

**PEQUENOS ESCRITOS  
INTERDISCIPLINARES**

**Bioética, Biodireito  
& Dimensões  
Contemporâneas do  
Direito**

**Volume 01**

Grupo de Pesquisa  
FACES e Interfaces do Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos

ISBN: 978-17-2951-438-2

**PEQUENOS ESCRITOS INTERDISCIPLINARES:  
BIOÉTICA, BIODIREITO & DIMENSÕES CONTEMPORÂNEAS DO  
DIREITO  
(VOLUME 01)**

**EDITORAÇÃO, ORGANIZAÇÃO E PADRONIZAÇÃO TEXTUAL**  
Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

**ISBN: 978-17-2951-438-2**

**FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS**

Avenida Governador Roberto Silveira, nº 910

Bom Jesus do Itabapoana-RJ

CEP: 28.360-000

Site: [www.famescbji.edu.br](http://www.famescbji.edu.br)

Telefone: (22) 3831-5001

**Projeto Gráfico da Capa:** Tauã Lima Verdan Rangel

Créditos da Imagem: O feto no ventre (1.510-1.512) de Leonardo da Vinci. In:  
Coleção Real, Londres, Reino Unido.



O conteúdo de cada trabalho é de responsabilidade exclusiva dos autores.  
A reprodução dos textos é autorizada mediante citação da fonte.

## FICHA CATALOGRÁFICA

Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves – Famesc

F143b Faculdade Metropolitana São Carlos.

v. 1 Bioética, biodireito e dimensões contemporâneas do direito / Faculdade Metropolitana São Carlos ; organização Tauã Lima Verdan. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ : [s.n.], 2018.

2 v. – (Coleção pequenos escritos interdisciplinares).

Trabalhos do grupo de pesquisa Faces e Interfaces do Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos, Bom Jesus do Itabapoana, RJ.

Inclui bibliografia.

Modo de acesso: World Wide Web: <http://www.famesc.edu.br/biblioteca/>.

ISBN 978-17-2951-438-2

1. UNIVERSIDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS – CURSO DE DIREITO 2. BIOÉTICA 3. DIREITO E BIOLOGIA 4. DIREITO – PESQUISA I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. RANGEL, Tauã Lima Verdan (org.) III. Título

CDD 340.112

## **SUMÁRIO**

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>6</b>
Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel	
<b>O Útero em Substituição à luz do Biodireito e da Bioética .....</b>	<b>14</b>
Alencar Cordeiro Ridolphi e Tauã Lima Verdan Rangel	
<b>Morte Digna à luz da Dignidade da Pessoa Humana: o direito de morrer .....</b>	<b>33</b>
Alencar Cordeiro Ridolphi e Tauã Lima Verdan Rangel	
<b>O Testamento Vital em pauta: a autonomia da vontade à luz dos princípios norteadores da Bioética.....</b>	<b>57</b>
Alencar Cordeiro Ridolphi e Tauã Lima Verdan Rangel	
<b>A relação médico-paciente e seus aspectos de legalidade.....</b>	<b>79</b>
Alencar Cordeiro Ridolphi e Tauã Lima Verdan Rangel	
<b>Solidariedade intergeracional: o direito das gerações futuras a um patrimônio genético não modificado .....</b>	<b>99</b>
Érica Corrêa da Silva Lopes, Laura Gioffi Coelho Moraes, Samila Ferreira Teixeira e Tauã Lima Verdan Rangel	
<b>Reconhecimento da Bioética como Direito Fundamental de Quarta Dimensão .....</b>	<b>121</b>
Pâmella do Carmo Silva e Tauã Lima Verdan Rangel	
<b>O parto anônimo em exame: uma análise à luz dos princípios bioéticos e da doutrina da proteção integral.....</b>	<b>139</b>
Rafael Guimarães de Oliveira e Tauã Lima Verdan Rangel	
<b>Direito ao Patrimônio Genético Mínimo: o patrimônio genético como direito humano .....</b>	<b>153</b>
Anysia Carla Lamão Pessanha e Tauã Lima Verdan Rangel	
<b>Novos Contextos, Novos Direitos: redes sociais e os direitos de personalidade .....</b>	<b>173</b>
Alencar Cordeiro Ridolphi e Tauã Lima Verdan Rangel	

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

**Bioética e Biodireito: a biotecnologia e a fertilização *in vitro post mortem* .....189**  
Amilton Lengruber Ferreira, Sangella Furtado Teixeira e Tauã Lima Verdán Rangel

**O direito sucessório no caso de fertilização artificial *in vitro post mortem*.....209**  
Amilton Lengruber Ferreira, Sangella Furtado Teixeira e Tauã Lima Verdán Rangel

## **APRESENTAÇÃO**

O Grupo de Pesquisa “Faces e Interfaces do Direito: Cultura, Sociedade e Interdisciplinaridade no Direito” foi idealizado a partir de uma concepção voltada para a autonomia e emancipação intelectual dos discentes-pesquisadores participantes. Para tanto, a gênese do grupo de pesquisa pautou-se no reconhecimento de tal espaço como o lócus de articulação entre os elementos imprescindíveis para a formação dos estudantes do ensino superior, quais sejam: ensino, pesquisa e extensão.

Tal fato decorre do reconhecimento de uma crise do modelo jurídico-normativo dominante e da racionalidade formal, no qual se percebe a necessidade de uma nova concepção paradigmática no âmbito da cultura jurídica. Os fenômenos sociais não podem ser analisados sob a égide da acabada dogmática jurídica. Ao contrário, a diversidade dos fenômenos impõe alternativas de construção de conhecimento jurídico por meio de um estudo metodológico conceitual, no qual empiria e experimentação são variáveis recorrentes no processo de produção científico-acadêmica.

Além disso, o Grupo de Pesquisa “Faces e Interfaces do Direito: Cultura, Sociedade e Interdisciplinaridade no Direito” propõe uma concepção mais arrojada de docência, rompendo com a ideia de mera transmissão professoral de conteúdo e optando pela aceção de professor-pesquisador, ou seja, aquele que alimenta o ensino com a investigação e a pesquisa. De igual modo, em decorrência da nova aceção de docência, valoriza-se o protagonismo do discente-pesquisador, ou seja, aquele que é capaz, a partir de uma perspectiva crítico-reflexiva e interdisciplinar, de construir conteúdos dinâmicos, dialogados e interdependentes,

apresentando uma perspectiva mais amadurecida sobre a aplicação dos conteúdos teóricos em situações práticas.

Ora, é imprescindível o desenvolvimento de um novo modelo jurídico, cujas características epistemológicas sejam concebidas a partir de uma nova racionalidade e de uma nova ética, através de sujeitos estimulados ao debate jurídico e à reformulação do objeto cognoscitivo do Direito. Os novos interesses dos sujeitos compreendem uma visão transdisciplinar da realidade social. A problemática produzida pelo novo contexto social exige a superação da concepção tradicional do ensino jurídico, o que possibilita o (re)pensar das regras que compõem o ordenamento normativo e a vida social.

É nessa nova perspectiva paradigmática de construção do conhecimento em direito que a pesquisa contribui para a formação do ensino jurídico, vez que amplia as atividades de ensino-aprendizagem, possibilitando reflexões e novas investigações sobre o objeto em estudo, o que resulta na efetiva elaboração de um processo criativo. A pesquisa é, sobretudo, uma criação. O exercício da pesquisa reflete a busca de produção de novos conhecimentos através da adoção de uma metodologia eficiente e adequada. Entende-se que o processo de ruptura e afirmação de paradigmas delineados por formas autônomas de vida heterogênea e modalidades alternativas de regulação social conduz à busca de novos parâmetros de sociedade. A pesquisa abre a visão sobre a crise do Direito, vez que rompe a

[...] “praxis tecnicista” impulsionando os operadores do direito para uma investigação crítica e consciente que irá romper a estrutura do pensamento híbrido. Em verdade, trata-se de trabalho crítico que visa afastar as ideologias retrógradas. Neste contexto, “a pesquisa se insere na articulação do ensino do Direito enquanto exigência de identificar parâmetros para a compreensão da legitimidade epistemológica de novos conceitos e de ampliação crítica de novas

categorias em condições de organizar uma prática docente na qual a disponibilidade dos artefatos científicos operacionais e de hipóteses de trabalho não venham a funcionar como substitutivos de uma visão global dos fenômenos pesquisados, ao risco de condicionar todo o procedimento de investigação e de predeterminar os seus resultados”<sup>1</sup>.

A escolha de um novo paradigma pressupõe mudanças, adoção de estratégias viáveis e operacionalizáveis que possam proporcionar uma Ciência Jurídica adequada à modernidade. O desafio que se instala, em relação ao ensino-aprendizagem, é a escolha do método capaz de captar essa realidade em movimento e repleta de informações. Cumpre ressaltar que o exaurimento do atual paradigma da Ciência Jurídica Tradicional descortina lenta e progressivamente o horizonte para a construção de um novo modelo de uma sociedade mais aberta, pluralista e multicultural. O Direito como ciência deve ser analisado pelo estudioso da metodologia científica a partir de sua teoria de conhecimento e da relação dessa produção teórica com a sociedade.

Logo, a cientificidade do Direito é inegável, tendo em vista a sua capacidade de (re)construir os fatos a partir de seus procedimentos formais. No plano jurídico reconhecem-se várias metodologias de pesquisas. Essas são voltadas exclusivamente para a solução de problemas práticos, relativos à interpretação e aplicação das normas de direito aos casos particulares. A epistemologia contemporânea encarregou-se de desmistificar a ideia de ciência como equivalente à ideia de descrição. Atualmente, o papel do cientista não é passivo, mas essencialmente ativo no processo de conhecimento. É dele que nascem as hipóteses, as teorias que buscam compreender e explicar os fatos da realidade, além das possibilidades de intervenção nessa mesma realidade.

---

<sup>1</sup> SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Ensino Jurídico: Pesquisa e Interdisciplinaridade**, Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares. Conselho Federal da OAB Brasília, DF, 1996, p. 94.

Hodiernamente, a pesquisa ocupa lugar de destaque nos cursos jurídicos, vez que qualifica a formação profissional dos estudantes de direito, tendo estes amparo nos programas de iniciação científica. A pesquisa jurídica no Brasil tem se limitado em grande parte à pesquisa sociojurídica, embora, tenha havido um considerável crescimento, após 1996, na pesquisa institucional nas áreas do Direito Internacional, Direito Público e Teoria do Direito.

A propósito, o que caracteriza a atividade de pesquisa nas ciências em geral, inclusive na ciência jurídica é o seu caráter de inovação, em razão da busca de uma nova abordagem sobre um fenômeno ou da constituição de novos objetos. Nessa esteira, a pesquisa diferencia-se de outras atividades similares, tais como: o levantamento bibliográfico ou de jurisprudência, embora essas constituam parte integrante da pesquisa jurídica.

A pesquisa é uma atividade racional e sistemática que exige o planejamento de todas as ações desenvolvidas ao longo de seu processo de autoconstrução. É um procedimento prático de produção de conhecimento. No dizer de Bittar, É a pesquisa que faculta a preservação de recursos, a reserva de dados, a descoberta de informações, a crítica social e política, tendo-se por consequência a politização da sociedade, bem como o aumento da qualidade de ensino e a dispersão de informações pela sociedade, a pluralização de saberes, a autonomia nacional, o fortalecimento do pensamento e da identidade cultural, a resolução de problemas técnicos e práticos humanos, a eliminação da alienação do espírito<sup>2</sup>.

Mister ressaltar que a pesquisa interdisciplinar, considerada um modelo global de cientificidade, enquanto modo de conhecer, promove uma

---

<sup>2</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.124.

aproximação epistemológica capaz de aglutinar múltiplas concepções, articulando os mais diversos pontos de integração dos fenômenos da vida social. O processo de pluralidade de conhecimento restaura o saber-pensar. Ora, nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas é racional e é, pois necessário dialogar com outras formas de conhecimento, deixando-se penetrar por elas. A adoção da pesquisa interdisciplinar permeia uma cultura inquietante capaz de transformar em práticas rotineiras os sinais teóricos exteriorizados das ações humanas projetadas no mundo. A distinção que se opera entre o sentido e o significado dessas práticas presume um deslocamento da visão cognoscente, vez que incorpora a totalidade de múltiplos conhecimentos.

A pesquisa jurídica possui suas características próprias de acordo com a singularidade do saber jurídico. A pesquisa jurídica pode ser classificada em pesquisa epistemológica e pesquisa operatória. A pesquisa epistemológica, inicialmente, se destinaria à investigação do próprio objeto da ciência jurídica, questionando-se sobre sua identidade e seus fundamentos científicos ou valorativos e, num segundo momento, à interrogação da própria atividade investigativa dos juristas. Já a pesquisa operatória abrange não só as disciplinas que tratam dos fenômenos sociais relacionados ao direito, mas igualmente as disciplinas que abordam o direito como um conjunto de instrumentos e técnicas. Esta pesquisa objetiva a produção de conhecimentos sobre Direito e a transformar esses conhecimentos em saberes práticos.

A pesquisa jurídica tende, na atualidade, com a mudança de paradigma imposta pela globalização, cada vez mais à pesquisa multidisciplinar e coletiva, o que implica o intercâmbio de pesquisadores de várias áreas do conhecimento, dispostos em redes cada vez mais globais. Em síntese, sobreleva reconhecer a importância da pesquisa no ensino jurídico, bem como nas atividades

profissionais dos operadores do Direito, porquanto nenhuma atividade racional do sistema de produção do conhecimento em Direito se encerra em si mesmo.

A pesquisa como um marco teórico referencial deve ser estimulada em todos os cursos jurídicos, porquanto representa a aquisição, nas relações de ensino/aprendizagem. Por fim, entende-se que a pesquisa, mormente a interdisciplinar, representa o liame necessário para o enriquecimento e o aprimoramento nas relações ensino/aprendizagem no âmbito do discurso jurídico, face às lacunas existentes nas relações interpessoais da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, entende-se que a pesquisa jurídica nos cursos de graduação e extensão deve ser cada vez mais incentivada, objetivando a aquisição de novos conhecimentos em razão do surgimento de novos modelos de paradigmas resultantes da globalização. A pesquisa é um instrumento que permite introduzir os discentes de graduação na pesquisa científica, sendo um instrumento de apoio teórico e metodológico à realização de um projeto que contribua na formação profissional do aluno. Tem a finalidade de despertar vocação científica e incentivar talentos potenciais entre discentes de graduação universitária, mediante participação em projeto de pesquisa, orientados por pesquisador qualificado. Repise-se que a pesquisa é o elemento despertador de uma nova percepção do Direito, fomentando a construção a partir do pensamento crítico.

De acordo com as diversas concepções de ciência e com a questão da criatividade diante dos métodos científicos, é comum o pesquisador se deparar com uma pluralidade de formas de se fazer a pesquisa. Ora, compreendida como capacidade de elaboração própria, a pesquisa está assentada em uma multiplicidade de horizontes no contexto científico. Ao lado disso, cuida pontuar, ainda, que a pesquisa é, também, um estudo pessoal, pois carrega em si marcas, inferências e

atitudes investigativas de quem a faz. É um estudo delineado pelo rigor que é compreendido de diversas formas no cenário científico.

Salta aos olhos que a pesquisa é responsável por aproximar o Direito das demais ciências e da realidade, porquanto fomenta a compreensão dos fenômenos sociais em sua plenitude. O discente do curso de Direito deve desenvolver a consciência de que a pesquisa não traz benefício para si próprio, indo além, eis que estabelece deveres a serem cumpridos com a sociedade e com a justiça. Desta feita, o discente do curso de Direito deve ser estimulado a pensar criticamente, a questionar as leis e a confrontá-las com os acontecimentos produzidos pela realidade.

Há que se reconhecer, portanto, que o estabelecimento da pesquisa como um dos pilares imprescindíveis para a formação dos discentes, em centro universitário, se apresenta dotado de peculiar relevância, porquanto rompe as tradicionais barreiras da ministração de conhecimento essencialmente teórico. Gize-se, neste aspecto, que a descrição de institutos e a exploração de aportes doutrinários teóricos, por parte do Direito, colocam em constante debate a necessidade de uma contemporaneização da Ciência Jurídica, permitindo ao discente, agora na condição de pesquisador, o desenvolvimento de uma visão crítica, desatrelada de conceitos pré-estabelecidos e de uma margem exclusivamente teórica, encontrando na pesquisa um novo prisma analítico.

A partir de tal substrato, a coleção “Coletânea de Produção Científica”, dividida em eixos temáticos vinculados às linhas de pesquisa do Grupo “FACES e Interfaces do Direito: Cultura, Sociedade e Interdisciplinaridade no Direito”, reúnem os artigos científicos e resumos expandidos produzidos pelos discentes-pesquisadores participantes, os quais refletem os esforços acadêmico-institucionais para o estabelecimento de um novo perfil de discente, sobretudo no que se refere ao

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

desenvolvimento de competências e de habilidades exigidas pelo perfil contemporâneo de mercado, notadamente aspectos vinculados à inovação, à capacidade de resolução de problema, à criatividade e à perspectiva interdisciplinar de abordagem de questões.

Desejamos a todos uma excelente leitura,

**Prof. Dr. Tauã Lima Verdán Rangel**  
*Líder do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito:  
Cultura, Sociedade e Interdisciplinaridade no Direito”*

## O ÚTERO EM SUBSTITUIÇÃO À LUZ DO BIODIREITO E DA BIOÉTICA

Alencar Cordeiro Ridolphi<sup>3</sup>  
Tauã Lima Verdan Rangel<sup>4</sup>

**Resumo:** O escopo do presente é analisar o “útero em substituição” à luz do Biodireito e da Bioética. Os avanços experienciados, pelo Direito, na segunda metade do século XX provocaram uma grande evolução no pensamento tradicional que dantes subsistia. Nesta linha, as inovações proporcionadas pela biotecnologia e os impactos éticos desdobrados provocaram uma remodelagem de um novo ramo jurídico, a saber: o Biodireito. Tal ramificação é uma matéria que confronta normas existentes e disposições constitucionais relativas à vida humana, sua preservação e qualidade e que não se restringem apenas a questões ligadas à saúde, meio ambiente e tecnologia. Neste sentido, a doação temporária do útero, ou útero em substituição e popularmente chamada de “barriga de aluguel”, consiste em técnica científica objetivada em interferir no processo natural de reprodução humana através da coleta dos gametas masculinos e femininos dos doadores, para posterior fecundação assistida em um laboratório. Logo, os embates advindos de tal prática trazem a campo implicações de cunho jurídico, arrastando os princípios de índole constitucional e bioética, em especial no que toca ao ideário da dignidade da pessoa humana. A metodologia empregada no curso do presente foi o método indutivo, auxiliado por revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** Útero em Substituição. Biodireito. Bioética.

---

<sup>3</sup> Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade de Bom Jesus do Itabapoana. Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Membro do Grupo de Pesquisa: “FACES e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade do Direito”. alencar\_cr@yahoo.com.br

<sup>4</sup> Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “FACES e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua\_verdan2@hotmail.com

## **1 INTRODUÇÃO**

A Bioética e o Biodireito são discutidos a partir de meados do século XX, como reflexos dos avanços tecnológicos nos estudos científicos das áreas médica, biológica e química e também do resultado da aplicação prática destes avanços por experimentos humanos, algumas vezes controversos, como os casos de eugenia social que foram presenciados durante aquele século. De acordo com Leite (2009), estes avanços tecnológicos e as questões sociais em que poderiam implicar, trouxeram debates sobre os problemas éticos e legais gerados sobre o poder do homem em interferir nos processos de formação da vida humana. Essa possibilidade de controle da vida despertou a necessidade de impor limites à atuação sobre a manipulação científica genética. É “a necessidade de reajustar os sistemas de valores” em função do equilíbrio entre evolução científica, evolução social e evolução dos direitos.

