*de cuius*”, que nutrem por ele o afeto de toda uma vida. “Cadáver, na clara definição de Bitencourt,<sup>(175)</sup> é o corpo humano sem vida, embora se possa acrescentar que o é enquanto conserva a aparência humana; os restos dele em completa decomposição ou mesmo suas cinzas não são parte do cadáver, como os escombros de uma construção destruída ou demolida podem ser considerados como tais”. Daí que o natimorto assim como o feto, se não atingirem a maturidade suficiente para sua expulsão, ou por não terem vida extra-uterina, não são considerados cadáveres. Mas os restos mortais são também protegidos pela lei. Se, por ventura, o órgão público encarregado da disciplina administrativa e guarda dos restos mortais, por qualquer ato injustificável, deixar de cuidar de forma conveniente, perdendo-os, os parentes do “*de cuius*” poderão acionar a Justiça pleiteando uma indenização moral, uma vez que não terão o local apropriado para a guarda dos restos mortais, onde habitualmente são feitas as visitas e preces.

A “*ratio legis*” no crime ora apontado ocorre quando o cadáver foi submetido a algum procedimento para extração de órgãos ou até mesmo médico-legal e o profissional responsável não o devolve com o aspecto condigno, isto é, com sua normal aparência humana, para que seja enterrado e assim seja lembrado pelos familiares e amigos. Da mesma forma é punido o profissional que não devolve o cadáver, sem motivo justificado, é claro, ou retarda sua entrega aos familiares. Em ambas ações, fica configurado o ilícito que tem como sujeito passivo os familiares do morto.

Finalmente, o artigo 20, dispõe: “Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11:

Pena - multa, de 100 a 200 dias-multa”.

O texto legal faz remissão ao artigo 11 da já referida lei, que assim disciplina a veiculação da comunicação social a respeito de transplantes e enxertos:

“É proibida a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social, de anúncio que configure:

- b) publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades;
- c) apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada, identificada ou não, ressalvado o disposto no parágrafo único;
- d) apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares.

Parágrafo único. os órgãos de gestão nacional, regional e local do Sistema Único de Saúde realizarão periodicamente, através dos meios adequados de comunicação social, campanhas de esclarecimento público dos benefícios esperados a partir da vigência desta Lei e de estímulo à doação de órgãos”.

O princípio que rege a doação de órgãos é o da solidariedade humana, quando o homem ajuda o próprio homem, independentemente de conhecê-lo. É o ato mais condizente com o espírito cristão que apregoa o respeito e o amor ao próximo.

A lei proíbe terminantemente a divulgação, a título de propaganda, dos estabelecimentos médicos autorizados a realizar transplantes e enxertos, assim como o apelo público para doação à pessoa identificada ou não e até mesmo apelo para arrecadação de fundos para financiamento da atividade. Sendo um empreendimento eminentemente público, somente os órgãos encarregados da gestão desta tarefa terão legitimidade para realizar campanhas de esclarecimento público e estímulo à doação de órgãos.

Nenhuma propaganda, nenhuma campanha poderá ser encetada se não contar com a iniciativa dos órgãos de gestão do programa. Elimina-se, desta forma, a projeção comercial do estabelecimento de saúde e da equipe médica, que poderão ser desautorizados temporária ou definitivamente de suas atividades pelas autoridades competentes.

Uma questão que merece encarte é a respeito dos recém-nascidos anencéfalos como doadores de órgãos. A malformação que acomete os anencéfalos retira deles os hemisférios cerebrais e os tecidos do crânio,

juntamente com o tronco encefálico. Daí a expectativa de vida é por demais limitada e a morte, por questões de horas, é certa. Muito já se falou a respeito do tratamento médico isonômico que deve ser dispensado da mesma forma para todas as pessoas, em cumprimento ao princípio da dignidade humana. A criança que nasce acometida deste mal incurável merece o mesmo respeito e tratamento que seriam direcionados à que nasceu com saúde. Não se mede o homem pelo seu “*status*” de saúde. “A defesa da dignidade da vida dos anencéfalos, enfatiza D’agostino, enquadra-se no âmbito maior da defesa da dignidade da vida de todos os seres humanos portadores de deficiências mentais, das menos às mais graves.”<sup>(57)</sup>

O fato de ter a criança nascido com anencefalia, não quer dizer, por si só, como muitos pretendem, que seja ela doadora universal. A ausência dos hemisférios cerebrais não significa a decretação da morte encefálica. Por menos tempo que a criança tenha vivido, assumiu sua personalidade humana e passa a ser tutelada pela lei, como qualquer outra. De nenhuma valia a aplicação do princípio de solidariedade recíproca como um dever de utilização de órgãos de um recém-nascido morto.

Como a legislação trata de doação, não é permitida a utilização de órgãos sem que haja o consentimento dos genitores, responsáveis em razão do vínculo de parentesco. O Conselho Federal de Medicina, chamado a decidir sobre o tema,<sup>(176)</sup> estabeleceu por resolução:

**Art. 1º** Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.

**Art. 2º** A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento.

Observa-se que a intenção do Conselho Federal de Medicina foi exigir a autorização dos pais, obtida formalmente no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento. Nos demais casos de doação, não se estabelece o prazo com antecedência. Mas, em se tratando de anencefalia, em razão da exiguidade do tempo de vida, faz-se necessário o consentimento aprazado. Isto, no entanto, não quer dizer que deva ser apressada a morte do doador anencéfalo. O princípio anglo-saxônico “*dead donor rule*” deve ser obedecido de forma rigorosa, exigindo a decretação médica da falência da atividade encefálica.

**14. A AUTONOMIA DA VONTADE  
COLEGIADA REPRESENTADA  
PELOS MEMBROS DOS COMITÊS  
DE ÉTICA EM PESQUISA - CEPs**

---

#### **14. A AUTONOMIA DA VONTADE COLEGIADA REPRESENTADA PELOS MEMBROS DOS COMITÊS DE ÉTICA EM PESQUISA CEPs**

O homem é um ser em constante evolução. Desde quando se conscientizou de sua capacidade de pensar, passou a ser um pesquisador de si mesmo, de seu próprio grupo social, de seu ambiente, procurando sempre novos caminhos que possam facilitar sua empreitada terrena. Os avanços em todas as áreas foram se multiplicando e com eles a humanidade foi se adaptando, muitas vezes com tempo diminuto para absorver determinada criação que carrega uma utilidade social, pois, na sequência, outra se apresentava mais aperfeiçoada. Desta forma, não só o homem, mas também tudo ligado diretamente à sua vida, evolui.