A discussão ética e legal sobre a prática de reprodução assistida no Brasil esbarra em questões, legais, morais (costumeiras) e sociais. Conforme abordado por Moreira (2016), o tema desperta indagações sobre o processo de artificialidade em substituição do natural, dos conceitos de graus de parentesco e sobre a noção de formação familiar. Por isso a importância do debate relativo à bioética e ao Biodireito que se tornam os canais de diálogo entre a sociedade, as leis, a hermenêutica, as limitações às ações humana e o desenvolvimento técnico-científico.

Como apresentado por Leite (2009), o Biodireito é uma matéria que confronta normas existentes e disposições constitucionais relativas à vida humana, sua preservação e qualidade e que não se restringem apenas a questões ligadas à saúde, meio ambiente e tecnologia. Para Moreira (2016), o Biodireito surge como uma nova ciência jurídica, que busca tutelar as relações entre a biotecnologia e toda a raça humana. É o levantamento de questões sobre os limites da intervenção humana sobre o próprio homem, frente a autonomia da opção individual.

A bioética, por sua vez, tem um aspecto mais filosófico, sobre a relação da prática com o que é socialmente aceito. Conforme Moreira (2013), a bioética trata do desenvolvimento das relações éticas dos seres humanos, entre si e deles com o meio em que vive. Inicialmente é uma discussão sobre a prática dentro do próprio meio científico e que se reproduz no campo jurídico para criar limites ao desenvolvimento das técnicas científicas. Em Leite (2009), a bioética é uma disciplina autônoma sobre uma nova dimensão de pesquisa científica e acadêmica para designar os problemas éticos dentro das novas práticas desenvolvidas nas ciências biológicas e médicas, especialmente sobre o poder do homem interferir na vida e na morte do próprio homem.

A discussão se torna pertinente na área de reprodução humana assistida em virtude dos significativos e rápidos avanços científicos da manipulação genética. Conforme tutelado pela constituição federal, o planejamento familiar é livre e cabe ao Estado a garantia dos meios educacionais e científicos para garantir este direito. De acordo com Vieira (2008), a velocidade com que estes avanços vêm se concretizando cria expectativas e, ao mesmo tempo, assusta as pessoas em geral sobre a ideia de criar-se um ser humano de formas artificiais. Os avanços são tão rápidos que fica difícil acompanhar as inovações, eticamente e legalmente falando. Assim, a bioética traz constantemente novas implicações ao ramo jurídico, diante da característica evolutiva da ciência e das novas demandas da sociedade em assuntos relacionados às escolhas individuais relativas à formação familiar, sobre o direito de reproduzir-se, e os meios em que se realizarão tais desejos.

## **2 ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO: PRIMEIROS CONTORNOS**

No Brasil, inexistente legislação específica sobre o método de reprodução assistida conhecido como “útero em substituição”. Apesar do consolidado avanço científico nacional e da relativa acessibilidade às práticas de reprodução humana

assistida, o útero em substituição vem sendo praticado à margem da lei, regulado por resoluções do Conselho Federal de Medicina - CFM, como, por exemplo, as Resoluções 1.358/92, 1957/2010 e 2.013/13 (já revogadas) e a mais atual, Resolução 2.121/2015. A Lei nº 11.105/2005, também conhecida como Lei de Biossegurança, ainda que amplamente discutida quando se fala em manipulação genética e ética científica, versa de forma geral sobre qualquer prática de manipulação genética, pois trata das normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, e seus derivados e também dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança.

A doação temporária do útero, ou útero em substituição e popularmente chamada de “barriga de aluguel”, conforme resumidamente elucidado por Rahal (2016), consiste em técnica científica objetivada em interferir no processo natural de reprodução humana através da coleta dos gametas masculinos e femininos dos doadores, para posterior fecundação assistida em um laboratório. Após o processo de fecundação são selecionados embriões considerados mais resistentes para que sejam implantados no útero da mulher que será a gestante (doadora do útero, apenas, e não do material genético) e assim poder seguir a gestação. De acordo com o CFM, os embriões não utilizados devem ser congelados por até 5 anos. Os responsáveis pelo embrião devem deixar a sua destinação por escrito, que findo o prazo podem ser descartados ou utilizados para pesquisas com células tronco embrionárias.

A Resolução 2.121/2015 diz que a técnica do útero em substituição deve ser utilizada em situações de existência de algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, qualquer outro caso de grau de parentesco, ou não parentes, deverá estar sujeito à autorização do Conselho Regional de Medicina, mas não sendo vedado. A resolução traz também uma lista de documentos necessários para a realização do procedimento, como por exemplo o

termo de consentimento livre e esclarecido, contemplando as vontades, os riscos, aspectos legais, de filiação e biopsicossociais envolvidos na técnica. Vale ressaltar que as resoluções do CFM não possuem força de lei, mas são elas que servem de respaldo para os casos de maternidade em substituição que vão parar na justiça (PAIANO; FERRARI; ESPOLADOR, 2013).

Ainda, de acordo com a mencionada Resolução de 2015 do Conselho Federal de Medicina, a cessão do útero é recomendada apenas para mulheres com até 50 anos de idade, mas, caso uma mulher com mais de 50 anos deseje doar o seu útero, não há restrições desde que, junto com seu médico, assumam os riscos de uma gravidez tardia. Em caso de reprodução assistida por casais homoafetivos femininos, o Conselho e a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida entendem como doação do útero quando uma das parceiras gera um embrião formado pelo óvulo da outra parceira.

Os homens podem doar espermatozoides para a reprodução assistida até o limite de idade de 50 anos e as mulheres podem doar seus óvulos até 35 anos de idade e devem estar em processo de tratamento para reprodução assistida. Interessante também que o Conselho Federal de Medicina autoriza a divisão das custas do procedimento de fertilização entre duas mulheres, estando uma infértil recebe óvulos em excesso da mulher que tenha óvulos férteis, os óvulos não podem ser doados livremente, apenas os espermatozoides podem, com a finalidade de se evitar o comércio genético. Solteiros e casais homoafetivos masculinos também podem realizar a reprodução humana assistida por útero em substituição. Embriões podem ser utilizados na condição de Post Mortem, inclusive no método de barriga de aluguel, desde que haja autorização prévia da pessoa falecida para a utilização de seu material genético para este fim após a sua morte.

A presente resolução regulariza a prática do diagnóstico genético pré-implantação, que consiste em verificar eventuais incompatibilidades genética entre os pais e que possibilitam realizar uma seleção para tentar evitar que o filho venha a

nascer com graves problemas de saúde ou ainda permitir que as células tronco do cordão umbilical da criança que será gerada possam ser utilizadas no tratamento de doenças de um irmão doente já nascido. Ao lado disso, são vedadas a seleção de sexo, exceto em caso de doença grave associada ao sexo, conforme estabelece o conteúdo da Resolução FCM 2.121/2015.

Além da citada resolução, conforme destacado por (PAIANO; FERRARI; ESPOLADOR, 2013), a própria constituição federal garante o livre acesso às técnicas de reprodução assistida e também a Declaração Universal de Direitos Humanos. Ainda, Ferreira (2016) destaca a relação direta do assunto com o Código Civil Brasileiro, mais especificamente em seu subtítulo II que trata das relações de parentesco, reconhecimento de paternidade, do poder familiar dentre outras partes do código, como sucessão de bens, por exemplo.

A fim de exemplificar podem ser analisados alguns Artigos do Código Civil Brasileiro. O Artigo 1591 diz que “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”, o Artigo 1953 versa que o parentesco é natural ou civil. Deste modo, levanta-se a questão de como ficariam as relações de parentesco de uma criança gerada por útero de substituição. Poderia esta criança ter três origens de parentescos, ou três pais? O Artigo 1958 reconhece a filiação de filhos concebidos por fecundação artificial homóloga e heteróloga e ainda, de acordo com o artigo 1.160, caso venha a ser reconhecida a paternidade ou a maternidade de um filho, esta é irrevogável. Como ficaria ainda a questão do poder familiar sobre o filho gerado? De acordo com os artigos 1.161 e 1.164, o pleno poder familiar compete aos Pais (ambos os pais) e é assegurado a qualquer um deles recorrer à justiça para solução de desacordos. Em casos como este, deve ser dada à hermenêutica uma capacidade de interpretação extensiva da lei.

Como pode ser observado, apesar da lacuna legal existente sobre a prática de cessão do útero, o Conselho Federal de Medicina, através de resoluções, tenta ao menos dar os contornos básicos da regularização da prática dentro do que se é

considerado cético e legal no meio médico e científico. Neste sentido, dentro do vasto ordenamento jurídico-legal brasileiro, torna-se necessário aos operadores de direito envolvidos em questões de cessão uterina, assim como profissionais e outros interessados, estarem sempre atentos às interligações que as leis possam fazer com o caso concreto, além da pura e simples observância das resoluções editadas pelo FCM e feitas também pela Lei de Biossegurança.

### **3 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA EM PAUTA**

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) consagra uma ampla série de princípios, expressos ou não, e outras disposições que podem ser abordadas na análise do direito em relação aos limites da ciência na interferência da vida, assim como nos limites da lei (Estado) na interferência do avanço da ciência e nas liberdades individuais. Em seu Artigo 1º, II, a Constituição apresenta um dos mais relevantes e abrangentes princípios, o da Dignidade da Pessoa.

Em se tratando da análise da reprodução humana por métodos assistidos, como no caso do útero em substituição, comumente chamado de “barriga de aluguel”, vale ressaltar ainda algumas outras relevantes partes da Constituição. Artigo 3º, IV, a Carta Magna diz ser um dos objetivos do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação. O Art. 5º, IX diz que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Para o estudo em voga, ainda é relevante destacar as seguintes partes da Constituição: art. 23, inciso V, proporcionar os meios de acesso à cultura à educação e à ciência; art. 203, inciso I, proteção à família, maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; art. 218, O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica; art. 225, inciso II, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à

pesquisa e manipulação de material genético e Inciso V, controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Além disso, o art. 226, § 7º, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Mais especificamente, no caso do útero em substituição, merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de formação familiar. De acordo com Leite (2009) a medicina e a biologia introduziram uma nova dinâmica em algo que antes era um processo natural. A geração da vida passa a ser assistida, controlada, criando novos conceitos de pessoa, pai, mãe e filho, parentes e até onde pode-se considerar aceitável o ato de “emprestar” uma barriga para gerar um filho para outra pessoa e como serão estabelecidas as relações familiares desta criança após o seu nascimento. É neste cenário que deve ser analisado os limites do direito e as limitações às quais são impostas ao desenvolvimento de novas técnicas científicas e nas liberdades de escolha dos indivíduos sobre paternidade, maternidade, formação familiar e a realização pessoal, além disso, a capacidade da ciência em interferir ou selecionar as características genéticas da criança conforme os desejos dos pais, com o objetivo de buscar melhoramento genético das condições humanas. Segundo Moreira (2016), a questão “envolve uma redefinição do que antes era circunscrito ao domínio da natureza, sem haver intervenção do indivíduo ou da sociedade”.

Conforme apresentado por Amorin e Pithan (2006), é justamente neste cenário que é necessária a proposição de uma “harmonização entre ética e Direito.” Estas práticas reprodutivas com o avanço da ciência e da medicina criam dilemas éticos e jurídicos em um ambiente onde inexiste limites exatos de até onde se pode ir e do que pode e não pode ser feito. Por exemplo, até onde se manipular geneticamente um embrião para evitar doenças? Ou ainda, quais os graus de

parentescos de uma criança gerada com o auxílio de mais de dois indivíduos em sua formação genética e gestacional? São questões como estas que o Biodireito e a Bioética travam no campo jurídico e também na seara do socialmente aceitável e profissionalmente ético.

Conforme apresentado por Viegas (2015), a gestação por cessão uterina traz ao debate ético mais questões, que vão além dos aspectos comerciais. Para a autora é necessária existência de regulamentação específica para lidar com casos em que a geradora crie laços de afetividade materna com a criança gerada, ou ainda casos em que a mãe doadora do útero não quer entregar a criança, casos em que tanto os pais gestores ou mãe gestora se recuse a reconhecer a paternidade da criança, dentre outros casos.

Ainda segundo Amarin e Pithan (2006) estes novos e complexos fenômenos não devem ser restringidos, mas faz-se necessário controlar a sua utilização através de alguns valores. Apesar da lacuna legal, a Bioética se preocupa com três princípios no que concerna à interpretação dos procedimentos científicos e as decisões a serem tomadas quanto à sua aplicabilidade prática dentro dos aspectos éticos. São os princípios da beneficência, da justiça e o princípio da autonomia. O primeiro preza pelo bem do paciente, o segundo se posiciona pela equidade nos serviços de saúde e o respeito e consideração ao direito à saúde e, por último, fundamentado na dignidade da pessoa humana, o princípio da autonomia se refere ao direito de o indivíduo aceitar ou rejeitar o tratamento que lhe é oferecido de conforma consentida.

As resoluções do CFM têm um caráter de regulação ética e se balizam por três princípios, da mesma forma, servem estes e as resoluções de subsídio para as discussões jurídicas acerca do tema no âmbito do Biodireito. Também, de acordo com Leite (2009), deve ser considerado o princípio da não-maleficência, em que não se deve causar mal ao outro, devendo haver ações para prevenção ou eliminação de danos. A mesma autora destaca ainda as questões éticas que são abordadas além da questão da manipulação genética e das relações familiares, mas em relação ao cunho

religioso e filosófico, como as considerações sobre quando se inicia a vida humana de fato. Este reflexo decai diretamente sobre o descarte do excedente de embriões não utilizados e o entendimento de que para haver resguardo de direitos a um embrião, da mesma forma que há para um feto no útero, o embrião deve passar por nidação, que consiste em ter sido implantado no útero. Conforme exposto por Saldanha (2009), o art. 2º do Código Civil Brasileiro, considera que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, adotando assim a teoria natalista para a personalidade civil, mas o feto também tem sua expectativa de direito resguardada.

Entretanto, a bioética por si só é uma discussão subjetiva e não tem poder de coação sobre a ação do indivíduo. Como exposto por Amorin e Pithan (2006), são as reflexões da bioética aplicadas ao Biodireito de forma coativa que trazem controle sobre a utilização de práticas biotecnológicas. E a aplicação dos princípios e a interpretação das leis devem levar em consideração o momento histórico em que está sendo analisado o fato, o caso concreto.

Apesar da inexistência de legislação Específica sobre a reprodução por útero em substituição, a prática de “barriga de aluguel” como um negócio jurídico de prestação de serviços mediante pagamento à gestante, não é possível no Brasil. De acordo com Viegas (2015), a prática de barriga de aluguel é enquadrada no Artigo 15 da Lei nº 9.434/97, no âmbito penal, que considera como crime o ato de comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano. A cessão uterina só é regulada de forma gratuita através das mencionadas resoluções do CFM. Entretanto, é corriqueiro aparecer casos em que mulheres alugam o seu útero para gerar filhos para outras pessoas. Inclusive existem vertentes doutrinárias que defendem a regularização da prática contratual do útero em substituição. Algumas das alegações destes defensores se referem ao fato de que o negócio não se relaciona com a venda de partes humanas, não é a criança ou o feto que é vendido, o negócio jurídico seria a prestação do serviço de gestação, o que, por si só, não se enquadraria na legislação penal. Estes defendem a

criação de uma legislação específica para os casos de barriga de aluguel e as condições em que um negócio jurídico seria aceitável.

Exemplo da discussão ética da ciência no direito são as próprias resoluções do Conselho Federal de Medicina, que tentam criar os primeiros aspectos de legalidade específica sobre a reprodução humana assistida e, em especial, o caso do útero em substituição e, de forma mais ampla, a Lei de Biossegurança. Por meio desta lei podem-se destacar algumas determinações que são derivadas das discussões da bioética, tais como: artigo 5º, § 3º, que veda a comercialização de células-tronco embrionárias, artigo 6º, inciso III que proíbe a engenharia genética em embrião humano, o Inciso IV, que proíbe a clonagem humana, artigo 24 e 25 que cominam as penas para a utilização ilegal de embriões.

A legislação e as resoluções tendem a colocar alguns limites na prática indiscriminada da reprodução assistida. Conforme exposto por (PAIANO; FERRARI; ESPOLADOR, 2013), tem-se a intenção de impedir que a maternidade por substituição quando a doadora não for parente, torne-se uma mera atividade comercial, por exemplo. Seria a transformação do útero da mulher em um mero instrumento de prestação de serviço reprodutivo.

Ainda, em concordância com Moreira (2016), o Biodireito, inspirado na discussão científica da bioética tem como pressuposto avaliar melhor os avanços tecnológicos e buscar humanizar os seus efeitos e consequência no plano legal e social, impondo limites aos processos biotecnológicos. O Biodireito requer normas coercitivas, embasados nos princípios da Bioética para tutelar os bens jurídicos envolvidos de forma que melhor se encaixe com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Acontece que o avanço da ciência e as demandas sociais são muito mais rápidas que o avanço do direito.

#### **4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE DE FORMAÇÃO FAMILIAR**

Dentre as previsões legais sobre o tema de reprodução assistida e a cessão uterina, mais especificamente, a que merece considerável destaque é o artigo 227, § 7º, da Constituição Federal que diz “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Tem-se neste artigo a mais significativa liberalidade trazida pela constituição em matéria de formação familiar, isto é verdade, mas ainda assim, como já discorrido neste trabalho, existem as limitações que também são impostas pela constituição, por leis, costumes e moral, dentre outras normas. Entretanto, cabe ser analisado o limite desta força de dois lados, da liberdade e do controle. Até onde vai a liberdade de formação familiar e quais os limites na ciência empregados para tal? Como é sabido, o direito e as práticas sociais são correlacionados e possuem um perfil evolutivo. De acordo com Arnaldo Rizzardo (*apud* QUARANTA, 2010), a formação familiar e as decisões internas da família, quanto à educação, costumes, moral e outras, é livre desde que “não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal”, assim, cabe ao Estado garantir a saúde sexual dos indivíduos e garantir acessos às técnicas que garantam o tratamento em prol da reprodução e fertilidade.

Como um princípio fundamental e de dignidade à pessoa humana, Quaranta (2010), considera o assunto também fundamentada na Lei 9.269 de 1996, referente ao conjunto de ações e garantia de acesso aos tratamentos de fecundidade como garantia às previsões constitucionais sobre a limitação ou aumento da prole pela mulher, homem ou pelo casal. Neste sentido, segundo a mesma autora, o direito de acesso a técnicas de reprodução assistida consiste em um cunho negativo por parte

do Estado, por este não poder proibir e também de cunho positivo, por este garantir os meios de acesso a tais práticas.

As próprias Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que versam sobre útero em substituição e reprodução assistida exteriorizam, em suas sucessões no tempo, o caráter inclusivo e evolutivo no que concerne à dignidade da pessoa humana. A primeira das resoluções, de 1992, positivava os primeiros preceitos éticos quanto à manipulação do embrião e vedação ao comércio do procedimento, mas estabelecia que a cessão uterina deveria ocorrer apenas em casos de infertilidade da mulher doadora e a cessão só poderia ocorrer entre parentes da mulher e de até o segundo grau. A resolução de 2010 inovou abrangendo a idade anterior de 35 anos para mulheres doadoras do útero, para até 40 anos, e passou a permitir a fertilização post mortem.

Em 2013, a idade da mulher doadora do útero foi estendida até 50 anos, parentes até o quarto grau podem ceder o útero e ainda abriu precedentes para situações excepcionais de útero em substituição ocorrer com doadora fora da família. Esta resolução também incluiu o método para casais homoafetivos, a doação compartilhada de óvulos e a triagem genética. Em 2015, mantiveram-se os avanços incluídos nas demais resoluções e clarificou a situação de casais homoafetivos femininos, permitindo a gestação compartilhada e restringindo a doação de gametas apenas aos homens e mantendo as limitações de comercialização de material genético e avanço nas práticas de melhoramento genético seletivo.

É importante ressaltar que os avanços nas resoluções tendem a incluir cada vez mais as novas possibilidades e demandas de formação familiar e seguir restringido aspectos de cunho ético quanto à manipulação indiscriminada dos embriões e comercialização desses. Segundo matéria reproduzida pelo CFM, é natural que o Conselho amplie o alcance das normas, visto que esta deve refletir os avanços na área de reprodução assistida e da própria sociedade. As mudanças nas resoluções

têm o objetivo de garantir a segurança e oferecer um escopo ético para o trabalho do médico.

Conforma abordado por Saldanha (2009), A dignidade é um valor intrínseco do ser humano, que gera ao indivíduo o direito deste decidir de forma autônoma sobre os seus projetos existenciais e de felicidade, com certa autonomia. Deste modo, “a dignidade é o limite e a tarefa dos poderes estatais”. Ainda, segundo o mesmo autor ordenamento jurídico brasileiro considera a família não somente pelos seus laços genéticos, mas assegura a proteção da família formada pelo afeto e comunhão de vida de seus integrantes por “colaboração, solidariedade e respeito recíproco”. Neste sentido, decidiu-se:

Família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credencia como base da sociedade. (BRASIL, 2011)

Como exemplo de liberdade de formação familiar através do método reprodutivo do útero em substituição e de sua absorção e defesa pelo Estado, pode ser citado um caso recente, veiculado pelo jornal Gazeta Online, em 17 de abril de 2017, em que uma mulher de 52 anos duas crianças gêmeas para o seu filho e seu companheiro homoafetivo. Neste caso, a avó das crianças foi quem as gerou, sendo que as gêmeas são, cada uma, filha, geneticamente falando, de um dos homens e foram civilmente registradas como filhas do casal homoafetivo, também pais biológicos. A gestora assinou um documento afirmando a não maternidade das crianças, confirmando apenas que ela foi o útero em substituição. Porém, o registro de filiação só foi possível mediante a intervenção da justiça, através de um ofício da Defensoria Pública, visto que o Cartório queria registrar a criança com o nome da mãe gestora e sem reconhecimento do pai.

Conforme apresentado por Oliveira e Júnior (2016) existe de forma regulamentar o Provimento 52 de 14 de março de 2016 do Conselho Nacional de Justiça, que pretende regulamentar o registro e a emissão de certidão de Nascimento de Crianças Nascidas por reprodução assistida. De acordo com tal provimento, não é necessária qualquer intervenção judicial para a emissão de Certidão de Nascimento aos filhos gerados por técnicas de reprodução assistida, seja ao casal heteroafetivo ou homoafetivo. Antes a criança era registrada em nome da gestora, pois se entendia por mãe biológica aquela que viesse a parir a criança. Agora não mais, e para o sucesso do registro é necessário apresentar a declaração de nascido vivo do hospital e a documentação da clínica de fertilização que tenha feito o processo além de todos os outros documentos necessários para comprovar a cessão uterina legítima e a paternidade biológica dos pais requerentes. Ainda, não deverá constar no registro o nome da parturiente, que constará apenas na declaração de nascido vivo.

Entretanto, de acordo com Silvera (2015) a falta de legislação específica quanto à gestação por substituição ainda traz problemas na área de filiação do registro civil, como visto no caso noticiado em exemplo, cabendo à justiça aplicar aos casos concretos princípios de direito em conformidade com ética e moral. Para a autora a questão da filiação não pode se limitar apenas ao campo genético ou civil por adoção, a filiação deve ser entendida como o vínculo existente entre pais e filhos, decorrentes de uma relação socioafetiva, seja adotivo, institucional, ou por reprodução assistida.

## **5 CONCLUSÃO**

A discussão sobre a reprodução humana assistida pela técnica de útero em substituição é ampla, envolve temática ética, moral, social, religiosa e lega. Por não haver uma legislação específica sobre a técnica, a mesma permanece em um limbo legal em que se tem por reverência a análise de uma vasta série leis, princípios,

normas, regulamentos e outros que tentam dar um mínimo de legitimidade e comportamento ético possível a prática. A dualidade entre o dever de permitir e o dever de controlar do Estado, é perceptível. O Estado deve garantir a evolução da ciência e a liberdade de formação familiar, da mesma forma que deve proteger o próprio homem do avanço das técnicas da ciência.

E é neste cenário de conflito e debate de ideias que a Bioética tem papel fundamental, sendo o ramo filosófico do pensar os limites da prática e evolução científica, inserida dentro de um contexto social, histórico e evolutivo, que dá subsídio à discussão sobre as legalidades e os limites legais de tais práticas. O Biodireito tenta positivar o que é discutido e inserido como eticamente aceitável ou não aceitável. É imprescindível, porém, que no dever do Estado através da Lei de proteger a vida social e os seus bens jurídicos essenciais, não seja suprimida a individualidade, as liberdades individuais, a liberdade de felicidade e a própria dignidade da pessoa humana que é considerada pela Constituição Federal como o princípio base à formação familiar.

O cenário social contemporâneo consagrou a existência de diversas formas de composição familiar e os avanços científicos encontraram novos meios de realizar o sonho de algumas famílias, ou indivíduos, de terem seus filhos e formarem suas famílias. O direito deve ter interpretação extensiva, a fim de fazer valer o princípio constitucional da contramajoritariedade, promovendo a inclusão e regulando novas demandas sociais e novas práticas científicas, evitando assim que procedimentos sejam realizados à margem da lei e deixando espaços para interpretações vagas.

## **REFERÊNCIAS**

AMORIN, Caroline; Pithan, Lívia. **Aspectos jurídicos da maternidade de substituição no direito brasileiro**. Monografia - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em:

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

<[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_1/caroline\\_amorim.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/caroline_amorim.pdf) > Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) >. Acesso em: 17 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Publicado em DOU, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm) >. Acesso em 19 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. 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) >. Acesso em: 17 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Provimento CNJ nº. 52, de 14 de maio de 2016**. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em:  
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf> >. Acesso em: 27 abr. 2017

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM nº. 2.121, de 24 de setembro de 2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em:  
<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em 17 abr. 2017

\_\_\_\_\_. União homoafetiva como entidade familiar. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, 04 e 05 mar. 2011. Disponível em: <

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683> >. Acesso em 27 abr. 2017.

FERREIRA, Felipe. Possibilidade jurídica da cessão temporária do útero no direito brasileiro. **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <<https://felipelpferreira.jusbrasil.com.br/artigos/328060018/possibilidade-juridica-da-cessao-temporaria-do-utero-no-direito-brasileiro> > Acesso em 17 abr. 2017.

GÊMEAS são geradas pela própria avó. **Gazeta Online**: portal eletrônico de notícias, Rio de Janeiro, abr. 2017. Disponível em: <<http://beta.gazetaonline.com.br/noticias/brasil/2017/04/gemeas-sao-geradas-pela-propria-avo-1014045244.html>>. Acesso em 19 abr. 2017.

LEITE, Gisele. A necessidade Imperiosa do Biodireito e da Bioética. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 12., n. 69, out. 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6610](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6610)> Acesso em 14 abr. 2017.

MOREIRA, Raquel Veggi. Útero de substituição face à bioética e ao biodireito. In: XI jornadas latino-americanas de estudos sociais da ciência e da tecnologia, **ANAIS...**, Curitiba, jul. 2016. Disponível em: <[http://www.esocite2016.esocite.net/resources/anais/6/1471883405\\_ARQUIVO\\_ArtigoEsociteEsocite31052016.pdf](http://www.esocite2016.esocite.net/resources/anais/6/1471883405_ARQUIVO_ArtigoEsociteEsocite31052016.pdf) >. Acesso em 14 abr. 2017.

MULHERES com mais de 50 anos poderão utilizar técnicas de reprodução assistida desde que assumam riscos juntamente com seu médico. **Conselho Federal de Medicina**. Brasília, set. 2015. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25753:2015-09-22-15-52-49&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25753:2015-09-22-15-52-49&catid=3) > Acesso em: 17 abr. 2017.

PAIANO, Daniela; FERRARI, Geala; ESPOLADOR, Rita. A cessão do útero e suas implicações na Ordem Contratual. In: Encontro de Iniciação Científica das Faculdades Integradas Antônio Eufrasio de Toledo, **ANAIS...**, Presidente Prudente, v. 9, n. 9, 2013. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/3461> >. Acesso em: 15 abr. 2017.

QUARANTA, Roberta. O direito fundamental ao planejamento familiar. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 74, mar. 2010. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7429](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7429) >. Acesso em: 27 abr. 2017.

QUINTINO JUNIOR, Eudes; OLIVEIRA, Pedro Bellentani. Registro civil na maternidade de substituição. **Migalhas**: portal eletrônico de notícias, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236544,91041-Registro+civil+na+maternidade+de+substituicao>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

RAHAL, Aline. Possibilidade jurídica da cessão temporária do útero no direito brasileiro. **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <<https://alinerahal.jusbrasil.com.br/artigos/254537623/possibilidade-juridica-da-cessao-temporaria-do-utero-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

SALDANHA, Ana Claudia. Efeitos da reprodução assistida nos direitos da personalidade. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, a. 12, n. 66, jul. 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6412](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara. A legalização do contrato de barriga de aluguel, sob a ótica do princípio da autonomia privada. In: **Jusnavegandi**, Teresina, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44596/a-legalizacao-do-contrato-de-barriga-de-aluguel-sob-a-otica-do-principio-da-autonomia-privada>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

VIEIRA, Flávia. Biodireito e bioética: a luta pela preservação da vida humana. In: **Boletim Jurídico**, Uberlândia, a. XVI, ed. 260, n. 1430, 2008. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1928>>. Acesso em 14 abr. 2017.

## MORTE DIGNA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O DIREITO DE MORRER

Alencar Cordeiro Ridolphi<sup>5</sup>  
Tauã Lima Verdán Rangel<sup>6</sup>

**Resumo:** O objetivo do presente artigo está assentado em analisar a (in)existência do direito à morte digna, a ser invocado em casos de abreviação do sofrimento do paciente que se encontra em estado terminal ou cujas técnicas médicas sejam incapazes de eliminar o sofrimento vivenciado por aquele. A discussão envolvendo o direito à vida e o direito à morte, no que toca ao ordenamento jurídico, reveste-se de complexidade e, de maneira comum, traz para o debate concepções que ultrapassam o formalismo contido na lei. Para tanto, os valores e os princípios comuns da Bioética e do Biodireito são invocados para provocar uma reflexão acerca dos contornos éticos sobre a abreviação da vida, em hipóteses de um indivíduo estar em graves condições de saúde. Neste sentido, a abreviação da vida apresenta por escopo colocar fim ao sofrimento apresentado pelo paciente. Logo, exsurge de tal debate a eutanásia como o ato de proporcionar morte sem sofrimento a um doente acometido por doença incurável, capaz de produzir dores atroz. Em que pese a tipificação penal existente, o debate se apresenta como necessário em decorrência da liberdade e da autonomia que o indivíduo possui de abreviar o seu sofrimento, devendo, desta feita, o Estado assegurar meios aptos para que haja uma morte digna. O método empregado foi o indutivo, auxiliado por revisão bibliográfica.

---

<sup>5</sup> Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade de Bom Jesus do Itabapoana. Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-Campos). Membro do Grupo de Pesquisa: “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade do Direito”. [alencar\\_cr@yahoo.com.br](mailto:alencar_cr@yahoo.com.br)

<sup>6</sup> Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: [taua\\_verdan2@hotmail.com](mailto:taua_verdan2@hotmail.com)

**Palavras-chave:** Morte Digna. Direito de Morrer. Eutanásia.

## **1 INTRODUÇÃO**

A morte é uma condição inerente à vida humana. É sabido e esperado que todo ser vivo, uma hora ou outra, tenha suas atividades vitais encerradas, seja de forma natural ou não. Entretanto, especialmente a partir da década de 1990<sup>4</sup>, vem se acalorando no meio científico e jurídico do mundo ocidental a discussão a respeito da possibilidade de se encerrar uma vida, ou de antecipar a morte de um indivíduo que esteja em graves condições de saúde e com o objetivo de colocar fim ao seu sofrimento, ou até mesmo atendendo a própria vontade do indivíduo em colocar fim a sua vida diante de tal situação e garantir-lhe o direito a uma boa morte.

Conforme apresentado por Dworkin (1993), nesta década alguns países aprofundaram a questão do direito de morrer ao debate público e jurídico, ampliando assim as discussões acerca da eutanásia. Nas palavras de Houaiss (1836 *apud* AITH, 2007, p. 174), “a eutanásia é o ato de proporcionar morte sem sofrimento a um doente atingido por afecção incurável que produz dores intoleráveis”. Alguns estados dos Estados Unidos da América, a partir do final da década de 1980 e início dos anos 1990, passaram a identificar a possibilidade de poder a vida ser sim interrompida propositalmente. De forma mais significativa o Canadá e a Holanda, nesta mesma época, passaram a permitir que, em alguns casos a vida poderia ser encurtada pela vontade de um paciente final ou por decisão de sua família ou ainda poderia o paciente recusar-se a ser submetido a tratamento médico ou suporte vital. Na Holanda, mais especificamente, passou a não ser considerado como ato criminoso a ação do médico que viesse a praticar algum procedimento de encurtamento da vida do paciente em alguns casos identificados como passíveis de eutanásia.

Vale ressaltar que estas mudanças no entendimento jurídico foram (e ainda são) acompanhadas de um forte debate político e social. Várias são as questões

levantadas nestes debates, dentre elas algumas apresentadas por Dworkin (1993), tais como a possibilidade de se descobrir novos tratamentos e avanços médicos; a possibilidade de diagnósticos errados; as consequências sociais e os precedentes que esta prática poderia trazer para a sociedade; as consequências da eutanásia sobre a ética médica; até onde vai o direito de uma pessoa decidir sobre o fim de sua própria vida, ou de transferir a uma outra pessoa a capacidade de decidir sobre quando por fim à vida dela; a religiosidade sobre a vida humana, dentre outros pontos. São discussões de cunho ético, moral, social e religiosas e que são, de fato, pertinentes ao se analisar uma demanda social conhecida por direito de morrer dignamente.

Trazendo esta discussão para o meio jurídico e acadêmico brasileiro, de acordo com Vaz e Andrade (2015), a dignidade da pessoa humana e o direito à vida são fundamentos básicos da Constituição Federal do Brasil de 1988 e são a partir destes princípios que emanam e que são possíveis a prática dos demais direitos. Assim, é um dos objetivos básicos da República Federativa do Brasil zelar pela vida humana. Porém, indagam os mesmos autores: “até que ponto a manutenção desmedida da vida de uma pessoa é de fato o cumprimento de seus direitos e de sua dignidade?” Existe então alguma dignidade da morte e no direito de escolher morrer e ainda no direito de auxiliar a morte do outro devido a sua própria vontade ou pela vontade de sua família?

A discussão sobre a eutanásia e sua relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro é assunto que merece importante análise. Deve ser considerado também os princípios e os limites adotados pela bioética, provenientes das discussões entre a relação de práticas aceitáveis entre a ciência e o meio social em que se vive (MOREIRA, 2013), que fortemente influenciam as discussões no meio jurídico, mais precisamente no campo do Biodireito onde seus reflexos são mais incisivos.

No Brasil, atualmente, a prática da eutanásia ativa, passiva, indireta ou qualquer outra forma de tentar se encurtar a vida de forma proposital e voluntária é

proibida pelo ordenamento jurídico nacional. A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 1.805/2006 prevê a possibilidade de abreviamento do sofrimento de um paciente de morte certa e sem qualquer condição de cura ou melhora, o que para alguns estudiosos pode ser entendido como uma regulação da prática de Ortotanásia, que será abordada mais detalhadamente no decorrer deste trabalho, assim como as diferentes formas de eutanásia. Entretanto, por não haver lei específica que verse sobre eutanásia ou outras formas de encurtamento da vida, o médico que realizar tal procedimento não fica imune de eventuais ações penais por crimes contra a vida, conforme bem salientado por Aith (2007, p. 177).

Em conformidade com o salientado por Melo (2015) diante da omissão da Lei Penal Brasileira em tipificar a eutanásia como crime, ou de qualquer outra legislação que verse sobre o assunto, existe no meio jurídico nacional, mais precisamente no âmbito do estudo do Biodireito um amplo debate sobre a extensão da interpretação de princípios constitucionais no que tange às liberdades individuais e de escolha, vida digna, dignidade da pessoa humana e se há espaço para estas interpretações no sentido de dar ao indivíduo o direito de escolha em autorizar o fim de sua própria vida e garantir a si uma morte digna, quando compelido por uma situação de saúde que lhe trará grande sofrimento por morte certa ou por doença incurável.

## **2 ORTOTANÁSIA: DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS**

Maria Helena Diniz (2011, *apud*, GOMINHO, 2017, s. p.) entente eutanásia como a antecipação deliberada da morte de um doente em quadro irreversível ou terminal, a pedido seu ou da família diante do fato de sua incurabilidade, sofrimento e inutilidade do tratamento. Para Antônio Fernandes Rodrigues (2011 *apud*, MELO, 2015, s.p.) “A eutanásia, ou morte misericordiosa é a que é dada a uma pessoa que sofre de uma enfermidade incurável ou muito penosa, para suprimir a agonia demasiada longa e dolorosa”. São muitas as definições de eutanásia e todas elas

levarão, em resumo, à prática da morte antecipada de alguém em grave situação de saúde ou estado terminal para cessar o um sofrimento que poderia ser prolongado desnecessariamente. A eutanásia então é o ato de levar alguém à morte por misericórdia, conforme também entende Fernando Aith (2007). Importante compreender que a eutanásia não se trata de apenas uma técnica de morte, existem diferentes técnicas de abreviação ou encurtamento da vida que são chamadas por Eutanásia. Neste trabalho, cabe explicar as definições de Eutanásia Ativa, Eutanásia Indireta, Eutanásia Passiva e mais precisamente a Ortotanásia, que serão mais relevantes para este estudo e que são comumente confundidas como um termo único por Eutanásia.

Melo (2015), resume a eutanásia ativa como o procedimento em que a vida do paciente é eliminada de forma súbita, com o emprego de drogas letais ou com o desligamento de aparelhos que mantém a vida. A eutanásia ativa, então, requer uma atitude ativa por parte de um terceiro, geralmente médico, que conforme elucidado por Santos e Duarte (2016), pode se dar através da utilização de medicamentos controlados, overdoses ou injeções letais, com o objetivo de interromper a vida do paciente. Santos e Duarte (2016) também apresentam o conceito de eutanásia de duplo efeito, que seria a administração de medicação que ajuda a aliviar o sofrimento, mas que, com o tempo, esta medicação causará a morte do paciente. Assim, na tentativa de aliviar a dor do paciente e mantê-lo vivo, este morreria justamente pela administração desta técnica.