A natureza, pelo contrário, já se apresenta como um bem inatingível, estático pela sua própria essência, pois se o homem pretender cerceá-la e sujeitá-la ao seu controle, responderá com agressão, que nada mais é do que sua defesa legítima. Daí porque, originariamente, quando do nascedouro da bioética, cogitou-se em primeiro lugar em privilegiar a preservação da natureza, “*habitat*” do homem e fonte de onde extrai seu “*bios*”. Em outras palavras, seria a integração do homem ao seu meio natural, com a consciência da responsabilidade de cuidador.

Rousseau,<sup>(177)</sup> após ter sido festejado em Londres, o orgulhoso cidadão de Genebra foi proibido de retornar ao seu país e teve suas duas obras principais, “O Contrato Social” e “Emílio” queimadas em praça pública. Era partidário da evolução intelectual do homem, das ciências e da observação da

natureza, que, segundo ele, proporciona as novas descobertas da indústria humana. Já profetizava com certa satisfação a evolução da ciência médica. E, em seu exílio na montanha, assim se posicionou:

“Não sei se a arte de curar foi descoberta ou se o será algum dia. O que sei é que ela não está fora da natureza. É tão natural que um homem se cure quanto que ele caia doente; ele pode tanto se curar quanto morrer subitamente. Tudo que se poderá dizer sobre certas curas é que são surpreendentes, mas não impossíveis. Como provareis, então, que são milagres? Confesso, entretanto, que há coisas que muito me espantariam se eu as testemunhasse: não tanto para ver andar um manco, mas por ver andar um homem que não tenha pernas, não tanto por ver um paralítico mover o braço quanto por ver um homem que só tem um, voltar a ter dois. Isso me espantaria ainda mais, confesso, do que ver um morto ressuscitar, pois, enfim, um morto não pode estar morto”.<sup>(178)</sup>

A evolução na área biomédica exige a realização de pesquisas em seres humanos e, com a promoção do princípio da dignidade, passou a carregar em seus braços uma preocupação ética, reclamando uma regulamentação condizente para que o homem seja visto como sujeito de pesquisa e não meramente um objeto, uma cobaia, como demonstraram as experiências nazistas e japonesas durante as guerras mundiais. Apesar dos alemães terem respondido a processos e muitos deles condenados pelo Julgamento de Nuremberg, os japoneses foram beneficiados pelos americanos que se aproveitaram dos resultados das suas pesquisas envolvendo armas biológicas. Não é difícil acreditar que as experiências produzidas nas “cobaias humanas”



trouxeram um dividendo para a comunidade científica da época, que a tudo assistia de forma inerte.

“A questão que esses dois casos levanta, de acordo com a avaliação de Martin, é se estes acontecimentos são aberrações, fruto de momento de guerra quando as regras de decência e respeito pela dignidade do ser humano e sua vida tendem a ser enfraquecidos, ou, se não são exemplos extremos de um comportamento amplamente espalhado na comunidade científica. Alguns querem crer que as experiências conduzidas pelos nazistas e pelos japoneses eram apenas episódios infelizes na história das ciências biomédicas, mas as evidências apontam para a segunda tese, sendo exemplos extremos de um tipo de comportamento se não aprovado, pelo menos tolerado por um número expressivo de pesquisadores durante uma boa parte do século XX”.<sup>(179)</sup>

Os problemas éticos que foram surgindo ao longo das experiências realizadas em seres humanos consistiram em impor limites na própria pesquisa, visando não expor os colaboradores a riscos e danos desnecessários e sim atingir uma situação de equilíbrio, onde os riscos devem ser examinados de acordo com os benefícios que se pretende atingir, levando-se em consideração sempre a dignidade do ser humano. Daí que o senso ético humanitário criou a limitação ética do desenvolvimento tecnocientífico. Permitiu a realização de pesquisas envolvendo seres humanos como sujeitos colaboradores espontâneos, porém, com regras seguras para sua participação.

No ano de 1995, o Conselho Nacional de Saúde, antevendo a necessidade de estabelecer regras a respeito das pesquisas com participação de seres humanos, aprovou as “Diretrizes e normas regulamentadoras de

pesquisas envolvendo seres humanos”, consubstanciadas na Resolução CNS nº 196/96. O foco principal da legislação é realizar a avaliação e adequação dos aspectos éticos dos projetos que envolvem seres humanos. Cria, na mesma oportunidade, os Comitês de Ética em Pesquisa (CEPs) e a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Enquanto o primeiro órgão é de instância inferior, regionalizado, responsável pela aprovação inicial dos aspectos éticos de uma pesquisa, o segundo, em instância superior, colegiado, de natureza consultiva e deliberativa, vinculado ao Conselho Nacional de Saúde, tem por missão apreciar, aprovar e homologar os projetos de pesquisas encaminhados pelos CEPs.<sup>(11)</sup>

A Resolução, além de atender a segunda versão da Declaração de Helsinque, editada em 1975, explicitou o eixo temático da bioética e, em seu preâmbulo, sinalizou: “Esta Resolução incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades os quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, entre outros, e visa assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado”. Assim, questões como reprodução assistida, manipulação genética de células procriativas, transplante de órgãos e tecidos humanos, esterilização, aborto, eutanásia, ortotanásia e várias outras pesquisas e temas relacionadas com a saúde e vida do homem participarão do palco comunitário de discussões e decisões, levando sempre em consideração o prestígio à atividade científica e à dignidade da pessoa humana.