A eutanásia indireta, também apresentada por Vaz e Andrade (2015) como suicídio assistido, consiste na hipótese em que o próprio paciente venha a tirar sua vida, porém, orientado e auxiliado por um terceiro, geralmente médico. Neste caso, por exemplo, o médico disporia ao alcance do paciente um medicamento letal e este tomaria a decisão de utilizá-lo por sua conta.

Santos e Duarte (2016), apresentam a eutanásia passiva como a interrupção dos tratamentos até então empregados no paciente. Deste modo, o paciente vem a

morrer com o tempo. Para Vaz e Andrade (2015) na eutanásia passiva, o paciente terminal não tem sua vida encerrada antecipadamente. Ela ocorre por uma atitude omissiva, por isso passiva, por parte dos médicos e a pedido do próprio paciente ou de seus familiares, para que este não seja submetido a tratamentos invasivos e desnecessários que poderiam trazer e prolongar ainda mais o sofrimento, sem qualquer expectativa de cura em uma situação em que a morte do paciente é considerada certa.

Já a Ortotanásia, para Nogueira (2017), é uma forma de humanização da morte, sem abreviá-la nem prolonga-la desproporcionalmente. Neste caso a morte é considerada como morte natural e no seu tempo certo e não induzida ou antecipada. Com ou sem tratamento, a morte do paciente é considerada irreversível. Para Melo (2015) a Ortotanásia representa um processo de morte natural porque ao não interferir em um quadro de saúde em que a morte é irreversível o médico está contribuindo para que a morte siga o seu curso normal, apenas.

Conforme apresentado por Aith (2007), faz-se importante ainda a distinção entre eutanásia voluntária, involuntária e eutanásia por consentimento. A voluntária é quando ocorre o consentimento explícito pelo paciente, ainda em plenas capacidades psíquicas e mentais. A por consentimento é quando um representante legal, quando o doente não tem mais consciência, autoriza a realização do procedimento. E por último, a eutanásia involuntária seria quando, apesar se não haver o consentimento de um representante legal e nem a vontade expressa do paciente ou até mesmo existe a vontade expressada em negativa pela eutanásia, mas, ainda assim o médico decide, por sua conta, realizar o procedimento.

Nogueira (2017) apresenta o conceito de Distanásia, que também é interessante de compreender. É quase o sentido oposto da eutanásia. Enquanto esta busca encurtar a vida para evitar o prolongamento do sofrimento, aquela se trata de uma técnica em que o médico visa prolongar a vida de um paciente terminal, a qualquer custo, mediante técnicas médicas de efeitos inúteis, pois não irão melhorar

nem curar o enfermo, trazendo ainda mais sofrimento e dor. Trata-se de um tratamento médico “fútil ou de obstinação”. Para Melo (2015) a distanásia nada mais é que o prolongamento artificial da morte e por consequência também o prolongamento do sofrimento do paciente que ao invés de garantir-lhe uma boa morte ou uma morte natural o que acabaria por “prolongar sua agonia”.

No Brasil a grande discussão em torno da eutanásia paira sobre o sentido de Eutanásia Passiva e a Ortotanásia. Estes dois procedimentos, apesar de muito semelhantes, são diferentes, mas podem ser entendidas como fruto de uma atitude omissiva do agente. A Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM nº. 1.805/2006 traz a regulamentação da atividade médica quanto a prática de suspensão da vida. Esta, apesar de não expressa, pode ser entendida como Ortotanásia, mas também poderia ser confundida com a prática de Eutanásia Passiva. A mencionada resolução diz que é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. Deve ainda o médico esclarecer sobre quais as modalidades terapêuticas adequadas para cada caso e ainda fundamentar a decisão a cerca desta interrupção. Ao paciente também é garantido o direito de ter uma segunda opinião sobre o caso.

Para Roberto Luis Luchi Demo (2010), a prática regularizada pela Resolução CFM nº. 1.805/20116 não deve ser confundida com a eutanásia passiva, pois, no entendimento deste, trata-se da regularização da Ortotanásia e esta significa morte certa enquanto a eutanásia passiva se traduz em ação omissiva do médico em permitir, mesmo diante de meios terapêuticos possíveis, a morte do paciente, quando a inevitabilidade da morte ainda não estaria estabelecida. Na Ortotanásia, então, o médico deixa de intervir no desenvolvimento inevitável e natural da morte. Apesar das divergências de conceitos entre eutanásia passiva e Ortotanásia, este juiz federal

decidiu em favor da resolução, entendendo que não há crime de homicídio nos casos de Ortotanásia devidamente comprovados pelo médico.

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (BRASIL, 2016).

Entende-se, neste caso, que, não havendo mais técnicas e procedimentos médicos capazes de prolongar a vida do paciente de maneira digna, a melhor decisão a se fazer é nada fazer e garantir-lhe uma morte natural. Entretanto, alguns outros conceitos devem ser analisados, como, quem pode ser considerado um doente terminal ou um doente com morte certa e como se tomar a decisão pela aplicação de um procedimento destes? São algumas das questões iminentes que podem ser levantadas. Para Bomtempo (2011) a possibilidade da eutanásia garante respeito a autodeterminação da vontade e dignidade do indivíduo que se encontra nesta situação de saúde em que não há mais chances de se manter sua vida ou expectativa de cura.

Para Genival Veloso de França (2016 *apud* NOGUEIRA, 2017, s.p. ), é paciente terminal aquele que não mais responde a qualquer técnica médica e terapêutica conhecida e aplicada para o caso em questão durante a evolução da doença, sem qualquer condição de cura ou prolongamento da sobrevivência do paciente. Nestes casos, cabe apenas garantir os cuidados que tragam o máximo de conforto. Este autor destaca ainda que o quadro de paciente terminal não se confunde com o quadro de coma, o qual é reversível e nem com a demência, que apesar de ser irreversível não é garantia de morte certa. Há que se considerar ainda a Resolução nº. 1995/2012, também do CFM, que versa sobre a regularização da consideração das diretivas antecipadas de vontades e desejos de pacientes que no momento de decisões sobre

seus cuidados e tratamento se encontrem incapazes de se comunicar ou expressar-se de maneira livre e independente.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente. (BRASIL, 2012).

Segundo Melo (2015), a morte de uma pessoa pode ser separada em duas situações, a saber: a morte clínica e a morte biológica. A morte clínica consiste na morte do organismo como um todo, é quando todos os sistemas orgânicos do ser deixam de funcionar de forma integrada (MELO, 2015, s.p. ). Já a morte biológica é a morte de todo o organismo vivo e seus órgãos, não há mais atividades vitais e este processo é irreversível (MELO, 2015, s.p. ). Esta é a morte em essência e é com ela que o direito brasileiro considera a cessação da personalidade da pessoa de direito, adquirida com o seu nascimento vivo. A questão da eutanásia não paira somente neste enorme abismo entre a morte clínica e a morte biológica e todos os dilemas éticos, morais, científicos, religiosos e todas as possibilidades e dúvidas que existem sobre ela, mas advém antecipadamente ao momento da morte clínica, pois existem discussões acerca do direito do paciente optar pela eutanásia ainda de forma consciente, ou até mesmo previamente a uma condição de saúde que implique nesta tomada de decisão.

Independentemente do tipo de Eutanásia ou da Ortotanásia, a discussão sobre a eutanásia não decorre somente da discussão filosófica em antecipar ou não a morte, mas também sobre quais métodos, quais circunstâncias e o que ser considerado. Ora, conforme abordado por Dworkin, em seu livro “Domínio da vida”, capítulo primeiro (1993), as implicações sociais são gigantescas, podendo abrir precedentes e até mesmo contribuir com uma cultura de banalização da morte. Mas, nem por isso, o assunto deve ser deixado de lado e vale considerar as possibilidades em que se possa garantir uma morte com dignidade a um paciente, a depender do caso.

### **3 OS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS E SUA ESSÊNCIA HERMENÊUTICA**

A eutanásia apresenta-se como tema complexo e caminha nos campos da Bioética e do Biodireito, ou seja, as ramificações das discussões no campo da moral civil e social assim como da moral religiosa em que se considera a vida humana como algo sagrado. Dworkin (1993, cap. 7), diz que talvez seja justamente este princípio sagrado da vida que traz a principal oposição à eutanásia, neste sentido, independe se a pessoa tem interesse ou direito a uma boa e digna morte, sendo a vida algo inviolável. “O investimento natural em uma vida humana é fundamentalmente mais importante do que o investimento humano e a opção por uma morte prematura” (DWORKIN, 1993, p.302.). Todavia, este mesmo autor argumenta que, se os defensores desta visão divina sobre a vida refletissem sobre o próprio significado da vida, poderiam utilizar-se do mesmo argumento justamente para o contrário, para justificar a eutanásia, entendendo o prolongamento da vida de forma artificial como um legítimo atentado à natureza sagrada da vida humana.

Podem, plausivelmente, acreditar que prolongar a vida de uma pessoa muito doente, ou que já perdeu a consciência, em nada contribui para concretizar a maravilha natural da vida humana e que os objetivos da natureza não são atendidos quando artefatos de plástico, a sucção inspiratória e a química mantêm o coração batendo

em um corpo inerte e sem mente, um coração que a própria natureza já teria feito calar-se. (DWORKIN, 1993, p. 304).

Já na perspectiva da moral civil e social, a crítica à eutanásia se dá pelo medo da banalização da morte, sobre a ingerência e a pressão de terceiros no direito à vida de um indivíduo e sobre o entendimento do papel do médico na sociedade, por exemplo, Dworkin (1993, *passim*). Segundo o autor, pessoas mais idosas e com graves doenças poderiam se sentir pressionadas a autorizar a antecipação de sua morte por se sentirem como um peso financeiro e psicológico sobre a família (DWORKIN, 1993, p. 269?). Poderia trazer consequências graves para o debate sobre a vida e a morte e, cada vez mais, haver legislações mais permissivas ao induzimento da morte de alguém. E ainda, alterar a concepção do papel do médico que salva vidas para o médico que encerra vidas, dentre inúmeras outras possibilidades. Dworkin (1993) abrange mais as implicações sociais sobre a eutanásia, pois, sendo esta considerada um homicídio e vindo o Estado a legaliza-lo, viria o assassinato legal tornar a sociedade mais insensível perante a morte? Caso positivo, alusivamente, não teria o mesmo efeito a pena de morte ou o clamor social pela pena de morte? São perguntas eloquentes e complexas que este trabalho não tem por objetivo responder, mas sim levantá-las para a ponderação crítica do assunto em questão.

A análise do julgado mencionado anteriormente toma especial dimensão ao se entender o meio social em que a situação está inserida, que a prática descrita pela resolução do CFM refere-se à ortotanásia e não a uma prática de Eutanásia Passiva. Para Demo (2010), cabe analisar as considerações feitas no âmbito da Bioética ou do Biodireito para a compreensão do assunto. Neste sentido, configura-se a interpretação do que está escrito na resolução e busca-se confrontar esta norma com os princípios constitucionais de direito aos quais o ordenamento jurídico brasileiro está submetido, assim como aos anseios sociais ora vigentes. Nota-se a importância do trabalho da hermenêutica em interpretar a norma do CFM e não configurá-la com ilícitos de crimes contra a vida tipificados no Código Penal Brasileiro e entender que a

regulação da ortotanásia encontra-se balizada na Constituição Federal Brasileira. Na opinião de Tereza Rodrigues Vieira (*apud* DEMO, 2010), a Ortotanásia não é a antecipação da morte, mas sim a morte correta em seu processo natural e em um processo de se evitar a distanásia.

Conforme apresentado por Queiroz (2011) com o progresso das inovações terapêuticas e a emancipação do paciente faz-se necessária a regulação da ciência através de uma Bioética, que pode ser entendida como a discussão sobre as práticas profissionais da área de ciências e da saúde e suas implicações nas relações sociais entre os homens e também entre os homens e outros seres, com o objetivo de garantir a proteção da integridade humana sob o princípio da dignidade da pessoa humana. (SÁ; NAVES, 2009, p. 6 *apud* QUEIROZ, 2011). Para Dworkin (2007 *apud* QUEIROZ, 2011, s.p.) os princípios éticos devem ser considerados uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade .

Neste sentido da relação da Bioética com a prática da Ortotanásia ou da eutanásia em geral, cabe enquadrar a discussão dentro dos princípios que regem o pensamento bioético. A Bioética rege-se pelos princípios da não maleficência, da beneficência, respeito à autonomia e da justiça. O princípio bioético do respeito à autonomia, conforme explicitado por Queiroz (2011), refere-se ao respeito da vontade do indivíduo e seus representantes, quando cabível, respeitado também os seus valores morais, religiosos e a sua intimidade. É o reconhecimento de suas liberdades de escolha, de seus limites como pessoa desde que não venham suas escolhas prejudicar outros ou ferir princípios fundamentais de direitos. Seria a capacidade de se autogovernar do indivíduo.

Para o princípio da Beneficência, o mesmo autor destaca sua característica de complacência, a prática de um ato de boa vontade para outrem. É um princípio de garantia do bem-estar através de ações positivas em busca deste fim. Seria, em resumo, fazer o bem. Este autor também detalha o princípio da não maleficência, que se refere a obrigação de não se causar dano ao paciente utilizando-se de métodos e

práticas terapêuticas. São derivados de ações positivas e negativas em que, além de ter a obrigação de fazer o bem, o médico ou outro profissional das áreas de ciências e saúde deve também deixar de fazer aquilo que possa ser prejudicial, maléfico ao paciente. E por último, aborda o princípio da justiça que visa a distribuição justa e equitativa das ações médicas e científicas, dentro do que for necessário e permitido pelas normas e pelo ordenamento jurídico como um todo. A ação do profissional não pode ultrapassar os limites legais.

É por meio de questionamentos éticos, pautados nestes princípios que se permite a interpretação de normas, leis e princípios com o objetivo de pensar e regular a prática da eutanásia, não só no Brasil, mas também no mundo. Como já mencionado, no Brasil através da interpretação do ordenamento jurídico a Ortotanásia é tolerada. Conforme apresentado por Demo (2010), tal procedimento pode ser aceito bom base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana; da não tortura e não submissão a tratamento desumano; da autonomia da vontade e ademais, de leis que autorizam o paciente a recusar determinados procedimentos médicos com os quais não concorde e que reconhecem a autonomia do paciente como seu direito. Deste modo, respeita-se a vontade do indivíduo ou daquele que legalmente o representa e, assim, garantido a vontade do indivíduo em manter-se sua morte em curso natural, não há o que se falar em malefícios ao paciente, mas sim em benefícios, visto que sua morte é certa e este não quer ver prolongado seu sofrimento. Conforme exposto por Maria Elisa Villas Boas (não informado, *Apud* DEMO, 2010, p. 10) “Não é crime morrer em casa, ou sob cuidados que mais se aproximem dos domiciliares [...] é a morte mais natural e humana, quando já não se pode evitar ou adiar a contento”.

Entretanto, Demo (2010) salienta que a resolução do CFM que regulamenta a Ortotanásia não dá ao médico o poder de decidir sobre a vida e a morte de um paciente. Cabe apenas identificar, através de critérios técnicos, se há degradação ou o início de um processo de morte do paciente o qual venha a justificar a Ortotanásia.

Para este juiz a referida resolução, assim como a prática da Ortotanásia, asseguram os princípios da bioética, pois permite a autonomia do paciente, obrigando que tanto o indivíduo como seu representante legal estejam envolvidos no processo, assegurando também que o médico tenha que fazer de tudo o que dispuser ao seu alcance em benefício do indivíduo e deve evitar a todo custo qualquer ação que venha a causar mal de forma proposital ao paciente.

A Ortotanásia deve ocorrer em uma relação de confiança entre o paciente, a sua família e o médico. Porém, o autor salienta que a resolução não versa sobre direito penal, mas limita-se a estipular a prática médica aceitável a fim de possibilitar mais segurança ética e profissional ao médico que decida por seguir com uma Ortotanásia. Entretanto, um médico poderá vir a ser processado e responder por crime contra a vida, de acordo com o Código Penal Brasileiro, caso não venha a conseguir justificar devidamente o ato praticado. Essa distinção entre a legislação penal e a norma profissional médica não é irracional, apesar de ser crítica, pois, conforme pode ser elucidado por Dworkin (1993, p. 260) “acreditam que os médicos não devem, sejam quais forem as circunstâncias, transformar-se em assassinos.

Seguindo o proposto por Melo (2015), no Brasil inexistente legislação penal específica para a prática da eutanásia, mas também não existe legislação específica que a regule. A prática da eutanásia pode ser enquadrada na tipificação de homicídio, conforme Artigo 121 do Código Penal: “Matar alguém, pena de reclusão de seis meses a 20 anos”. Todavia, a eutanásia pode ser considerada um homicídio com atenuante de pena, como explicitado no parágrafo primeiro do Artigo 121, que no caso de matar alguém por motivo de relevante valor social ou moral ou sob domínio de violenta emoção pode haver redução de pena de um sexto a um terço. Ou ainda, pode também haver enquadramento no crime tipificado no Artigo 122 do código penal “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça” (crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio). Também há de se atentar para o

Artigo 132 “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente” (crime de perigo para a vida ou saúde de outrem).

Para Melo (2015), nos casos de interpretação da lei penal com o caso concreto da prática médica, o segredo está na ponderação do comportamento da prática de eutanásia ou Ortotanásia empregada, para só assim poder ser tipificado e apenado algum eventual crime cometido. Mas, vale enfatizar, que só seria aceita a escusa de crime a configuração da Ortotanásia. Qualquer prática de eutanásia no Brasil, seja ativa, passiva ou indireta, será enquadrada como crime de homicídio ou de induzimento ao suicídio, respectivamente. Mas, ainda assim, caso o médico venha a praticar a eutanásia por motivo de comoção pela notável e irremediável agonia do enfermo em situação comprovada de prognose médica, poderá o médico ter sua pena reduzida ou até mesmo receber absolvição.

Os princípios da Bioética aplicados no campo do Biodireito dão subsídio fundamental à interpretação das leis e à criação de novas normas ao se tratar de assuntos polêmicos que envolvam a vida humana perante a evolução científica e social. O direito, como sabidamente já batido, é evolutivo e toda norma deve ser criada e interpretada em conformidade com o momento histórico e cultural em que ela está inserida. Com isso, por mais que haja a possibilidade de uma determinada prática, nem sempre haverá a permissibilidade, mesmo quando se alega um bem ou um princípio de direito humano maior. Em consonância com Queiroz (2011) o ideal da bioética é a instrumentalização da forma adequada dos direitos dos homens com a constante preocupação em tutelar de forma efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana frente aos avanços científicos, para que não se venha invocar este princípio justamente para degradar a vida e a dignidade humana. “É a necessidade de se constituir novos paradigmas de cunho ético, jurídico e social”.

#### **4 O DIREITO À MORTE DIGNA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal estabelece a inviolabilidade da vida, direito também garantido nos Artigos 227 e 230 do mesmo documento. Mas, o mesmo *caput* também garante a inviolabilidade da liberdade, e a saúde é tutelada como um direito social em diversos trechos da Constituição. A mesma Carta também previne o indivíduo de tratamentos desumanos, degradantes e de tortura, além da previsão da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º. É neste ambiente de aparente conflito entre princípios norteadores do direito brasileiro que, até então, entende a justiça que a prática da eutanásia no Brasil é considerada homicídio, ainda que atenuado e que a Ortotanásia pode ser tolerada. Traduz-se, deste modo, que o direito brasileiro entende ser a obrigação do Estado em zelar pela vida, superior ao direito individual de se optar pela morte, mesmo que um paciente venha a alegar que a sua vontade de morrer antecipadamente em virtude de sua condição de saúde venha a lhe garantir felicidade, dignidade e que o contrário disso seria uma situação torturante.