O Comitê de Ética em Pesquisa procura agregar os mais diferentes segmentos da comunidade, recrutando médicos, psicólogos, juristas, religiosos,

bioeticistas, cientistas, pessoas que exerçam lideranças na comunidade, pacientes e quaisquer outros que tenham condições de fazer uma leitura atrelada à conveniência do ser humano. Assim como os jurados são escolhidos dentre cidadãos de notória idoneidade<sup>71</sup> para a execução de um serviço público relevante, sem qualquer remuneração, os membros do Comitê serão recrutados de acordo com sua competência e projeção em sua área de saber para desenvolver um trabalho gratuito, também revestido de relevância social.<sup>(2)</sup>

Assim, cada instituição que realizar pesquisas terá obrigatoriamente seu núcleo de apreciação dos projetos a serem desenvolvidos, de acordo não só com o pensamento bioético abrangente, mas também tendo como escopo a relevância local. Muitas vezes um determinado projeto tem uma repercussão regional muito mais acentuada do que em outra e aí o Comitê é chamado para definir a respeito da conveniência ou não do estudo. Embora as tarefas dos Ceps sejam ainda desconhecidas pela sociedade, que por falta de informação e divulgação não tem acesso a essa importante função pública, as decisões ali tomadas, quer sejam aprovando determinado estudo, quer sejam rejeitando, são representativas dos anseios da sociedade local, que, de certo forma, outorgou aos participantes poderes para deliberar em seu nome.

As análises das pesquisas envolvendo novos medicamentos e procedimentos de saúde devem seguir rigorosamente uma peregrinação cartorária. O projeto, encaminhado para o Cep da instituição de saúde, será distribuído a um relator que irá avaliá-lo e emitirá seu voto ou parecer a respeito dos aspectos éticos da pesquisa. Os demais conselheiros, todos eles

---

<sup>71</sup> Artigo 436 do Código de Processo Penal.

recrutados de diversas áreas da comunidade, sem qualquer remuneração, adotam ou não a conclusão do relator. Pode acontecer, também, que o projeto encontra-se incompleto e se transformará em diligência, para que seja sanada a pendência pelo pesquisador. Satisfeita a exigência, é encaminhado para a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), que, por sua vez, após uma análise técnica do projeto, distribuirá a um relator para emitir seu parecer e sujeitá-lo ao plenário. O colegiado terá três opções: a) reprovar de plano o projeto; b) aprová-lo, sem recomendação; c) reenviar o projeto ao pesquisador para realizar alterações consideradas necessárias. Com o retorno do projeto que, às vezes, é acompanhado de pareceres técnicos, será novamente submetido à apreciação do plenário. Sendo aprovado o projeto, geralmente num prazo de quatro meses, o pesquisador dará início à pesquisa, buscando os voluntários que satisfaçam o perfil clínico necessário.

É de bom alvitre comparar as funções exercidas pelos membros do CEP com as do Conselho Tutelar. Este, segundo a definição legal, é um “órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente”,<sup>72</sup> composto por cinco membros, escolhidos pela comunidade para mandato de três anos, com previsão de remuneração que ficará por conta de lei municipal. Não só. O cidadão que exercer efetivamente a função de conselheiro prestará um serviço público relevante e “estabelecerá a presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo”<sup>73</sup>.<sup>(21)</sup>

---

<sup>72</sup> Artigo 131.

<sup>73</sup> Artigo 135.

Ambos os órgãos exercem um múnus público, representativo da vontade coletiva, com a ressalva de que no Conselho Tutelar os participantes são eleitos pela comunidade e remunerados. “*De lege ferenda*”, tal critério e benefício poderiam ser estendidos aos colaboradores dos CEPs, medida que divulgaria o alcance social de tarefa tão ingente e incentivaria a sociedade a participar de discussões a respeito de assuntos de seu interesse. Se o cumprimento das normas dos direitos das crianças e adolescentes é primordial para a sociedade, as discussões a respeito da vida e das pesquisas “*anima nobile*”, da mesma forma, ganham importância desmedida. A profissionalização do Comitê de Ética em Pesquisa, no sentido de que os conselheiros sejam remunerados, é defendida pelo coordenador do núcleo de pesquisa em câncer da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Eduardo Cortês.<sup>(179)</sup>

Na era regida pelo pensamento bioético, nada mais justo que o envolvimento social esteja presente em todas as ações que produzem mudanças na vida humana. Afinal, se o homem é o senhor de suas ações, se é detentor de uma volição que coordena seus desígnios, com maior razão ainda o agrupamento humano, por seus legítimos representantes, definir os instrumentos que irão balizar a vida em comum.

A autonomia dos CEPs vem registrada não só pela manifestação isolada de um membro seu, mas também pela decisão colegiada, definidora do pensamento ético e conveniente para determinada proposta de pesquisa. O voto individualizado, mesmo que seja vencido, com o devido registro em ata, é o demonstrativo da liberdade de definir em nome alheio. O crivo de admissibilidade de um determinado projeto passa, em primeiro lugar, pela

apreciação individual, onde se confronta com a ética pessoal e, em segundo, numa apreciação mais globalizada, buscando a conveniência da população, visa atingir uma decisão que corresponda à vontade popular. É um caminhar constante para encontrar a ética que satisfaça os interesses sociais da comunidade.

Ocorre, no entanto, que a população se ausenta do centro de discussões a respeito de questões que sejam relevantes para o seu desenvolvimento como cidadãos, ausência essa plenamente justificável pelo desconhecimento da existência do Comitê, e também pela falta de informação acompanhada do baixo nível cultural e, assim, muitas decisões são tomadas sem que sejam ouvidos os interessados. É certo que a representatividade delegada aos membros dos CEPs é legítima e confere a eles competência para discussão e definição. Porém, seria mais aconselhável e participativo se o comprometimento social se debruçasse sobre os assuntos que tocam o interesse comum e apresentasse uma deliberação coletiva.

Se assim não for, os membros dos CEPs continuarão com a legitimidade de decisão, mas não terão a retaguarda do pensamento popular. E é justamente esse núcleo que a Resolução CNS nº 196/96<sup>(11)</sup> pretende atingir. Quando, propositadamente, incluiu outros profissionais e vários segmentos representativos, deixou bem claro que a decisão deve vir revestida do “*placet*” daqueles que são os destinatários dos trabalhos científicos de pesquisa.