Entretanto, o direito a uma morte digna também pode ser compreendido como o direito a uma boa vida. De que adiantaria o Estado garantir a vida, a qualquer custo, se neste sentido uma série de outros princípios seriam violados e se a própria manutenção da vida do indivíduo poderia estar sendo entendida por este como uma condição desumana, degradante e indigna? Tomando como exemplo a relação da eutanásia com a pena de morte, apresentada por Dowrkin (1993), a instituição ou o clamor da pena de morte parece ser muito mais plausível e aceita perante a sociedade. Seria então o direito de o Estado assassinar o criminoso, mesmo contra sua vontade individual, mais justo e digno que o direito de um indivíduo optar pela sua morte digna? Há de se entender que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida é absoluto no ordenamento jurídico brasileiro. No artigo 5º, inciso XLVII, é

apresentada a exceção à pena de morte em caso de guerra. O artigo 23 do Código Penal apresenta as hipóteses de excludentes de ilicitude e que também se aplicam no caso de homicídio, não sendo crime o ato de matar alguém, por exemplo, em legítima defesa. Deste modo, a morte já tem no Brasil algum contorno de regularização e situações em que o homicídio pode não ser considerado como crime, mas discute-se a eutanásia como uma condição de legalização do homicídio e violação do direito à vida.

Ainda em consonância com o que é tratado na obra de Dworkin (1993), a discussão sobre a eutanásia deve levar em consideração o que a pessoa entende por vida digna e a forma de vida que essa pessoa levou até o momento em que venha optar pela sua cessação. Pois o desejo do indivíduo que quer adiantar sua morte diante de uma situação de doença e sofrimento sem cura e com morte presumida, na verdade, deve ser encarado como um desejo de vida, um desejo de vida que não é mais possível ter. Então, nesses casos levando em consideração que estas pessoas, nestas condições, e que entrarão em um estado de total incompetência para responder por seus atos, devem ter o direito de escolher o seu tratamento médico mais adequado? Devem ter o direito à opção de escolher que não querem ser mantidas vivas após entrarem em determinado estado vegetativo, ou ainda mais incisivo, poderiam autorizar que terceiros venham a tomar estas decisões por eles mesmos quando já não assim o puderem?

Outra importante questão a ser pensada é também verificar se poderiam pessoas, saudáveis, sem qualquer quadro clínico negativo, vir a realizar testamentos de vida expressando seus desejos quanto a uma possível antecipação de sua morte caso, um dia, incertamente, venham a se encontrar em estado de saúde grave, irreversível, incurável e com morte presumida? Até onde vai o direito do indivíduo em decidir sobre sua morte em respeito aos princípios da individualidade, da autonomia da vontade, da vida boa e digna e até onde vai poder do Estado em interferir na individualidade humana para garantir o cumprimento de princípios de direito? Mais uma vez, são questionamentos que não possuem respostas certas e nem

momentâneas, mas que abrem o caminho e a mente para se discutir o direito a uma boa morte como garantia da dignidade da pessoa humana.

O Princípio da Legalidade traz especial ligação com o princípio da autonomia da vontade do indivíduo, pois de acordo com o Inciso II do Artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (BRASIL, 1988). A mesma ideia de que tudo é livre de acordo com a vontade do indivíduo também é expressa, no inciso XXXIX do mesmo dispositivo constitucional, mas encontra-se aí também a garantia do Estado reprimir ou penalizar uma conduta: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). De acordo com Toaldo (2001), a Constituição de 1988 promoveu profundas alterações nos valores jurídicos e alterou significativamente a noção de direito privado baseado nos interesses individuais. Apesar da autonomia da vontade o direito privado também se mistura com o direito público e é papel do Estado promover a relação e a interação entre eles. O Estado ganha significativo interesse em assuntos que, ora parecem exclusivos da esfera privada, mas que também ganham contornos diante de “interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”, como é a questão da Eutanásia, que além de realizar a vontade do indivíduo também traz significativos impactos na vida social de todos, como já levantado.

Entretanto, de acordo com Santos e Duarte (2016), o direito à vida posto na Constituição Federal deve ser analisado sob duas perspectivas, a vida biológica e a vida digna. Neste sentido, ainda que havendo a vida biológica, seria cabível defender que uma pessoa tem o direito de escolher morrer devido à sua condição de saúde, a qual não o garante mais a possibilidade de uma vida digna. Nestes casos, prolongar a morte seria submeter o ser humano a condições não humanas de dor, cansaço e prolongamento de um sofrimento desnecessário no ponto de vista da dignidade da pessoa. Para este autor o indivíduo deve sim ter garantida sua autonomia, como

essência de liberdade, em tomar decisões que dizem respeito à sua própria vida a partir de suas convicções.

Ser livre para decidir pela morte, quando não há mais vida, nem a garantia que vai tê-la, é a expressão mais sublime de que a autonomia da vontade ocupa espaço elevadíssimo no ordenamento jurídico, que só existe e se justifica no respeito à pessoa humana. (SANTOS; DUARTE, 2016, s.p.).

Assim, o Estado não teria então o direito de retirar do paciente o direito de morrer quando não mais o convém viver. Este direito é renunciado pela própria vontade e condições do indivíduo, que, apesar de ainda vivo, não o estaria mais se não fosse pelas condições artificiais que o mantém, ou já nem se quer possui condições de interagir com o meio e que se, lúcido estivesse, não aceitaria estar sendo mantido em tais condições e nem submetendo seus familiares a tão doloroso sofrimento, um sofrimento sem esperanças de solução.

De acordo com Melo (2015), respeitar a autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana é entender que o paciente tem o “controle sobre o seu próprio corpo, mente e espírito”. A medicina deve ser humanizada, e diante do sofrimento e da agonia de um indivíduo que implora para morrer ou que tenha expressado tacitamente tal vontade, não se pode a medicina e a lei se prender a princípios religiosos, que as vezes podem nem ser compartilhados pelo indivíduo em questão, mas sim basear-se pela razão e pelo amor ao próximo. Para a autora, a humanidade consiste em reconhecer que o prolongamento desnecessário da vida é desumano e indigno. Entretanto, a lei é falha, a vontade do legislador é pequena, pois esbarra em muitos conceitos morais sensíveis à sociedade e em nenhum momento há uma preocupação focada no sofrimento do indivíduo ou da humanização de sua morte. Quando o direito de uma morte digna é negado a um paciente que assim a deseja, essa negativa não é feita para garantir-lhe seus direitos (os quais muitas vezes ele nem irá mais usufruir), o que está sendo garantido, neste momento, é a vontade de outros,

preceitos de outras pessoas que não se encontram ali na dor e no sofrimento e que se julgam detentoras do poder de definir que, apesar de não haver mais esperanças para a vida daquele paciente ele não tem o direito de morrer, mas tem o direito de permanecer em sofrimento e agonia por tempo indeterminado.

No caso da Ortotanásia, especificamente, conforme justificado em julgado por Demo (2010), sob a ótica constitucional é plenamente possível sustentar tal procedimento e não tipificá-lo como homicídio. Demo considera ainda que a resolução em nada inova no ordenamento jurídico, pois apenas busca trazer segurança e transparência para uma situação que já era praticada e corriqueira, porém “escamoteada” pelos médicos por medo, justamente pela falta de regulamentação.

Para Aith (2007), o princípio da dignidade da pessoa humana possui um valor incerto e que aparentemente se volta como um princípio jurídico à proteção de todos, mesmo sobre aqueles que não possuem mais consciência de sua própria dignidade. Para o autor, merece uma discussão mais aprofundada no Brasil sobre essa relação da dignidade da pessoa humana e o seu possível direito a uma morte digna, pois é uma situação fundamental para se garantir o respeito à dignidade de uma pessoa doente em fim de vida. A resolução do CFM que regulariza a Ortotanásia já possui um viés mais humanista, ainda que restrito, ao se considerar a permissibilidade de deixar o doente morrer naturalmente ao invés de submetê-lo a um tratamento injustificável, penoso e sem qualquer possibilidade de eficácia.

## **5 CONCLUSÃO**

O princípio da dignidade da pessoa humana e todos os outros princípios a ele coligados trazem amplo poder de interpretação ao ordenamento jurídico e é neste cenário que se debate os limites das liberdades individuais, bem como os limites de interferência do estado sobre estas liberdades. O discurso torna-se ainda mais

delicado e importante, quando se toca nos limites da vida e da morte, nos limites da interferência do homem sobre sua própria vida e sobre a sua consciência ou não consciência ao decidir quando e como morrer, por exemplo. São as interferências das relações sociais, da moral social, da religião, da política, da justiça, da vontade individual dentre outras mais, que enriquecem e aquecem as argumentações sobre a eutanásia.

A bioética, por sua vez, tem papel fundamental em introduzir no ordenamento infralegal as regulações da prática médica profissional quanto aos procedimentos controversos à luz da justiça, como no caso da prática de Ortotanásia no Brasil. Apesar de não haver um respaldo legal sobre a prática, a citada resolução do CFM traz mais segurança ao profissional médico que assim decidir, em conformidade com o paciente ou seu representante legal, em seguir com o método. Ainda assim, este profissional não estará imune a eventuais embates com o Estado diante da justiça criminal. Do mesmo modo, a prática ética regulamentada supre a justiça nestes eventuais embates e elucidam o direito com novas concepções e visões que dão suporte ao trabalho hermenêutico da justiça e na função legislativa quando da criação de eventuais novas normas legais.

Não se pode entender a discussão sobre Eutanásia de forma simplista, como a legalização de homicídio ou como a autorização e banalização da morte a qualquer tempo e custo. Deve ser entendida sim como um debate justo sobre quais as condições específicas, restritas, quais as técnicas regularizadas, procedimentos de formalização de limites para que, só assim, o direito a uma morte digna possa ser introduzido formalmente no ordenamento jurídico brasileiro, de forma séria e destinado ao seu objetivo que é garantir a autonomia do indivíduo frente à sua condição de sofrimento como forma de garantia da dignidade da pessoa humana.

**REFERÊNCIAS**

AITH, Fernando. Morte digna: direito natural do ser humano. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 8, n. 1, mar.-jun. 2007, p. 173-187.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Resolução nº. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina**: efetivação do direito de morrer com dignidade. Universidade Federal de São Carlos. Nov. 2011. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/resolu%C3%A7%C3%A3o-n-18052006-do-conselho-federal-de-medicina-efetiva%C3%A7%C3%A3o-do-direito-de-morrer-com-di>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 09 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM nº. 1.805, de 28 de novembro de 2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM nº 1.1995, de 31 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em 13 mai.2017.

\_\_\_\_\_. Sentença Processo nº. 2007.34.00.014809-3. **Seção Judiciária do Distrito Federal**. 14ª Vara Federal. Juiz Federal Substituto Roberto Luis Luchi Demo. Dez. 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais**. CAMARGO Jefferson Luiz (trad.). 2 ed. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 1993.

GOMINHO, Leonardo. Reflexão jurídica sobre a eutanásia e o suicídio assistido sob a ótica do filme “mar a dentro”. **Jusbrasil**. Abr. 2017. Disponível em: <[https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/449373478/reflexao-juridica-sobre-a-eutanasia-e-o-suicidio-assistido-sob-a-otica-do-filme-mar-adentro?ref=topic\\_feed](https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/449373478/reflexao-juridica-sobre-a-eutanasia-e-o-suicidio-assistido-sob-a-otica-do-filme-mar-adentro?ref=topic_feed)>. Acesso em: 11 mai. 2017.

MELO, Ana Carolina Pereira. A polêmica da legalização da eutanásia no brasil: o dever ético de respeito às vontades antecipadas dos pacientes terminais. **Jus Navegandi**. Set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42873/a-polemica-da-legalizacao-da-eutanasia-no-brasil-o-dever-etico-de-respeito-as-vontades-antecipadas-dos-pacientes-terminais>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

MOREIRA, Raquel Veggi. útero de substituição face à bioética e ao biodireito. **XI jornadas latino-americanas de estudos sociais da ciência e da tecnologia**. Curitiba, jul. 2016. Disponível em: <[http://www.esocite2016.esocite.net/resources/anais/6/1471883405\\_ARQUIVO\\_ArtigoEsociteEsocite31052016.pdf](http://www.esocite2016.esocite.net/resources/anais/6/1471883405_ARQUIVO_ArtigoEsociteEsocite31052016.pdf)>. Acesso em 14 abr. 2017.

NOGUEIRA, Laís. Análise jurídica sobre o instituto da eutanásia. **Jusbrasil**. Fev. 2017. Disponível em: <[https://laisnogueira.jusbrasil.com.br/artigos/426166156/analise-juridica-sobre-o-instituto-da-eutanasia?ref=topic\\_feed](https://laisnogueira.jusbrasil.com.br/artigos/426166156/analise-juridica-sobre-o-instituto-da-eutanasia?ref=topic_feed)>. Acesso em: 11 mai. 2017.

QUEIROZ, Andressa V. de. Eutanásia, uma morte digna à luz do biodireito. **Monografias Brasil Escola**. 2011. Disponível em: <[http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/eutanasia-uma-morte-digna-luz-biodireito.htm#capitulo\\_3.4](http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/eutanasia-uma-morte-digna-luz-biodireito.htm#capitulo_3.4)>. Acesso em: 08 mai. 2017.

SANTOS, Jozabed Ribeiro dos; DUARTE, Hugo Garcez. Eutanásia: o direito de morrer à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *In: Âmbito Jurídico*. Rio Grande, a. 19, n.48, mai. 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17150&revista\\_caderno=27](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17150&revista_caderno=27)>. Acesso em: 08 mai. 2017.

TOALDO, Adriane Medianeira. Notas sobre a constitucionalização do direito civil: da individualidade à sociedade. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 15, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11323](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11323)>. Acesso em: 11 mai. 2017.

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

VAZ, Wanderson Lago; ANDRADE, Bruna de Oliveira. O direito à morte digna. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, nov. 2015. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-a-morte-digna,54816.html>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

## O TESTAMENTO VITAL EM PAUTA: A AUTONOMIA DA VONTADE À LUZ DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA BIOÉTICA

Alencar Cordeiro Ridolphi<sup>7</sup>  
Tauã Lima Verdán Rangel<sup>8</sup>

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é analisar a discussão acerca da utilização do Testamento Vital como um instrumento jurídico garantidor da autonomia da vontade do indivíduo em assegurar o respeito às diretivas antecipadas de vontade por ele manifestada, enquanto paciente, em plena capacidade civil e em sã consciência para decidir por si próprio. A discussão envolve a análise do ordenamento jurídico brasileiro e a interpretação de princípios constitucionais garantidores de liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana. Também, faz-se necessário apresentar o debate teórico e a análise de julgados que versem sobre o tema para melhor entender a complexidade e a extensão do instituto do Testamento Vital na vida jurídica e na realidade médica, de acordo com os princípios da Bioética profissional, bem como sua inter-relação com o Biodireito. Devem ser discutidos, ainda, aspectos como o papel do médico, da família e do indivíduo no processo de tomada de decisão quanto à aplicação, ou não, de diretivas antecipadas; as responsabilidades civis e os limites do indivíduo em manifestar-se, autonomamente, sobre a sua própria saúde e seus desejos quanto a procedimentos e técnicas que deseja ou recusa-se a ser submetido.

**Palavras-chave:** Bioética. Autonomia da Vontade. Testamento Vital.

---

<sup>7</sup> Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade de Bom Jesus do Itabapoana. Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Candido Mendes (UCAM-Campos). Membro do Grupo de Pesquisa: “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade do Direito”. alencar\_cr@yahoo.com.br

<sup>8</sup> Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua\_verdan2@hotmail.com

## **1 INTRODUÇÃO**

O debate contemporâneo sobre a autonomia da vontade do indivíduo em decidir sobre assuntos importantes a respeito de sua própria vida ganha cada vez mais contorno e espaço no meio jurídico brasileiro. Com um Estado Democrático de Direito, baseado em princípios constitucionais que garantem uma séria de liberdades e a necessidade de respaldo legal para regular vontades individuais que venham trazer impactos significativos ao meio jurídico e social, faz-se necessário o pensar legalista a respeito de questões que envolvam o desejo do indivíduo em se manifestar favoravelmente ao encurtamento da sua vida diante de algumas situações peculiares.

Conforme abordado anteriormente em outro trabalho (RIDOLPHI; RANGEL, 2017), a partir de 1990 cresce significativamente as discussões, no meio científico e jurídico, a respeito das possibilidades e maneiras de encerramento da vida de forma voluntária por pessoas que estejam em condições de saúde específicas e que não existam mais expectativas de melhoras ou recuperação da saúde, bem como da qualidade de vida da pessoa. São discussões polêmicas e conturbadas, pois envolvem aspectos políticos, religiosos, científicos, culturais dentre outros mais e que têm significativo reflexo no pensamento do coletivo social sobre como encarar a vida e a morte dentro de uma sociedade.

Existem discussões sobre o tema em diversos países, especialmente dentre os países ocidentalizados e democráticos e que influenciam os debates jurídicos e científicos no Brasil. Atualmente inexistente legislação específica que regule o direito de morrer ou mesmo o direito e as condições de como deve o indivíduo proceder para manifestar sua vontade em relação às possibilidades de encurtamento voluntário de sua vida. As únicas regulamentações vigentes, porém, infralegais, estão sob forma de Resoluções do Conselho Federal de Medicina - CFM, sendo elas: a Resolução nº. 1.805/2006 que “prevê a possibilidade de abreviamento do sofrimento de um paciente de morte certa e sem qualquer condição de cura ou melhora” (RIDOLPHI;

RANGEL, 2017, s.p.), regulando o exercício da profissão médica diante do procedimento de Ortotanásia, mas sem respaldo legal específico, e a Resolução 1.995/2012, que dispõe sobre a consideração pelo médico das diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, mas que também não regulam a maneira da manifestação e os limites de tais manifestos, até mesmo porque tal instrumento normativo não teria poderes legais para tais pretensões.

O Testamento Vital, de acordo com o entendimento de Dadalto (2013), refere-se a um procedimento de diretiva antecipada de vontade que serve para uma pessoa declarar, em sã consciência, sua vontade em receber ou não determinados tratamentos de saúde quando esta vier a se encontrar em uma situação de estado terminal de vida e impossibilitada de se manifestar de forma consciente. Conforme a autora, trata de uma “declaração prévia de vontade” de um paciente sobre o seu entendimento, quando ainda lúcido, relativos às suas vontades caso venha a acontecer determinadas situações futuras em que este não puder mais decidir-se por si mesmo.

Ainda conforme Dadalto (2013), apesar da inexistência de normas legais reguladoras sobre a o testamento vital e as diretivas antecipadas da vontade do paciente no Brasil, não significa dizer que a utilização deste instrumento não poderia ter valor e garantir a efetivação de direitos individuais. Aos profissionais de saúde e operadores do Direito, diante da inexistência de norma legal regulamentadora sobre o assunto, devem seguir uma “interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais” ora vigentes, além das mencionadas Resoluções, na defesa da validade da declaração de vontade do paciente. Diante desta realidade interpretativa, princípios como os da Dignidade da pessoa humana; autonomia da Vontade; proibição de tratamentos desumanos; tortura; direito à saúde e à boa vida; dentre outros mais, devem ser observados.