Este pensamento também orienta o legislador constitucional que balizou suas ações em torno da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade que seja justa, livre e solidária. E, com ênfase esclarecedora,

quando estabeleceu as diretrizes para o Sistema Único de Saúde, assim definiu:

“A ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: III- participação da comunidade”.<sup>74(2)</sup>

A comunidade a que se refere a Lei Maior não é aquela composta somente por profissionais de uma determinada área e sim o envolvimento popular, compreendido pela multidadania. A legitimidade das decisões terá força inquestionável quando contar com a anuência da sociedade, desde o mais letrado até o que se apresenta como o mais humilde em conhecimento. É o efeito da democratização, onde o povo se apresenta como o detentor do poder originário e o exerce pessoalmente ou outorga a outros para exercerem a representatividade. Mesmo nesse caso, não se exige a participação da comunidade, que deve se manifestar a respeito e repassar sua decisão aos representantes.

O que se percebe na prática do exercício de decisão do Comitê é um distanciamento popular, em razão do desconhecimento das tarefas cometidas e suas repercussões na vida social e individual. Exige-se uma postura de informação e conscientização popular para que a comunidade saiba da existência do órgão representativo e suas relevantes funções. As propostas de pesquisas visam atingir não só o doente, mas também a doença que grassa no meio popular. Nada mais perfeito do que buscar nesse local a anuência do cidadão.

---

<sup>74</sup> Artigo 198, inciso III da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

---



## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O homem, após o nascimento com vida, adquire a personalidade civil e sua autonomia de vontade acompanhada de todos os atributos para bem desenvolver sua vida. A pessoa, tutelada pelo princípio da intangibilidade humana que a acompanha desde quando começou a bradar pelo respeito à sua integridade física, passa a ser um ente devidamente tutelado pelo Estado para que possa se relacionar com os demais e cuidar de sua realização de vida.

O homem, dentro de sua racionalidade, procura se organizar de forma inteligente visando buscar o espaço que lhe for mais propício e conveniente; busca luzes no pensamento bioético e encontra respaldo no biodireito para se autodefinir diante das inovações introduzidas pela biotecnologia e biotecnociência.

De todo o instrumental legislativo apresentado no trabalho, conclui-se que o homem é a razão suprema da normatização. Como pessoa singular é contemplado com uma série de direitos e deveres e como ente coletivo, da mesma forma, subordina-se às regras estabelecidas pelo grupo social. É o caminho para sua realização pessoal e harmonização do meio em que vive. Os princípios da dignidade e da liberdade se entrelaçam para estreitar o relacionamento proclamado na Lei Maior.

Nem sempre, porém, a autonomia volitiva predomina e muitas vezes faz o homem recuar em suas convicções, forçando-o a acatar um outro pensamento imposto pela lei ou pelas regras éticas de conduta. Quando há colidência entre o bem maior tutelado e a autonomia da vontade da pessoa, prevalece a regra

tuteladora coletiva, calcada no princípio da proporcionalidade. De regra, a pessoa se julga com o direito total e absoluto com relação à sua vida, ao seu corpo, mas a realidade que se apresenta é totalmente contrária.

Basta ver que a pessoa não pode utilizar suas próprias células-tronco adultas em autotransplante se não tiver a aprovação do procedimento pela CONEP. Da mesma forma, se for capaz, somente poderá doar órgãos “*in vita*” para fins terapêuticos ou para transplante em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau. Para qualquer outra pessoa, deverá obter autorização judicial, justamente para se evitar a comercialização paralela de estruturas humanas. Igualmente, não poderá dispor de seus órgãos “*post mortem*”, missão que ficará ao cônjuge ou parentes até o segundo grau.

A liberdade apregoada com relação à autonomia do paciente, regida pelo princípio da autodeterminação, no novo Código de Ética Médica é relativa, pois poderá colidir com direito outro, mais relevante e de maior importância ao qual o profissional da saúde deverá se apegar. A eutanásia, por exemplo, pode ser a opção resultante da volição do paciente, mas não é um padrão ético e moral que deve obrigatoriamente ser seguido pelo médico. Pode-se entender a autonomia como a vontade do paciente em poder se manifestar após as exclusões das restrições, mas jamais como poder absoluto e determinante de um procedimento profissional.

Há caso, no entanto, em que a autonomia da vontade se desenvolve com perfeição, observando somente as restrições impostas pelo legislador. Nesses, fica evidenciado que o tema foi já analisado pela comunidade anteriormente e levado para uma definição legal, que fixa as regras de permissibilidade.

Mas, em todo processo evolutivo que exige uma mudança no pensamento social, uma certeza foi conquistada. A pessoa passa a frequentar a esfera de decisões a respeito de sua saúde e vida, tornando-a um verdadeiro sujeito ativo e participativo, com expressivo voto de aceitação ou rejeição das propostas científicas apresentadas pela biotecnociência e da biotecnologia. É um grande passo para a valorização do homem e a consolidação da sua vontade, ideal contido no pensamento bioético.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Beauchamp TL, Childress JF. Principles of biomedical ethics. 5th Ed. USA: Oxford University Press; 2001.
2. Toledo Pinto AL, Vaz dos Santos MC, Céspedes L. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal. 5ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2009.
3. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931, de 24 de setembro de 2009, retificada em 13 de outubro de 2009. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm). Acessado em: 06/07/2010.
4. Brasil. Lei Federal nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm) Acessado em: 05/07/2010.
5. Brasil. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm). Acessado em: 06/07/2010.
6. Brasil. Lei Federal 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm). Acessado em: 05/07/2010.

7. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.805, de 9 de novembro de 2006 Disponível em: [http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=6640&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1805&situacao=VIGENTE&data=09-11-2006#anc\\_integra](http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=6640&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1805&situacao=VIGENTE&data=09-11-2006#anc_integra). Acesso em: 06/07/2010.
8. Del Claro JC, Cabral de Andrade MG. Por que respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue. Sociedade Torre de Vigia de Bíblias, Tratados-Brasil; 1999.
9. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.652, de 05 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.brasilsus.com.br/legislacoes/resolucoes/14379-1652>. Acessado em: 05/07/2010.
10. Brasil. Lei Federal nº 10.211, de 23 de março de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10211.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10211.htm). Acessado em: 06/07/2010.
11. Brasil. Resolução CNS nº 196/96. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/res19696.htm>. Acessado em: 06/07/2010.
12. Toledo Pinto AL, Vaz dos Santos MC, Céspedes L. Código Civil Brasileiro. 39ed. São Paulo: Saraiva; 2009.
13. Silva DP e. Vocabulário jurídico. Atualizado: Slaibi Filho N, Carvalho G. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2006.

14. Gomes O. Introdução do direito civil. 8ed. Rio de Janeiro: Forense; 1986.
15. Reale M. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva; 2005.
16. Bíblia Sagrada. Disponível em: <http://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/2>.  
[Acessado em: 05/06/2010](#).
17. Krauss H. O Paraíso: de Adão e Eva às utopias contemporâneas. Tradução: Viaro ME. São Paulo: Globo; 2006.
18. Muraro RM. Os avanços tecnológicos e o futuro da humanidade: querendo ser Deus? Rio de Janeiro: Vozes; 2009.
19. Martines Moran N. Los derechos humanos como limite a la libertad em las investigaciones biomédicas. Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos. Biblioteca de derecho y ciencias de La vida. Granada: Editorial Comares; 20087.
20. Brasil. Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/163967/lei-11804-disciplina-o-direito-a-alimentos-gravidicos-e-a-forma-como-ele-sera-exercido>. Acessado em: 05/06/2010.
21. Brasil. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acessado em: 05/06/2010.
22. Namba ET. Manual de bioética e biodireito. São Paulo: Atlas; 2009.

23. 3º Grupo Cível do TJRS. Proc. nº 70026431445. Disponível em: [www.espacoovital.com.br/noticia](http://www.espacoovital.com.br/noticia). Acessado em: 14/05/2010.
24. Bassuma L, Martini M. Projeto de Lei nº 478/2007. Disponível em: <http://miguelmartini.com/mandato/proposicoes/ver.php?id=2>. Acessado em: 05/07/2010.
25. Scott CT. Stem cell now: from the experience that shook the world to the news politics of live. New York: Pearson Education; 2006.
26. Oliveira Junior EQde. O início da vida, segundo o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acessado em: 12/09/2008.
27. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewArticle/104>. Acessado em: 18/02/2010.
28. Artigas M. Filosofia da natureza. Tradução: Oliveira e Silva JE de. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”; 2005.
29. Engelhardt Junior HT. Fundamentos da Bioética. Tradução: Ceschin JA. São Paulo: Edições Loyola; 2004.
30. Canotilho JJG. Direito Constitucional. 7ed. Portugal: Livraria Almedina; 2003.
31. Casaubon HA. Nociones generales de lógica y filosofía. Buenos Aires: Educa; 2006.



32. Revista Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina 2009; 17(3).
33. Veatch HB. O homem racional. Tradução: Alves EF. Rio de Janeiro: Topbooks Editora e Distribuidora de Livros; 2006.
34. Pufendorf S. O dever do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural. Tradução: Alves EF. Rio de Janeiro: Topbooks Editora e Distribuidora de Livros; 2007.
35. Kant I. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução: Quintela P. São Paulo: Abril Cultural; 1980.
36. Coulanges F de. A cidade antiga. São Paulo: Editora Martin Claret; 2003.
37. Hart HLA. O conceito de direito. Tradução: Sette-Câmara AO. São Paulo: Fontes; 2009.
38. Hobbes T. Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: Monteiro JP, Nizza MB. São Paulo: Abril Cultural; 1979.
39. Aristóteles. Ética a Nicômaco. Os Pensadores. 4ed. Tradução: Vallandro L, Bornhein G. São Paulo: Abril Cultural; 1973.
40. Revista Veja. O avanço dos tradutores digitais. 2163ed. São Paulo: Editora Abril; 2010 maio 05. 43(18):126.
41. Darnton R. A questão dos livros: passado, presente e futuro. Tradução: Pelizzari D. São Paulo: Companhia das Letras; 2010.

42. Marinheiro V. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/ciência/fe17082010.htm](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciência/fe17082010.htm). Acessado em: 17/08/2010.
43. Rawls J. O direito dos povos. Tradução: Borges LC. São Paulo: Martins Fontes; 2004.
44. Marina JA. O quebra-cabeça da sexualidade. Tradução: Pereira DA. Rio de Janeiro: Guarda-Chuva; 2008.
45. Brasil. Lei Federal nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm). Acessado em: 05/07/2010.
46. Yourcenar M. Memórias de Adriano. Tradução: Calderaro M. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; 2005.
47. Szaniawski E. Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 1998.
48. Oliveira Leite E. Procriações artificiais do direito (aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos). São Paulo: Editora dos Tribunais; 1995.
49. Espinosa B. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural; 1979.
50. Damásio A. Em busca de Espinosa. Prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo: Companhia das Letras; 2004.

51. Oliveira Júnior EQde. Anencefalia nos tribunais. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC; 2009.
52. Matos MdeB. Justiniano I, Imperador do Oriente. Instituições de Justiniano: origem do direito brasileiro. Tradução: De Souza SR, Marques D. São Paulo: Ícone; 1999.
53. Adorno TW. Dialética negativa. Tradução: Casanova MA. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; 2009.
54. Acquaviva MC. Notas introdutórias à ética jurídica. São Paulo: LTr; 2007.
55. Leone S, Privitera S, da Cunha JT. Dicionário de Bioética. Editorial Perpétuo Socorro: Editora Santuário; 2001.
56. Suannes A. Justiça & caos. Curitiba: Instituto Memória; 2008.
57. D'agostino F. Bioética, segundo o enfoque da filosofia do direito. Tradução: Raboline L. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos; 2006.
58. Nietzsche FW. Humano, demasiado humano. 1ed. São Paulo: Abril Cultural; 1978.
59. Houaiss A. Dicionário eletrônico da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Objetiva; 2009.
60. Dawkins R. O maior espetáculo da terra: as evidências da evolução. Tradução: Motta LT. São Paulo: Companhia das Letras; 2009.
61. Revista Science. The Nandertal Genome. v328, 2010 maio 07.

62. Brasil. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acessado em: 05/07/2010.
63. Regan T. Encyclopedia of bioethics. New York: Macmillan Ed. Reich; 1995.
64. Diniz MH. O Estado Atual do Biodireito. 3ed. São Paulo. Editora Saraiva; 2006.
65. Segre M, Cohen C. Bioética. 3ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; 2002.
66. Garrafa V, Kottow M, Saada A. Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano. Tradução Pudenzi LM, Campanário NN. São Paulo: Gaia; 2006.
67. De Sá AL. Ética profissional. São Paulo: Atlas; 2007.
68. Pessini L, Barchifontaine CP. Bioética: uma nueva filosofia de la salud. Boletín de La Oficina Sanitaria Panamericana 1990; 108(5-6):600.
69. Luna F, Salles A. Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica; 2008.
70. Moraes A. Direito constitucional. 23ed. São Paulo: Atlas; 2008.
71. Rawls J. Uma teoria da justiça. Tradução: Pissetta A, Esteves LMR. 2ed. São Paulo: Martins Fontes; 2002.

72. Ferraz MB. Obama e a reforma da saúde. *Jornal Folha de São Paulo* 2010 Abril 02; Sec. Tendências/Debate p. 3.
73. Costa AC, Martins Filho IGdaS. Encíclicas do Papa João Paulo II: o profeta do ano 2000. São Paulo: LTR Editora; 2003.
74. Reinach F. A longa marcha dos grilos canibais e outras crônicas sobre a vida no planeta Terra. São Paulo: Companhia das Letras; 2010.
75. Mello DRde, Coutinho AA, Santos GFdos, Cavalcante de Araújo TC. Bioética e Vigilância Sanitária. Análise bioética do papel do estado na garantia ao acesso ao medicamento. Brasília: Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; 2007.
76. Brasil. Lei Federal nº. 9.787, de 10 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.cff.org.br/userfiles/file/leis/9787.pdf>. Acessado em: 06/07/2010.
77. Brasil. Lei Federal nº. 6.360, de 23 de setembro de 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6360.htm). Acessado em: 07/10/2010.
78. Brasil. Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10.741.htm>. Acessado em: 05/07/2010.
79. Pessini L, Barchifontaine CPde. Problemas atuais de bioética. 7ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola; 2005.

80. Brasil. Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm). Acessado em: 05/07/2010.
81. Kottow M. Justicia sanitária em la escasez. Cad Saúde Públ 1999; 19:(1Suppl):43s-50s.
82. Castro E. Vocabulário de Foucault – um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Tradução Xavier IM. Belo Horizonte: Autêntica Editora; 2009.
83. Organização Mundial de Saúde. Constituição OMS de 22/07/1946. Disponível em: <http://www.promocaodesaude.unifran.br/docs/ConstituicaodaWHO1946.pdf>. Acessado em: 07/07/2010.
84. Rehem de Souza R. A saúde também pede mais. Jornal Folha de São Paulo, de 11 de maio de 2010. p. A3.
85. Oliveira Júnior EQde. A ética, a bioética e os procedimentos com células-tronco. RELAMPA Rev Bras Latino-americana de Marcapasso e Arritmia 2006; 19(2):105-109.
86. Moser A. Biotecnologia e bioética: para onde vamos? Petrópolis: Vozes; 2004.
87. Costa SIF, Oselka G, Garrafa V. Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 1998.

88. Freire de Sá MF, Oliveira Naves BT. Manual de biodireito. Belo Horizonte: Del Rey; 2009.
89. Brasil k. Juíza proíbe interrupção de tratamento de criança ianomâmi em hospital. Jornal Folha de São Paulo 2009 Abril 17. Disponível em: [www.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1704200916.htm](http://www.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1704200916.htm). Acessado em: 17/04/2009.
90. Fortes PAC. O consentimento informado na atividade médica e a resposta dos tribunais. Rev Justiça Democracia 1996; (2):185-97.
91. Convenção para a Proteção do Ser Humano Face às aplicações da Biologia e Medicina; 2001. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Xo0pnPPqVMg:www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html+Conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+direitos+humanos+e+biomedicina+do+Conselho+da+Europa&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acessado em: 10/07/2010.
92. Revista Veja. Ajuda para morrer. 2162 ed. Editora Abril 2010; 43(17).
93. Estado de São Paulo. Lei nº 10.241 de 17 de março de 1999. Disponível em: [http://www.amigasdoparto.org.br/2007/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=109](http://www.amigasdoparto.org.br/2007/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=109). Acessado em: 05/07/2010.

94. Aguiar M. Morte desejada: um estudo sobre a anorexia juvenil. Carta Forense 2009; p. b19. [www.cartaforense.com.br](http://www.cartaforense.com.br)
95. Rousseau JJ. Do contrato social ou princípios do direito político. Tradução: Machado LS. São Paulo: Abril Cultural; 1973.
96. Puig S. Introducción a las bases del derecho penal. Barcelona: Bosch; 1976.
97. Teles NM. Direito penal: parte especial. São Paulo: Atlas; 2004.
98. Maximiliano C. Hermenêutica e aplicação do direito. 19ed. Rio de Janeiro: Forense; 2006.
99. Diniz D. Projeto na Câmara define o que é vida humana. Jornal Folha de São Paulo 2010 maio 22. p.C2.
100. Reportagem Local. Estatuto do Nascituro causa polêmica porque pode eliminar hipóteses de aborto permitidas no Código Penal. Jornal Folha de São Paulo 2010 maio 25. p. A2. Editoriais: O dilema do aborto.
101. Hecker E, Back S, Massing E. Dicionário Morfológico da Língua Portuguesa. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos; 1984.
102. Brasil. Lei Federal nº.10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.leidireto.com.br/lei-10778.html>. Acessado em: 06/07/2010.