Os avanços científicos nas áreas médica e biológica, mais precisamente, e os avanços nas relações de direitos humanos e liberdades individuais, associados à

expansão do acesso e da produção de informações, contribuem significativamente para trazer à luz do debate público discussões sobre temas que são culturalmente e historicamente considerados polêmicos e tabus. Na visão de Mallet (2015), com estes avanços se “criou novas situações limítrofes entre a vida e a morte, evidenciando os conceitos de eutanásia, ortotanásia, distanásia e suicídio assistido” e cria ainda um novo instituto jurídico, tal como o testamento vital que, na prática, se distancia dos conceitos tradicionais de testamento e do direito de sucessões, ideia esta também compartilhada por Dadalto (2013).

O que se discute a respeito deste tema é a capacidade de o indivíduo decidir por si próprio, ou autorizar a outorga para outrem decidir – em caso de incapacidade de consciência – sobre os limites de se aceitar ou recusar um determinado tratamento médico para o prolongamento de sua vida. Ainda, teria o indivíduo tal direito de sobrepor a autonomia da vontade e sua noção de dignidade sobre o direito à vida? De acordo com Silva e Gomes (2012, p. 205), “o prolongamento indeterminado da vida de pacientes terminais proporciona que estes indivíduos vivam a própria morte”, distanciando-se das intenções de manutenção da qualidade de vida e da dignidade da vida e da boa morte. Debater a regularização deste instrumento diretivo de vontade não significa a liberalização da morte, mas pelo contrário, é justamente encontrar limites para a aplicabilidade de tal instituto para que este não seja banalizado. É encontrar as lacunas possíveis para se garantir a dignidade através de um procedimento segmentado e não generalizado. O injusto é não permitir que alguns pacientes, em particular situação, não tenham seus desejos e sua dignidade garantida em detrimento do ideário geral ou da falta de regulamentação legal por parte do Estado brasileiro.

São estas questões, resumidamente, que geram significativo debate ético e profissional entre os meios de saúde e possuem na Bioética o seu campo de análise. De forma simbiótica, a justiça é provocada e assim o Biodireito influencia e é

influenciado por tais assuntos, pois a bioética encontra seus limites nas normativas legais e a elas influência com suas reflexões. Conforme elucidado por Mallet:

As diretrizes e conceitos da Bioética, entretanto, não são coercitivos para o Direito. É preciso que os procedimentos lícitos sejam regulamentados, estabelecendo delineamento constitucional, estabelecendo regras e balizas à atuação. O Direito deve intervir no campo das técnicas biomédicas, quer seja para legitimá-las, quer seja para regulamentar ou proibir outras, não podendo ficar inerte. (MALLET, 2015, s.p.).

Neste artigo, serão apresentados pontos de vista, estudos e pesquisas referentes a possibilidade de utilização do testamento vital como forma de direito garantidor da autonomia da vontade do indivíduo, balizado pelo princípio da autonomia da vontade e pelos princípios que regem a bioética e a ética profissional médica. Também serão apresentadas algumas conceituações sobre o que é, de fato, e como se processa o testamento vital e as suas atuais possibilidades de aplicação no Brasil, bem como a análise de julgados sobre o assunto para melhor embasar a tendência jurídica moderna em admitir, em casos específicos, a possibilidade do testamento vital.

## **2 OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E AUTONOMIA DA VONTADE**

Apesar da falta de regulamentação legal sobre o testamento vital no Brasil, a comunidade médica e jurídica aceita algum teor de validade em tal documento, desde que, conforme salientado por Rosa *et all* (2014,s.p.), não fira “preceitos da ética médica”. Tal instrumento é reconhecido como um ato de autonomia da vontade do paciente em não se submeter a tratamentos desumanos e abusivos em fase terminal de vida. Tais vontades devem, inclusive, se sobrepor a vontade da família e dos médicos que cuidam deste paciente. Tal é a importância da autonomia da vontade que a interpretação deste princípio constitucional se materializa na Resolução

1.995/2012 do CFM reconhecendo o desejo do indivíduo e submetendo a ética médica a tal vontade.

O artigo 2º da referida Resolução prevê que o médico levará em consideração as diretivas antecipadas do paciente. Prevê, também, a possibilidade de o indivíduo nomear um terceiro, representante deste, em caso de o paciente não poder mais responder por si. Assim, este representante deve conhecer e manifestar a vontade declarada do outorgante desta autonomia, diz o parágrafo primeiro do mencionado Artigo: “Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levaras em consideração pelo médico” (CFM, 2012).

De acordo com Massaroli e Fabro (2017, s.p.), é importante considerar que o entendimento jurisprudencial no Brasil tende a seguir uma evolução social do tradicional para o contemporâneo refletindo a necessidade do direito de se adequar às “necessidades de cada pessoa” em um contexto social em que as partes envolvidas no processo (médicos, indivíduo e familiares), tomam cada vez mais consciência sobre a importância de se observar a manifestação de vontade de um paciente como forma de manter a dignidade deste.

Ainda, de acordo com os autores, não há que se falar na invalidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, pois este se trata de “um negócio jurídico unilateral, personalíssimo, revogável, gratuito e informal, garantido por preceitos constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade” (MASSAROLI; FABRO, 2017, s.p.), resguardados sob a égide do Artigo 5º da Carta Magna. Refere-se ao direito de personalidade do indivíduo, tanto é que os autores entendem o fato de o suicídio não ser capitulado como crime na legislação brasileira, justamente por se tratar de um ato voluntário da pessoa. Assim, entende-se a autonomia da vontade do indivíduo sobre os limites de sua personalidade e também sobre a disposição de seu próprio corpo e consciência.

Entretanto, ao que se parece, existem alguns conflitos éticos e jurídicos na interpretação dos princípios constitucionais na prática da execução do Testamento

Vital. A autonomia da vontade, assim como qualquer outro princípio ou norma jurídica, não é absoluta e tende a ser moderada em sua interpretação. Conforme elucidado por Rosa et all (2014, s.p.), a medicina moderna, com suas inovações técnicas e científicas, tende a todo custo prolongar a vida mediante procedimentos diversos, mesmo que estes não venham a trazer significativa melhora ou expectativa de vida. É justamente nesta seara que se exprime o conflito entre princípios: dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e direito à vida, mais precisamente. Até onde dar autonomia ao indivíduo sobre decidir o que é melhor para a sua saúde e a sua vida diante das possibilidades médicas e científicas para trata-lo? Até quando manter um indivíduo vivo sob um tratamento ineficaz? Qual é o momento em que o indivíduo pode decidir por pôr fim à sua vida, com o auxílio profissional de um médico? Quando um tratamento médico se transforma em algo indigno à vida humana? No entendimento de Borges (2001 apud ROSA *et all*, 2014, s.p.), “é assegurado o direito à vida (não o dever), mas não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento”. Para esta autora, não se trata de uma eutanásia, mas permitir ao indivíduo a possibilidade de interromper tratamentos inúteis sem qualquer resultado positivo.

Rosa *et all* (2014, s.p.) apresentam também a tendência doutrinária em assegurar a validade dos testamentos vitais sob a interpretação dos princípios da dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade. Mallet (2015, s.p.) sustenta que, na garantia de tais princípios, não basta apenas o indivíduo estar vivo, é preciso que a este sejam garantidas condições que lhe assegurem o respeito, liberdade e outras condições humanitárias que possibilite a pessoa realizar-se de forma humana, conforme suas crenças e desejos. É a garantia efetiva à pessoa por decidir sobre seus desejos e objetivos pessoais.

É no campo dos limites da aplicação de tais princípios e no atendimento da vontade do paciente que se insere o papel do médico, respaldado e discutido no âmbito da Bioética e do Biodireito. O conhecer científico deve ser utilizado da melhor

forma possível à satisfação das enfermidades e desejos de um indivíduo. Mallet (2015, s.p. ) ressalta que o indivíduo “não pode ter sua vontade interrompida e nem ser transformado em instrumento”. Não se trata de aplicar procedimentos médicos ilimitadamente, mas sim, analisando o caso de forma profissional, garantir que as atitudes e procedimentos médicos sejam aplicados conforme as diretrizes éticas que balizam a profissão médica. De acordo com Santos (2014), o conflito de princípios constitucionais em áreas do Biodireito é constante e, para solucioná-los, torna-se necessária a utilização da técnica hermenêutica da “ponderação sobre os valores buscados em cada direito fundamental, a fim de verificar qual deles deve prevalecer no caso concreto”.

Como abordado em trabalho anterior (RIDOLPHI; RANGEL, 2017) a bioética rege a profissão médica e científica norteada nos seguintes princípios: não maleficência, beneficência, respeito à autonomia e respeito à justiça. Assim, o profissional deve buscar sempre agir de forma a respeitar as vontades do indivíduo paciente e de seus representantes, agir de forma positiva em prol do benefício da pessoa e ter a obrigação de não causar danos ao paciente com práticas e métodos terapêuticos. Todos estes princípios em respeito ao princípio da justiça, pois “a ação do profissional não pode ultrapassar os limites legais” (RIDOLPHI; RANGEL, 2017, s.p.).

De acordo com o Conselho Federal de Medicina (2012), ao médico é vedado abreviar a vida, mesmo que a pedido do paciente ou de familiar. Todavia, o médico também deve ter um compromisso ético e humanitário em que dada situações de doença incurável e estado clínico irreversível e terminal, possa oferecer os cuidados paliativos necessários no acompanhamento de sua morte, “sem lançar mão de ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas” (CFM, 2012, s.p.). É, basicamente, o que dispõe a Resolução nº. 1.805/2006 sobre a Ortotanásia, em consonância com a Resolução 1.995/2012 sobre as diretivas antecipadas de vontade. Os avanços

tecnológicos e científicos da área médica não podem ser usados de forma injustificada para o prolongamento do sofrimento da vida humana, simplesmente.

De acordo com pesquisa veiculada em publicação do CFM, um estudo feito em 2011 pela Universidade do Oeste de Santa Catarina entre profissionais e estudantes das áreas médica e jurídica, aponta que 61% dos entrevistados levariam em consideração o desejo expresso pelos pacientes, o que reflete de forma significativa a tendência modernizadora pela consideração e respeito às vontades individuais, tanto no meio médico-científico quanto no meio jurídico-legal. De acordo com Elcio Bonamigo (2011 *apud* CFM, 2012), “os médicos deixam de ser paternalistas e os pacientes a cada dia ganham voz nos consultórios. Ele deve ter sua autonomia também preservada no fim da vida”.

O liame entre o que deve ser um tratamento concedido ou rejeitado por vontade do paciente é muito subjetivo. Conforme abordado por Nunes (2009, p. 30), a prática profissional deve ser “digna, adequada e diligente, que é aquilo que se designa por Ortotanásia”. O indivíduo deve ser capaz de exercer controle, em alguns aspectos, na sua fase terminal de vida, mas, segundo o autor, o debate persiste na reflexão ética entre o “cuidar e tratar” e “suspensão e abstenção” de tratamentos. A discussão engloba definições e procedimentos éticos no que diz respeito a identificação do que seria um doente terminal e de quais seriam as condições para identificação e diagnóstico destes pacientes e, também, quais seriam os casos e procedimentos passíveis de suspensão ou de abstenção destes tratamentos.

A dimensão ética da aplicação do testamento vital transcende o apenas pensar do papel do médico neste processo, mas recai também sobre a sua responsabilização civil e criminal. Neste ponto há que se falar em uma responsabilização dúbia da figura do médico. Ele poderá ser responsabilizado por excessos na aplicação de diretivas antecipadas e também poderá ser responsabilizado por não atender o desejo expresso do paciente sobre seu testamento vital. Por tanto, torna-se imprescindível à profissão e exercício da medicina existir regulamentação sólida e legal que guie e dê

respaldo à atuação do médico nestes casos. Conforme apresentado por Grippa; Bounicore e Feijó (2013, s.p.), “a mensuração do dano é muito complicada por se tratar da autonomia do paciente que não foi respeitada”.

Ainda neste sentido, os autores destacam que o entendimento atual é de que, em regra, a atuação do médico seja uma atitude meio, agindo dentro do que for possível para a obtenção de um resultado de cura e, caso não se chegue a esse resultado, não poderia o médico ser responsabilizado, a não ser que tenha agido por “negligência, imperícia ou imprudência” (GRIPPA; BOUNICORE; FEIJO, 2013, s.p.). Sendo assim, no lidar médico em geral, a responsabilidade civil do profissional é subjetiva, devendo haver culpa ou dolo em qualquer ato prejudicial ao paciente para que o médico venha a ser responsabilizado.

Porém, existem casos em que o médico pode ter responsabilidade objetiva, sendo sua conduta independente de dolo ou culpa, como é discutido nos casos de cirurgias plásticas, em que o médico celebra com o paciente a intenção de se atingir um objetivo, conforme apresentado por Grippa; Bounicore e Feijó (2013). Neste contexto, não há entendimento jurisprudencial, doutrinário nem tão pouco legal quanto ao papel do profissional de saúde na garantia, ou não, das diretivas antecipadas, não havendo, por exemplo, definição sobre a responsabilização objetiva ou subjetiva do médico quanto ao não atendimento, total ou parcial, dos desejos do paciente declarados no testamento vital. Da mesma forma, havendo o profissional decidido por aplicar as diretivas de vontade, mesmo que em seu entendimento, dentro do enquadrado nas resoluções do CFM, não se exime o médico de ser, eventualmente, responsabilizado por seus atos, inclusive penalmente, justamente pela ausência de norma regulamentadora de tais procedimentos no Brasil, conforme abordado por (RIDOLPHI; RANGEL, 2017).

### **3 O TESTAMENTO VITAL EM PAUTA: CARACTERÍSTICAS E DELIMITAÇÕES**

O Testamento Vital está inserido no contexto da possibilidade, inclusive prevista no ordenamento jurídico, de o paciente se recusar a passar por determinado tratamento médico por meio de sua manifestação de vontade. É a primeira brecha legal para o aceite de tal instrumento. Em primeiro lugar, como bem destacado por Santos (2014) a manifestação da vontade do paciente deve ser feita de modo expressa e específica. Caso contrário, o médico disporá de todos os meios técnicos, terapêuticos e procedimentais disponíveis, desde que não inúteis, para a manutenção da vida do paciente sob o risco de o profissional praticar omissão de socorro se assim não fizer e também poderá ser punido por infração ética profissional.

Santos (2014) destaca, ainda, que este consentimento manifesto deve ser dado pela pessoa em plena capacidade de consciência, maior de idade e dotada de plena capacidade civil. Também não poderá esta manifestação ser verbal ou tácita, em regra, devendo ser expressa, como mencionado. No caso de manifestações de vontade não expressas, deverá haver testemunha e apreciada em juízo para configuração, ou não, da validade da diretiva de vontade do paciente. Ainda, de acordo com o autor, no caso de pessoas sem capacidade civil absoluta, não há que se considerar eventuais manifestações de vontade, nem tão pouco de seus representantes.

Há um detalhe interessante, pois a discussão da autonomia da vontade transcende o debate sobre o testamento vital em casos de doentes terminais, incuráveis e de tratamentos inúteis, mas insere a vontade do paciente em um âmbito mais corriqueiro que é o de ter a autonomia em decidir, inclusive, a de não ser submetido a determinados procedimentos médicos (como transplantes ou transfusão de sangue), medicamentos, cirurgias dentre outros, por vontade própria, seja por convicções religiosas ou por crenças pessoais.

Há que se considerar a conformidade direta desta ponderação com o Artigo 5º da Constituição Federal, Incisos II e III: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de

fazer alguma coisa senão em virtude da lei” e “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, respectivamente. Bem como relaciona-se com o Artigo 15 do Código Civil: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002). Há ainda plena concordância com o princípio da autonomia da vontade, mas por outro lado, na ponderação hermenêutica há que se pensar também no conflito com os princípios da dignidade da pessoa humana, na garantia da vida e em outros dispositivos que poderiam assegurar a decisão da família e do médico quanto a seguir um determinado procedimento, mesmo contra a vontade do indivíduo, como forma de salvar-lhe a vida, não só na fase terminal, mas também mediante outros tipos de tratamentos, medicamentos e procedimentos que não envolvam, necessariamente, a fase terminal de vida.

Diante dessa discussão e da possibilidade de um paciente, consciente e plenamente capaz, se manifestar sobre quais procedimentos e tratamentos deseja ou não ser submetido, cabe apresentar de forma mais detalhada o que consiste o testamento vital, quais suas características, aplicabilidades, quais as formas de materializar esta vontade individual e como vem sendo aceito e aplicado na realidade médica e jurídica brasileira.

Cuida-se de um documento escrito pelo qual a pessoa expressa sua vontade com relação ao tratamento e intervenção médica que deseja ou não se submeter, indicando, por exemplo, os tipos de doença que recusa ser tratado; se prefere que sua vida seja preservada a qualquer custo ou se dispensa os cuidados paliativos; sua negativa a determinadas intervenções cirúrgicas invasivas; sendo possível, ainda, designar um médico de confiança para o tratamento. (SANTOS, 2014, s.p.)

Conforme a interpretação da conceituação dada por Santos, pode-se entender o testamento vital como um instrumento legal que atesta antecipadamente a vontade de um indivíduo referente às possibilidades de se submeter a tratamentos médicos

quando incapacitado de responder por si próprio. Também seria, inclusive, utilizado para rejeitar tratamentos médicos em estado de saúde não necessariamente terminal, ou até mesmo, em sentido oposto, atestar que o seu desejo é de tentar manter-se a vida sob quaisquer circunstâncias. Na visão do autor, o testamento vital não é um instrumento, necessariamente, que autoriza ao médico a prosseguir com eutanásia ou Ortotanásia. Pode, também, ser utilizado para negar-se à submissão de outras técnicas terapêuticas ou dispor-se e confirmar a vontade do indivíduo em garantir-lhe todas as técnicas e meios de mantê-lo vivo enquanto for possível.

Dadalto (2013) destaca que o Testamento vital é uma declaração prévia da vontade do indivíduo, e que esta deve ser independente da interferência externa de pessoas como médicos e familiares. Tal declaração é a positivação do exercício do direito fundamental de liberdade do indivíduo e deve ser garantido por um Estado Democrático de Direito em que, mesmo não havendo norma legal reguladora específica, seja garantida através de uma “interpretação integrativa das noras constitucionais e infraconstitucionais” como forma de garantir a legalidade de tal instrumento.

Santos (2014) também ressalta que o testamento vital é o instrumento onde se apresentam as diretrizes antecipadas de vontade do paciente e que, apesar de não existir forma determinada em lei, recomenda-se que seja escrito e testemunhado. Também pode ser utilizada gravação em vídeo e manifestação lavrada por escritura pública. Seja qual for a forma utilizada, o importante é deixar o consentimento de forma mais expressa possível a fim de garantir as provas do fato e assegurar que o manifesto se deu de forma livre e consciente. Assim como na forma, não há regulamentação quanto ao momento da manifestação da vontade, podendo esta se dar em qualquer fase da vida adulta do indivíduo, desde que este esteja em capacidade civil e com plena capacidade mental.

O testamento vital pode ser revogado a qualquer momento, inclusive de forma não expressa. Mallet (2015) destaca que o documento por escrito e com

reconhecimento de firma em cartório traduz-se na melhor garantia da confirmação da vontade do indivíduo. Tal documento, seja da forma que for produzido, deve ser anexado ao prontuário médico ou ainda, caso não haja documento, mas o paciente se encontre em condições de responder por si, deverá informar suas vontades ao médico para que sejam incluídas no prontuário do paciente.

Dadalto (2013) entende que o testamento vital deve ser diferenciado da simples manifestação de vontade do paciente. Para este autor, declarações a certa de recusa a tratamentos médicos, medicamentos e outras disposições de vontade que não tenham ligação com a fase terminal da vida, não devem ser consideradas como testamento Vital. Estas seriam meras manifestações da vontade do indivíduo. Para ele, o testamento vital só se refere à vontade do indivíduo quanto a situações de o paciente se encontrar em estado terminal de vida. Seria possível também incluir no rol de diretivas antecipadas atestadas no testamento vital o desejo do paciente quanto a doações de órgãos.

Como pode ser observado, além da inexistência da regulação legal deste instituto, também não há entendimento consolidado entre doutrinadores e estudiosos, justamente devido à amplitude de possibilidade de tal instrumento jurídico e as disparidades com as quais ele poderia ser utilizado. A própria nomenclatura “testamento vital”, não é consenso no meio jurídico e científico. Existem outras expressões, conforme destacado por Mallet (2015), como: testamento biológico, declaração prévia dos pacientes terminais, testamento do paciente, dentre outras. Mallet (2015) atenta para a importante distinção entre o testamento vital e o instituto do testamento, previsto no código Civil Brasileiro.

O Testamento, aqui falando do testamento civil, refere-se ao efeito da vontade do indivíduo, pós-morte, sobre a disposição da totalidade dos seus bens, ou de parte deles. Trata-se, segundo o autor, de um “negócio jurídico unilateral, personalíssimo, indelegável, gratuito, revogável, causa mortis e formal. Não se admite no testamento civil a manifestação da vontade do indivíduo por procuradores ou terceiros, nem tão

pouco testamentos em associação de pessoas que venham a fugir aos interesses e vontades do indivíduo. Já o testamento vital, nada tem a ver com manifestação da vontade pela disposição de bens. Para o autor (2015, s.p.), o testamento vital é a “manifestação da vontade na qual o paciente dispõe acerca dos cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber, no momento em que estiver incapacidade de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

Apesar de o testamento vital também ser um instituto personalíssimo, unilateral e revogável, a produção de seus efeitos se dá em vida, e não após a morte como no testamento civil. De acordo com o entendimento do CFM (2012) pelo disposto em sua Resolução 1.995/2012, tal dispositivo versa sobre os critérios de utilização das diretivas antecipadas, comumente chamado de testamento vital, entre médicos e pacientes:

(...) o paciente que optar pelo registro de sua diretiva antecipada de vontade poderá definir com a ajuda de seu médico, os procedimentos considerados pertinentes e aqueles aos quais não quer ser submetido em caso de terminalidade da vida, por doença crônico-degenerativa [...] Deste modo, poderá, por exemplo, expressar se não quer procedimentos de ventilação mecânica (uso de respirador artificial), tratamentos (medicamentoso ou cirúrgico) dolorosos ou extenuantes ou mesmo a reanimação na ocorrência de parada cardiorrespiratória. Esses detalhes serão estabelecidos na relação médico-paciente, com registro formal em prontuário. O testamento vital é facultativo, poderá ser feito em qualquer momento da vida (mesmo por aqueles que gozam de perfeita saúde) e pode ser modificado ou revogado a qualquer momento. (CFM, 2012).

Ainda de acordo com o CFM (2012), os menores que sejam casados civilmente também podem realizar o testamento vital devido a sua condição de emancipação. Nos casos de crianças e adolescentes, os mesmos não podem manifestar sua diretiva antecipada de vontade e nem seus pais e responsáveis poderão decidir por eles. Quanto à forma da manifestação da vontade, poderá o testamento vital se dar pela declaração da vontade do paciente anotada pelo médico em seu prontuário, sem

qualquer necessidade de testemunhas, tendo a assinatura do médico fé pública para a confirmação da validade. Além de poder ser utilizadas outras formas de confirmação da vontade do indivíduo, conforme já apresentado neste trabalho.

#### **4 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Com o objetivo de melhor apresentar a aplicação do Testamento Vital na realidade jurídica brasileira e o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o caso, cabe a análise das diretivas antecipadas de vontade em julgados nas cortes e tribunais brasileiros. Para Massaroli e Fabro (2017), no Brasil é possível proceder com a admissibilidade das diretivas antecipadas de vontade pelo testamento vital devido a interpretação do Artigo 1º, Inciso III da Constituição Federal Brasileira, que introduz a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Também se considera a interpretação dos já mencionados Incisos II e III do Artigo 5º da Carta Magna, garantindo o direito à vida, liberdade, autonomia da vontade e proibição a tratamentos desumanos e degradantes e, ainda, diante da interpretação dos Artigos 11 e 15 do Código Civil Brasileiro, que asseguram os direitos de personalidade e a garantia de não se submeter a tratamentos médicos indesejáveis, além das já citadas resoluções do CFM sobre Ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade.

Como observado, trata-se de uma interpretação extensiva de princípios e normas constitucionais, legais e infralegais que buscam dar legitimidade à autonomia da vontade e dignidade do paciente diante de situações em que o legislador brasileiro ainda não se posicionou, mas que existe possibilidade de aplicação mediata perante a análise em conjunto do ordenamento jurídico. O direito deve servir de aproximação entre a lei e a realidade e não de exclusão quanto ao contexto social em que está inserido. Conforme apresentado por Massaroli e Fabro (2017), tais interpretações

refletem as preocupações atuais dos profissionais em garantir as vontades do indivíduo e de sua família, garantir também uma morte digna e respeito ao indivíduo. Deste modo, não há que questionar a autonomia do paciente diante das prerrogativas que lhe asseguram o poder de decidir por si próprio. Estes autores destacam também que no testamento vital só poderá constar procedimentos relacionados, no máximo, com a Ortotanásia. Não pode haver disposições do paciente quanto à prática da eutanásia, visto que esta não é permitida no Brasil.

Vários julgados dos tribunais Brasileiros têm refletido tal entendimento emancipador da vontade do indivíduo balizado pelos preceitos constitucionais e legais acima citados. Conforme apresentado em nosso trabalho anterior sobre a morte digna (RIDOLPHI; RANGEL, 2017), a Justiça Federal através do julgado proferido em sentença no Processo nº. 2007.34.00.014809-3, da seção judiciária da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, já decidiu quanto à admissibilidade da prática da Ortotanásia no Brasil, quando houver casos de morte certa e inevitável, o médico pode deixar de intervir, garantido a morte natural e que já iria acontecer, porém de forma prolongada, desde que este procedimento fosse anteriormente consentido pelo paciente ou por responsável por ele designado.

A título de exemplificação vale também o caso citado por Rosa; Oliveira; Benevenuto; Prucoli e Almeida (2014) referente a Apelação Cível nº 70054988266/RS sobre Ortotanásia e Testamento Vital no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Neste caso, o paciente com um dos pés necrosado que poderia leva-lo à morte por infecção generalizada, se negou a proceder com a amputação do membro, decidindo, se fosse necessário, morrer para aliviar seu sofrimento. O Ministério Público solicitou aval judicial a fim de suprimir a vontade do paciente. Porém, após laudos psiquiátricos verificou-se que o indivíduo estava em plenas condições mentais e lúcidas para poder decidir sobre suas vontades. Por fim, os desembargadores do tribunal entenderam na admissibilidade do paciente em não aceitar o tratamento, não podendo o Estado “invadir o corpo do paciente e realizar a cirurgia mutilatória contra

a sua vontade, mesmo que seja pelo interesse nobre de salvar sua vida” (RIO GRANDE DO SUL, 2014, *apud* ROSA, 2014).

Mallet (2015) apresenta ainda outro exemplo, a Ação Civil Pública nº. 1039-86.2013.4.01.3500, promovida pelo Ministério Público Federal do Estado de Goiás, em que o Ministério Público buscou contestar a mencionada Resolução 1.1995/2012 do CFM que versa sobre diretrizes antecipadas, quanto às capacidades deste instrumento normativo, procedimentos instaurados, omissões e ilegalidade. A sentença da justiça foi de indeferir a ação do Ministério Público, garantindo que o CFM atuou dentro de suas competências como conselho profissional e que a resolução está de acordo com princípios constitucionais como o da autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana. Reforçou ainda que em nada a resolução retira direito das famílias, pois estando os integrantes desta em desacordo com a decisão ou com a capacidade de decisão do paciente, podem utilizar-se de outros mecanismos jurídicos para confrontar a diretiva de vontade.

Como destacado por Mallet (2015), o que existe de mais importante e significativo no ordenamento jurídico brasileiro atual, de forma explícita, quanto as diretivas antecipadas e o testamento vital é a Resolução 1.995/2012 do CFM, servindo de balize para qualquer decisão e procedimento a se tomar sobre o assunto, mesmo sem haver regulamentação legal específica. Segundo estudos apresentados pelo autor, a possibilidade de aplicação das diretivas antecipadas não se refere ao direito a morte, mas sim ao direito de dispor de sua própria vida e, tão pouco, refere-se a escolha entre a vida e a morte, mas sim sobre a escolha de como viver e como morrer.

Em que pese a inexistência de norma jurídica específica acerca do testamento vital, a sua validade deve ser enfrentada por meio de uma interpretação ampla e integrativa dos princípios constitucionais e normas infraconstitucionais. A matéria é polêmica em nossa sociedade, pois, além da questão jurídica, envolve dilemas de cunho ético, religioso, social e cultural. (MALLET, 2015, s.p.).

O tema é complexo e abrange-se muito além da mera autorização ou não da aplicação do testamento vital no Brasil. O que deve ser seriamente discutido são as minúcias da regularização deste procedimento, tais como modalidades formais, possibilidades práticas de aplicação, o papel das famílias e dos representantes legais ou nominais, as liberalidades e responsabilidades dos profissionais de saúde e os limites da autonomia da vontade do paciente, dentre outras condições.

## **CONCLUSÃO**

Como observado neste trabalho, o instituto do Testamento Vital como uma diretiva antecipada de vontade do indivíduo é mais uma das faces modernizadoras do direito contemporâneo que tende a balizar-se por princípios garantidores das vontades individuais e das condições de dignidade da pessoa humana. Entretanto, o processo legislativo estatal, que tem como um de seus pressupostos atender e discutir os anseios da sociedade e inovar a produção legal, ainda se vê distante de um processo regulatório mais específico para o caso do testamento vital. Não é de se esperar que discussões legalistas no âmbito da vida e da morte sejam de fácil lida, pois envolvem conceitos profundos e subjetivos sob diferentes aspectos da vida pessoal, tais como crenças religiosas e filosóficas.

Apesar da lacuna legal, a utilização de tal instituto já é uma realidade na sociedade brasileira e a tendência, com o avanço das informações sobre o assunto, bem como com a maior incidência de sua discussão na vida cotidiana, é que o testamento vital e outras formas de consideração das vontades individuais, venham a ser utilizada e aprimoradas, cada vez mais. No caso em voga, pautado em interpretações extensivas e integrativas dos princípios constitucionais e de normas legais, bem como infralegais, já é possível garantir que algumas diretivas de vontades de um paciente venham a ser atendidas com amparo da justiça e até mesmo com certo conforto quanto as responsabilidades dos profissionais da saúde envolvidos.

Entretanto, o vazio jurídico ainda pode ser considerado um risco para todas as partes envolvidas, seja para o paciente, para a família ou para o médico. Trata-se de um ambiente que já é por demasiado delicado por envolver a vida de um indivíduo e que se complica ainda mais por não haver um respaldo legal legítimo que defina e garanta o lidar da situação. Ao paciente é necessário garantir-lhe sua autonomia, dignidade e saúde; à família é necessário delimitar qual o seu papel no processo de tomada de decisão, seja quando capaz ou incapaz, consciente ou inconsciente esteja o indivíduo e ao médico é importante definir qual o seu papel durante a decisão e execução do processo, bem como quais as garantias de resguardar ao profissional da saúde qualquer responsabilização civil ou criminal quando este estiver agindo estritamente dentro do que a lei e a justiça permitirem diante da manutenção da vontade do indivíduo.

Por fim, faz-se matéria importante o debate amplo, consciente e realista do assunto, tendo em vista o contexto social em que a sociedade democrática brasileira está inserida e diante de tantas novidades científicas que envolvem as escolhas e a qualidade de vida de um indivíduo. A regularização legal de procedimentos de diretivas antecipadas de vontade, tal como o Testamento Vital, é uma necessidade contemporânea e que não pode se deixar resolver apenas nos tribunais. Justamente por envolver vida e morte o assunto deve ser abordado de forma prudente, porém sem delongas, pois a demora pode significar a perda de uma vida ou o prolongamento de um sofrimento.

## **REFERÊNCIAS**

A Resolução 1.995, do Conselho Federal de Medicina (CFM), estabelece os critérios para que qualquer pessoa – desde que maior de idade e plenamente consciente – possa definir junto ao seu médico quais os limites de terapêuticos na fase terminal.  
**CFM:** Brasília, 30 ago. 2012. Disponível em:  
<[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&id=23197:pacientes-](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=23197:pacientes-)

poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida >. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM nº. 1.805, de 28 de novembro de 2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em:  
<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM nº 1.1995, de 31 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em:  
<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em 13 mai.2017.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). In: **Revista Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 28, mai. 2013. Disponível em: <[http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872013000200006](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872013000200006)>. Acesso em 03 jul. 2017.

GRIPPA, Anelise; BOUNICORE, Giovana Palmieri; FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos. Diretivas antecipadas de vontade e a responsabilidade civil do médico. In: **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, out-dez. 2013, p. 344-348.

MALLET, Miguel Tabbal. **Testamento Vital**. Monografia (Bacharel em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em:  
<[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_2/miguel\\_mallet.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/miguel_mallet.pdf)>. Acesso em 06 jul. 2017.

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

MASSAROLI, Fábio; FABRO, Roni Edson. As diretivas antecipadas de vontade na jurisprudência brasileira. **Migalhas**: portal eletrônico de notícias, abr. 2017. Disponível em: 08 jul. 2017.

NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. In: **Revista Bioética**, 2009. p. 29-39. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/3615/361533248004/>>. Acesso em 08 jul. 2017.

RIDOLPHI, Alencar Cordeiro; RANGEL, Tauã Lima Verdán. Morte digna à luz da dignidade da pessoa humana: o direito de morrer. In: **Jornal Jurid Digital**, São Paulo, mai. 2017. Disponível em: <<http://www.jornaljurid.com.br/doutrina/constitucional/morte-digna-a-luz-da-dignidade-da-pessoa-humana-o-direito-de-morrer>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

ROSA, Áquila da Silva Pereira *et all.* O testamento vital à luz dos princípios constitucionais. **Jusbrasil**: portal eletrônico de notícias, 2014. Disponível em: <<https://nbenevenute.jusbrasil.com.br/artigos/156312965/o-testamento-vital-a-luz-dos-principios-constitucionais>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

SANTOS, Thiago do Amaral. Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 17, n. 120, jan. 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14219](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14219)>. Acesso em: 09 jul. 2017.

SILVIA, Maria Isabel Fernandes; GOMES, Frederico Barbosa. Possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Revista eletrônica de direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 18, 2012, p. 205-221.

## A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E SEUS ASPECTOS DE LEGALIDADE

Alencar Cordeiro Ridolphi<sup>9</sup>  
Tauã Lima Verdán Rangel<sup>10</sup>

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é abordar os aspectos de legalidade existentes na relação médico-paciente em conformidade com previsões e princípios constitucionais, com normas do Código Civil Brasileiro e em comparação com as normas do Código de Conduta Ética do profissional médico, promulgado pelo Conselho Federal de Medicina. No exercício da profissão médica, o relacionamento médico-paciente pode ser entendido como uma relação jurídica e, deste modo, sujeita-se às suas regulamentações e limitações legais. O médico, enquanto profissional, deve se sujeitar às normativas éticas discutidas e elaboradas pelo seu conselho de classe profissional, bem como atender às regulações impostas pelo poder do Estado enquanto regulador, fiscalizador e controlador das atividades de saúde. No agir profissional, o médico se encontra diante de situações de responsabilidade relativa e absoluta quanto aos aspectos da legislação civil e até mesmo penal. Cabe ao médico, no cumprimento de seus deveres e direitos enquanto profissional zelar por um relacionamento médico-paciente de forma humanizada, prezando sempre pelo bom fluxo das informações e pela garantia da autonomia da vontade do paciente.

**Palavras-chave:** Relação Médico-Paciente; Autonomia da Vontade; Bioética.

---

<sup>9</sup> Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade de Bom Jesus do Itabapoana. Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-Campos). Membro do Grupo de Pesquisa: “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade do Direito”. alencar\_cr@yahoo.com.br

<sup>10</sup> Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua\_verdan2@hotmail.com

## **1 INTRODUÇÃO**

Preliminarmente, entender o papel e a importância do médico não parece um trabalho de árdua compreensão. O profissional médico pode ser entendido como aquele indivíduo que cursou a graduação em medicina e atua profissionalmente com o objetivo de cuidar da saúde de seus pacientes, ou, de forma ainda mais esclarecedora, conforme a definição do verbete no dicionário *Machaelis* (2017), médico é o “profissional da área de saúde, formado em medicina, qualificado para tratar de pessoas doentes; esculápio; algo que funciona como remédio, que pode restabelecer a saúde”.

Apesar da descrição *strictu sensu* do que seria o profissional conhecido como médico, está é uma análise insuficiente para entender o papel e a importância deste profissional para a sociedade, visto que além da saúde, a profissão médica também esbarra em aspectos político-legais, justamente por envolver questões sobre a saúde e a vida humana. Este profissional possui papel significativo na manutenção da ordem pública e do funcionamento do Estado, por isso é importante entender que existem liames legais para o exercício da medicina e de suas práticas terapêuticas sobre terceiros, bem como também existem obrigações reais assumidas pelo profissional em face de sua profissão, dentre suas responsabilidades objetivas e subjetivas no que compete ao legal exercício da medicina e ao relacionamento médico-paciente.

É preciso também discutir o papel do paciente dentro desta relação, pois este indivíduo com direitos personalíssimos e autonomia da vontade garantida por amplos dispositivos legais, também encontra limites tanto para o seu agir mediante suas vontades próprias quanto ao recebimento da atenção médica e do atendimento médico devido e de forma correta. A relação médico-paciente, além de uma relação de saúde, é também uma relação econômica, inserida em uma dinâmica de mercado em que o profissional fornece um serviço pelo qual é devidamente remunerado. Conforme abordado por Santos (2004, p. 48-65), a profissão médica é uma atividade

complexa tanto no quesito técnico e tecnológico quanto no quesito econômico e também político-social. Pois, apesar do profissional exercer o monopólio da técnica, a profissão médica não pode ser considerada liberal num todo. O médico tem a autonomia no tratamento, entretanto deve seguir convenções que guiem a sua atuação sob risco de transcender limites éticos, além de legais.

Conforme salientado por Bergstein (2012, p. 2-7), após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, a relação médico-paciente encontra-se balizada por princípios básicos norteadores de todo o ordenamento jurídico brasileiro, tais como a garantia do direito à Liberdade, dignidade da pessoa humana, direitos de personalidade e dentre outros que venham a circundar o mencionado relacionamento que, para a autora referida, encontra principal aspecto na informação entre as partes.