103. Brasil. Decreto nº. 7.177, de 12 de maio de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20072010/2010/Decreto/D7177.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Decreto/D7177.htm). Acessado em: 06/07/2010.
104. Ordeig EG. Vida e morte no direito penal: (estudos sobre eutanásia, pena de morte e aborto). Tradução: Lopes MAR. Barueri: Manole; 2004.
105. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº. 1.358, de 11 de novembro de 1992. Disponível em: [http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/resol1358.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm). Acessado em: 06/07/2010.
106. Matijascic M, Dias MPP. Terceira Idade e Esperança de Vida. Brasília: Ipea; 2008.
107. Eco U, Carrière JC. Não contem com o fim do livro. Tradução: Telles A. Rio de Janeiro: Record; 2010.
108. Bonalume Neto R. Grupo nos EUA fabrica primeira célula sintética. *Jornal Folha de São Paulo* 2010 maio 21. p. A-19.
109. Kiper J. La justicia em la sociedad que se avecina. Tomo I, La fecundación asistida. Buenos Aires: Editora Lousada; 1996.
110. Donadio N. Gestações a término do CBRH pela FIVETE. Primeira gestação. Fertilização extracorpórea e transferência de embrião (FIVETE). In: Halbe HW, Vitiello N, Donadio N. Reprodução Humana I. São Paulo: Roca; 1986. p.39-98.

111. Brasil. Lei Federal nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9263.htm>. Acessado em: 06/07/2010.
112. Anvisa. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº. 29, de 17 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.abimed.org.br/admin/legislacao/pdf/RDC%2029.07%20-%20ANVISA%20-%20Sistema%20de%20Infusao%20Aberto%20para%20o%20Fechado.htm>. Acessado em: 06/07/2010.
113. Kopenawa D. A ciência não é um deus que sabe tudo Folha de São Paulo 2010 maio 12. Sec. Entrevista. p. A-18.
114. Brauner MCC. Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar; 2003.
115. Brasil. Portaria Ministério da Saúde, nº 2.526, de 21 de dezembro de 2005. Disponível em: [http://www.saude.mg.gov.br/atos\\_normativos/legislacao-sanitaria/estabelecimentos-de-saude/atencao-em-reproducao-humana-assistida-1/Portaria\\_2526.pdf](http://www.saude.mg.gov.br/atos_normativos/legislacao-sanitaria/estabelecimentos-de-saude/atencao-em-reproducao-humana-assistida-1/Portaria_2526.pdf). Acessado em: 05/07/2010.
116. Brasil. Decreto Federal nº 5.591, de 22 de novembro de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm). Acessado em: 05/07/2010.
117. Dias MB. Barriga de aluguel: admissibilidade. Carta Forense 2009; p. A26.

118. Dias MB. Casal homossexual tenta registrar gêmeos com duas mães. 05/05/2009. Disponível em: [http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=14639](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14639). Acessado em: 05/07/2010.
119. Kottow M. Introducción a la bioética. Santiago do Chile: Editorial Mediterráneo; 2005.
120. Labrousse-Riou C. Écrits de bioétique. Paris: Presses Universitaires de France; 2007.
121. Stork RY, Echevarría JA. Fundamentos de antropologia: um ideal de excelência humana. Tradução: Dwyer PC. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”; 2005.
122. Milan B. Consolação. Rio de Janeiro: Record; 2009.
123. Ingenieros J. A vaidade criminal e a piedade homicida. Tradução: Gama RR. Campinas: LZN Editora; 2003.
124. Stone IF. O julgamento de Sócrates. Tradução: Britto PH. São Paulo: Companhia das Letras; 2005.
125. Beauvoir S. Todos os homens são mortais. Tradução: Milliet S. São Paulo: Difusão Européia do Livro; 1960.
126. Saramago J. As intermitências da morte. São Paulo: Companhia das Letras; 2005.

127. Alves R. Jornal Folha de São Paulo 2009 maio 26; Sec. Caderno Cotidiano. p. C2.
128. Martin LM. Eutanásia e Distanásia. In: Ferreira SI, Costa GO, Garrafa V, Eds. Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 1998. p.171-192.
129. Lei das XII Tábuas. Disponível em: <http://www.api.adm.br/direito/TABUAS.htm>. Acessado em: 05/07/2010.
130. Mirabete JF, Fabrini RN. Manual de direito penal. 26ed. São Paulo: Atlas; 2009.
131. Brasil. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acessado em 05/07/2010.
132. D'Avila RL. Um novo código para um novo tempo. Folha de São Paulo 2010 abril 09; Sec. Tendências/Debates. p. 3.
133. Pierangelli JH. O consentimento do ofendido na teoria do delito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 1989.
134. Kiper J. La justitia em la sociedad que se avecina, Tomo II, La eutanásia. Buenos Aires: Editorial Losada; 1997.
135. Jaramillo IFde. Morrer bem. Tradução: Lopes M. São Paulo: Editora Planeta do Brasil; 2006.

136. Ishida VK. Curso de Direito Penal. São Paulo: Atlas; 2009.
137. Pierangelli JH. Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2005.
138. Montaigne M. Ensaaios. In: Puente FR, ed. Os filósofos e o suicídio. Belo Horizonte: Editora UFMG; 2008. p.83-107.
139. Coelho L. Os vivos e os mortos. Jornal Folha de São Paulo 2010 março 14; Sec. Suplemento Mais. p. 4.
140. Folha de São Paulo – Mundo. Corte alemã legitima suicídio assistido. Jornal Folha de São Paulo 2010 junho 26; Sec. Caderno Mundo 2. p.3.
141. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº. 1.805, de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9287>. Acessado em: 06/07/2010.
142. Coutinho JP. Máquinas, não. Jornal Folha de São Paulo 2009 fevereiro 10. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1002200916.htm](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1002200916.htm). Acessado em: 10/02/2010.
143. Sakurada CK, Taquemori LY. Assistência familiar. In: Oliveira RA, organizador. Cuidado Paliativo. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; 2008. p. 120.

144. Portal Médico. Disponível em: [www.portalmedico.org.br/revista/bio13v2/simposios/simposio07.htm+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=BR](http://www.portalmedico.org.br/revista/bio13v2/simposios/simposio07.htm+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=BR). Acessado em: 26/09/2010.
145. Sales Maciel MG. Enfermaria. In: Oliveira RA, organizador. Cuidado Paliativo. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; 2008. p.108.
146. Pessini L; Barchifontaine CP. Problemas atuais da bioética. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola; 2008. p.479.
147. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM Nº 1931/2009 de 24/09/2009. Disponível em: [http://www.abmt.org.br/novo\\_cod\\_etica.pdf](http://www.abmt.org.br/novo_cod_etica.pdf). Acessado em: 02/10/2010.
148. Folha de São Paulo - Mundo. Câmara belga aprova lei para proibir burca em locais públicos. Jornal Folha de São Paulo 2010 abril 30. p. A-14.
149. Perez Luño AH. La tercera generación de derechos humanos. Navarra: Editorial Arazandi; 2006.
150. Oliveira BG, Guaiumi JT, Cipullo JP. Avaliação do ensino de Bioética nas faculdades de medicina do estado de São Paulo. Arq Ciênc Saúde 2008; 15(3):126.
151. Diniz MH. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva; 2009.

152. Brasil. Lei Federal nº. 10.205, de 21 de março de 2001. Disponível em:  
[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/lei10205.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/lei10205.htm). Acessado em:  
06/07/2010.
153. Cury CA, Batigalia F. Desvios do comportamento sexual. São José do Rio Preto: Ed. Do Autor; 2009.
154. Choeri RCdaS. O conceito de identidade e a redesignação sexual. Rio de Janeiro: Renovar; 2004.
155. Cury AC. Adequação do sexo genital: Experiência em cirurgia urológica. Masculino – feminino. Técnica de Y – W de Carlos Cury. In: Vieira TR, Saavedra de Paiva LA. Identidade Sexual e Transexualidade. São Paulo: Roca; 2009. p.139-150.
156. Recurso Especial nº 889.852 – RS (2006/0209137-4). Disponível em:  
[www.espacovital.com.br/noticia\\_complemento\\_ler.php?id=1856&noticia\\_id=1](http://www.espacovital.com.br/noticia_complemento_ler.php?id=1856&noticia_id=1). Acessado em: 29/04/2010.
157. Brasil, Procuradoria Geral da Fazenda. Parecer nº 1503, de 30/7/2010. Disponível em: [http://gadvs.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Parecer\\_1503\\_2010agu.pdf](http://gadvs.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Parecer_1503_2010agu.pdf). Acessado em: 14/09/2010
158. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1955/2010. Disponível em:  
[http://www.abglt.org.br/docs/resolucao\\_CFM\\_1955.pdf](http://www.abglt.org.br/docs/resolucao_CFM_1955.pdf). Acessado em:  
02/10/2010.
159. Venosa SdeS. Código civil interpretado. São Paulo: Atlas; 2010.

160. Brasil. Lei Federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm). Acessado em:  
05/07/2010.
161. Brasil. Lei Federal nº. 9.708, de 18 de novembro de 2008. Disponível em:  
<http://www.leidireto.com.br/lei-9708.html>. Acessado em: 06/07/2010.
162. Oliveira Júnior EQde. O homem, agora, é mãe. Rev Assoc Paul do  
Ministério Público 2008; XI(45):29.
163. TJSP, ApCiv 354.845-4/8-00, São José do Rio Preto, 5.ª Câ. de Direito  
Privado, j. 07.05.2008, v.u., rel. A. C. Mathias Coltro, publicado n RT  
885/249.
164. TJSP - ApCiv 619.672-4/9 - 4.ª Câ. de Direito Privado - j. 19.02.2009 -  
v.u. - rel. Des. Maia da Cunha - Área do Direito: Civil-Processo Civil.
165. Brasil. Lei Federal nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm).  
Acessado em: 06/07/2010.
166. Oliveira A Disponível em: [www.jovensmedicos.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewArticle/109+reinaldo+ayer+de+oliveira&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=BR](http://www.jovensmedicos.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/109+reinaldo+ayer+de+oliveira&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=BR). Acessado em: 20/09/2010.
167. De Cupis A. Os direitos da personalidade. Lisboa: Editora Moraes; 1961.
168. Barata LRB. Salvando mais vidas. Jornal Diário da Região 2010 junho 17;  
Sec. Coluna "Artigo". p. 2.



169. Brasil. Lei Federal nº 11.633, de 27 de dezembro de 2007. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11633.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11633.htm).  
Acessado em: 05/07/2010.
170. Santos FS, Incontri D. A arte de morrer: visões plurais. São Paulo: Editora Comenius; 2009.
171. Almeida M de, Muñoz DR. Bioética. In: Segre M, Cohen C, Orgs. Bioética. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; 2002. p.149-158.
172. Brasil. Decreto nº. 2.268, de 30 de junho de 1997. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/D2268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm). Acessado em: 06/07/2010.
173. Brasil. Resolução nº. 1.480, de 08 de agosto de 1997. Disponível em:  
[http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD\\_CHAVE=22504](http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=22504).  
Acessado em: 06/07/2010.
174. Toledo FA. Princípios básicos de direito penal. 4ed. São Paulo: Saraiva; 1991.
175. Bitencourt CR. Tratado de direito penal. 3ed. São Paulo: Saraiva; 2003.
176. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº. 1.752, de 08 de setembro de 2004. Disponível em:  
[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/resol1752.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1752.htm). Acessado em: 06/07/2010.

177. Rousseau JJ. Cartas escritas da montanha. Tradução: Pissara MCP. São Paulo: EDUC: UNESP; 2006.
178. Martin L. Ética em pesquisa: uma perspectiva brasileira. In: Brasil. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. Capacitação para Comitês de Ética em Pesquisa. vol 1. Brasília: Ministério da Saúde; 2006.
179. Menchen D. Demora em avaliação ética atrasa pesquisas no Brasil. Jornal Folha de São Paulo 2010 maio 05. p. A-19.