É neste ambiente que entram a Bioética e o Biodireito, aquele no âmbito das discussões sobre as práticas aceitáveis da profissão e este último abarcando os reflexos da bioética e projetando-os dentro de um ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, onde a liberdade, tanto individual quanto profissional são exaltadas, desde que a lei não proíba. Deste modo, a lei, o direito, torna-se uma interferência necessária à profissão médica frente à possibilidade da liberdade indiscriminada do profissional diante da saúde, da vida e da morte de um indivíduo. Ocorre, também, que a lei nem tudo reflete sobre a realidade, pois há que se considerar o árduo processo legislativo democrático. Neste sentido, há que se falar também em outras limitações que, apesar de não serem leis, possuem certo aspecto de legalidade e inclusive amparo legal e que regulam a atividade médica, como resoluções de conselho profissional, normativas e portarias do governo através de seus ministérios, convenções sindicais, dentre outras influências externas à medicina e que interferem diretamente na autonomia e na atividade médica, como bem lembrado por Santos (2004, p. 48-65).

Conforme abordado por Santos (2004, p. 48-65) e também por Bergstein (2012, p. 2-7), a figura do médico não é mais vista como um ser onipotente e paternalista e “ a comunicação entre o médico e o seu paciente segue como uma das atividades centrais da complexa relação médico paciente. ” É justamente para a manutenção desta boa relação assim como a definição do papel de cada envolvido que se tornam necessários os processos e procedimentos regulatórios, sejam por meios éticos ou por meios legais.

Para Bergstein (2012, p. 2-7), a relação médico-paciente deve ser abordada dentro de uma lógica de confiança e que pode ser instrumentalizada mediante um instrumento chamado “termo de consentimento livre e esclarecido” que detenha a divisão da atuação das partes juridicamente envolvidas. Neste âmbito não há como deixar de lado a correlação com um dos princípios básicos do direito civil brasileiro, o princípio da boa-fé objetiva, pois, ao se considerar a relação médico paciente em um aspecto jurídico, não há também como afastar suas características de uma relação contratual e de prestação de serviço, bem como a garantia da proteção da parte menos favorecida no processo, que no caso, refere-se ao paciente.

Muito se discute a autoderminação do paciente como a garantia do princípio autonomia da vontade do paciente em situações extremas, tais como tratamentos de saúde em fase terminal e procedimentos de Eutanásia e Ortotanásia. Entretanto, existem outros momentos e mais simples na relação médico paciente em que há que se falar da autonomia da vontade do paciente e do papel impositivo e de autoridade médica do profissional da saúde, visto que na medicina atual os meus terapêuticos não trabalham apenas com a prevenção e tratamento de doenças mas existem verdadeiros meios de interferência no curso do que seria chamado por vida natural, conforme abordado por Domingos, Kfoury Neto e Lima (2017, p. 73).

A relação médico paciente muito foi influenciada pelas novas técnicas, tecnologias e especializações, como abordado em Santos Santos (2004, p. 48-65) e Bergstein (2012, p. 2-7), este relacionamento tomou aspectos muito mais comerciais

(contratualistas) do que tecnicamente profissional. Entretanto, o papel do médico permanece fundamental, pois, além de se avaliar a saúde do indivíduo, o médico também deve ter a responsabilidade de analisar e entender a relação de sua saúde com o contexto social e cultural do paciente. Para este autor a prática médica deve ser humanizada e oferecida como assistência digna e de qualidade.

## **2 O PAPEL ÉTICO DO MÉDICO**

Conforme abordado por Santos (2014, p. 52-58), o papel da ética na profissão médica é de suma importância, pois, é através dela, que se dá a interação entre o trabalho técnico biológico - em que o corpo humano é um dos instrumentos de trabalho do profissional - e o aspecto humano desta relação - sendo o paciente um indivíduo, dotado de vida, de dor, de contexto histórico e social, dentre outros aspectos. Entretanto, a ética não é o único instrumento de conduta e observância da realidade médica, pois há que se falar também dos aspectos de legalidade em que, apesar de muito influenciado pelas discussões e normas éticas da profissão, também funcionam retroativamente, ou seja, influenciado o pensar e o agir ético do médico e suas responsabilidades. “Há que se fazer uma separação entre ética profissional e legalidade profissional”. (GONZÁLEZ, 1998 *apud* SANTOS, 2014).

Deste modo, Santos (2014) aborda a ética com um aspecto mais geral, pois tende a buscar a excelência na profissão, “promove ideias e tolera o pluralismo” e é restrita ao código profissional, a ética profissional é o pensar coletivo da categoria sobre si mesmo. Já a legalidade profissional remete-se à regulação estatal através das leis promulgadas e normativas regulamentadoras pelo governo e que, sem o respaldo ético, poderiam tornar-se instruções vagas, inaplicáveis, excessivamente coercitivas ou excessivamente liberalizantes. Em algumas situações, a lei não contempla por total a realidade da relação médico-paciente, tão pouco o rápido avanço nas tecnologias que influenciam a técnica terapêutica, assim, a ética médica torna-se o primeiro

campo de análise, discussão e regulamentação da atuação do profissional diante de novas realidades, casos complexos ou específicos. Como exemplo podem ser citados os casos de Ortotanásia, diretivas antecipadas de vontade e novas realidades no campo da reprodução humana assistida, situações estas onde a lacuna legal é uma realidade e as resoluções normativas do conselho profissional, através do Conselho Federal de Medicina e respaldado pelo Código de Ética Profissional do médico, tentam trazer os primeiros contornos de legalidade para tais situações, conforme abordado em trabalhos anteriores por Ridolphi e Rangel (2017a).

Há que se entender também que não há iminente conflito entre as normas éticas profissionais e as leis estatais. Aquelas não têm a intenção de se sobrepor ou superar a lei, visto que qualquer ato normativo ou regulatório de um código de ética profissional deve, sem dúvidas, obedecer aos liames legais, sobretudo constitucionais do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Não é que não há conflitos, pois há e corriqueiramente normas éticas são objetivo de julgamentos por tribunais e cortes superiores, mas como dito anteriormente, a ética influencia a lei e a lei dá limites às normativas éticas. Ainda através da análise de Santos (2014), faz-se entender também que a ética, limitada ao seu círculo profissional, possui a intenção de regular o bom e o mau, o certo e o errado na profissão e suas consequências e efeitos possuem caráter de sanções de censuras profissionais, inicialmente, e que podem também ser utilizadas em processos judiciais como suporte à legalidade ou ilegalidade da conduta em questão de um médico.

Neste cenário de interação entre a ética e o direito não se pode deixar de ser observada a Bioética e o Biodireito, que são justamente os ambientes de interação da norma ética com a lei. Assim, a bioética impõe princípios básicos que devem ser observados por toda a conduta profissional relacionada às áreas de saúde e biológicas, que são os princípios da autonomia, da não maleficência, da beneficência e da Justiça. Trazidos para a realidade médica, conforme abordado por Santos (2014) e Ridolphi e Rangel (2017b), implicam em o médico ter que respeitar, informar e ouvir

o paciente sobre suas vontades em relação ao seu corpo e sua saúde, não podendo o médico ter atitudes autoritárias e impositivas sobre a vontade do paciente (princípio da autonomia); não pode o médico praticar ações com o intuito de prejudicar o paciente (princípio da não-maleficência); deve o médico procurar balizar suas ações, as técnicas terapêuticas e o seu relacionamento com o paciente com o intuito de buscar o máximo de benefício e satisfação das condições de saúde do mesmo, respeitada a autonomia do paciente (princípio da beneficência) e, por último, obedecer todos os ditames legais no que diz respeito à sua conduta profissional, terapêutica e de relação com o paciente (princípio da justiça).

Apesar da generalidade interpretativa em que estes princípios se encontram, importante é entender a interdependência existente entre eles, não os sendo de aplicação esparsa, mas sim integrativa. Assim se dá porque na prática do dia a dia, as decisões do profissional acontecem de forma rápida em um ambiente de não muita clareza sobre as vontades do paciente e sem tempo para manifestações destas por meios que possibilitem o amplo conhecimento e a clareza dessas vontades. Assim, o médico no exercício de sua profissão tem o dever de cuidar e a obrigação de ouvir as vontades do paciente, bem como lhe transmitir as informações adequadas e verdadeiras quanto ao estado de saúde e métodos terapêuticos empregados.

De acordo com Bergstein (2012, p. 5), anteriormente o médico era visto como uma figura paternalista e inquestionável, detentor de um saber único ao qual o paciente deveria ser submetido. Ainda em consonância com o escólio apresentado por Domingos, Kfoury Neto e Lima (2017, p. 73), “a função do profissional de medicina era coberta de aspectos religiosos, no qual os antigos compreendiam a doença como fenômeno sobrenatural”.

Atualmente, esta visão é ultrapassada e, como apresentado, a participação e autonomia do paciente nas decisões médicas sobre a própria vida do paciente são de fundamental importância, se não a base, do relacionamento médico-paciente, de forma que o garantam as suas condições de dignidade, autonomia e personalidade,

preceitos extraídos da própria Constituição Federal. Neste contexto, a informação tem seu destaque, pois, o médico tem a função de dar auxílio nas decisões pessoais do indivíduo, de acordo com seus conhecimentos técnicos, de forma “satisfatória e completa”. A relação médico-paciente deve ter na informação um de seus principais elementos, assim, a informação transforma-se em um ponto “propulsor de liberdade de todo e qualquer paciente a respeito das questões que envolvem o seu corpo, saúde e vida” (BERGSTEIN, 2012, s.p.), devendo a atuação do médico ser pautada ainda pelos princípios da confiança e da boa-fé objetiva, com o dever de cuidado e lealdade do médico.

Entretanto, conforme salientado por Fonseca (2016, s.p.) o fluxo de informação nesta relação não deve partir apenas do médico, o paciente também tem que ser verdadeiro sobre o que sente sobre o seu estado de saúde, bem como suas condições físicas e psicológicas, além de seguir as recomendações precisas para o tratamento que será aplicado, sendo estas as duas principais e básicas obrigações do paciente nesta relação médico-paciente. A obrigação do médico não é garantir resultado, mas sim o comprometimento com o melhor resultado possível.

Conforme abordado por Domingos, Kfoury Neto e Lima (2017, p. 73-74), o médico está inserido em uma realidade em que a medicina supera o entendimento de prevenção e tratamento de doenças. Existem hoje demandas diversas do profissional médico que podem inclusive transpassar o entendimento comum sobre o que é o curso e a ordem natural da vida, nascer, crescer, envelhecer e morrer. Existem diversos procedimentos, tais como estéticos, genéticos e terapias que buscam modificar o que, até então, era entendido como natural ou normal, de acordo com as vontades do indivíduo ou ainda para a manutenção da vida a qualquer custo. É neste sentido que se enquadra o papel ético do médico, dentro do contexto bioético em que deve haver a responsabilidade do profissional em proteger o ser humano, dentro de limites profissionalmente assegurados e assegurar, sempre que possível, o

consentimento informado por parte do paciente, se possível de modo expreso, especialmente em situações delicadas e de risco de vida.

Em suma, o papel ético do médico encontra-se regido pela normativa advinda da Resolução nº. 1931/2009, do Conselho Federal de Medicina (CFM), devendo o médico, em seu papel profissional ético, exercer seu conhecimento técnico através da prestação de um serviço de qualidade, “tendo como objetivo a proteção da vida humana, o acesso à informação e autonomia da vontade” (DOMINGOS; KFOURI NETO; LIMA, 2017, p. 74.).

### **3 A AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE E A OBRIGAÇÃO DO MÉDICO SOB A ÓTICA LEGAL**

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, prevê alguns dispositivos que servem de base legal e de princípios jurídicos para todas as relações jurídicas sobre o ordenamento legal brasileiro. Em seu Artigo primeiro, merece destaque o inciso terceiro que introduz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Os incisos II e III do artigo 5º falam sobre o princípio da legalidade e a proibição aos tratamentos desumanos e degradantes. Ainda no artigo quinto, o inciso treze oficializa a liberdade de qualquer trabalho, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. O Artigo sexto introduz a saúde como um dos direitos sociais básicos e a seção II do Título VIII que trata sobre a Ordem Social do Estado Brasileiro, dedica-se exclusivamente à organização da saúde nacional, sem desconsiderar outras partes do texto constitucional. Assim, o artigo 197 diz que cabe ao poder público dispor através de lei sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde no país, cabendo a execução destes serviços ser feita diretamente pelo governo ou também através de terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado.

O artigo 199 concretiza a livre iniciativa privada para a assistência à saúde. Com estas previsões constitucionais, pode-se dizer que estão estabelecidas as bases para o exercício da atividade profissional médica no ordenamento jurídico nacional. Assim, cuida destacar que, mesmo havendo a liberdade de exercício da profissão, esta está submetida ao controle normativo do Estado por meio de suas leis e, conforme mencionado anteriormente, é o *locus* que se encontra a importância da organização de classe como meio ético em que se discutem os limites da profissão e que se traduzem através de um código de ética que dê o amparo classista e minimante legal desejado.

O Código de Ética Médica é um extenso documento anexo à Resolução CFM nº. 1931/2009 e que tem por objetivo dar suporte, confiança e amparo ao profissional médico, bem como transmitir segurança ao paciente. O preâmbulo do Código de ética Médica já preconiza o objetivo de tal instrumento buscar o melhor relacionamento com o paciente e garantir-lhe a maior autonomia de sua vontade, submetendo as normas éticas aos dispositivos constitucionais vigentes e outros instrumentos legais que regularizam a atividade e os conselhos profissionais. O médico tem papel, garantido pela mencionada Resolução e como princípio fundamental de sua profissão, de prestar serviços de saúde humana individual e coletiva, sem qualquer tipo de discriminação, com o máximo de zelo e a aplicação do melhor conhecimento em benefício da saúde.

Compete ao médico aprimorar-se continuamente e utilizar dos melhores progressos científicos possíveis. Ao médico também é garantida a sua autonomia, não devendo este agir de forma contrária à sua consciência e nem se limitar à intervenção de terceiros, desde que sua recusa não coloque em risco a vida de qualquer pessoa ou extrapole os limites da autonomia do paciente, este, tem o direito de tomar decisões relativas aos procedimentos, diagnósticos e terapias a serem submetidas, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. A medicina não pode ser exercida como uma relação de comércio e nem de consumo, mesmo sendo a sua atuação de

natureza personalíssima. A profissão médica não pode ser exercida e explorada por terceiros com a finalidade de lucro ou com finalidade política e religiosa.

Na relação médico-paciente, o profissional se responsabilizará pessoalmente por seus atos e deverá ser resguardada por sigilo profissional por parte do médico, devendo este ser quebrado apenas quando a lei exigir e o médico responsável deverá comunicar às autoridades competentes qualquer conhecimento que tenha sobre ações ou riscos à saúde humana. Desta feita, Em situações de terminalidade de vida e estado de saúde irreversível, o médico deve evitar procedimentos e tratamentos desnecessários, e proporcionar ao paciente todos os cuidados paliativos necessários, em garantia à sua autonomia e dignidade humana e ainda, o médico deverá sempre agir de forma a proteger a dignidade, identidade e integridade do paciente.

Ainda, o artigo 46 do Código de Ética Médica diz que é vedado ao médico “efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo em eminente perigo de vida”, o que, para Santos (2004, p. 48-65), é a base do princípio da autonomia da vontade na relação médico-paciente, princípio este também garantido em outros dispositivos do código profissional médico que garantem ao paciente decidir sobre o seu bem estar, suas vontades e decisões.

Inicialmente, o paciente é, indiscutivelmente, o último juiz da sua própria saúde, e não se tratando de uma emergência, só ele pode ter a última palavra sobre o interesse ou não de empreender determinado tratamento, sopesando os riscos e benefícios. (UDELSMANN, 2002, p. 172).

De acordo com Bergstein (2012, s.p.) todas as relações jurídicas devem ser norteadas pelos deveres de lealdade e cooperação, traduzidos pelo princípio da boa-fé objetiva. Apesar de a relação médico-paciente não ser uma relação comercial, não deixa esta de ter aspectos de relações jurídicas civis com implicações penais, inclusive. O médico tem por obrigação transmitir ao paciente as informações sobre o

seu real estado de saúde, tratamentos possíveis, riscos de saúde e riscos dos tratamentos disponíveis, cabendo ao paciente tomar a decisão final sobre suas próprias convicções, porém auxiliado pelo médico. Conforme abordado por Fonseca (2016, s.p.) todo tratamento terapêutico pode ter resultados colaterais, riscos ou incertezas e diante disso o médico deve fornecer a informação sobre todas as perspectivas, “sejam elas vantajosas ou inconvenientes”.

Em consonância com o analisado por Alves (2007, p. 22-33) sobre o direito Civil, a relação médico-paciente, enquadra-se em uma relação no âmbito de direito privado, mais precisamente, e devem ser observadas as condições previstas no Código Civil Brasileiro, como instrumento “regulador das atividades econômicas e sociais dos particulares”. A autonomia da vontade do indivíduo encontra especial proteção neste meio legal, garantida como a “manifestação da liberdade jurídica individual (...) que garante ao indivíduo a possibilidade de agir, ou deixar de agir, com o objetivo de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.”, desde que submetida à regulamentação do poder do Estado, conforme previsto no artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso II, em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude da lei”. Neste sentido, configura-se o não absolutismo na autonomia da vontade do indivíduo, pois, há situações em que faz-se necessária a atuação ou proibitória do Estado sobre as vontades individuais e particulares, justamente para manter a ordem social e a manutenção das relações humanas e jurídicas no Estado.

Assim, conforme abordado por Domingos, Kfoury Neto e Lima (2017, p 78), a relação médico paciente deve ser orientada por normas, além de éticas, também jurídicas. Como dito anteriormente, o médico não tem por obrigação a garantia da cura, da manutenção da vida, mas sim o dever de cuidar. Mas a simples possibilidade de cura ou de sobrevivência já passam a ser consideradas um bem jurídico tutelado pelas leis do Estado.

A responsabilidade civil do médico decorre do descumprimento de todas as obrigações de natureza não penal que cause prejuízo material, moral estético ou à imagem do ofendido (paciente), tendo como nexos de causalidade conduta-dano ou a culpa (imprudência, negligência ou imperícia). (DOMINGOS; KFOURI NETO; LIMA, 2017, p 78).

As responsabilidades civis do médico implicam em suas obrigações de fazer, objetivamente falando enquanto profissional e suas obrigações de restituir ou responder por perdas e danos em caso de ação civil contra o profissional, bem como a análise da culpa e do dolo na relação de causalidade entre fatos ocorridos e o ato médico. Conforme exposto por Udelsmann (2002, p. 173), é necessário entender que a responsabilidade civil do médico deriva da culpa e do dolo pelo dano causado. Há que se entender inicialmente que o dano é a “ofensa a bens ou interesses alheios do paciente, protegidos pela ordem jurídica”, que no caso do paciente, pode ser exemplificada a saúde, a vida, a integridade física e moral como bens juridicamente tutelados pelo Estado Brasileiro.

O possível dano causado por um médico tem que ter relação com o seu ato enquanto profissional, somado à sua culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou ainda quando houver dolo (quando o médico assim quis o resultado ou ainda tenha assumido, conscientemente, o risco de produzi-lo). Deste modo, “é imperativo que se estabeleça que a lesão foi realmente causada por ação ou omissão do médico e sua culpa, em sentido amplo”. Entende-se aqui lesão como a ofensa a bens jurídicos tutelados e a culpa em sentido amplo, ou seja, fato culposo ou doloso. Deste modo, o médico não poderá ser responsabilizado civilmente por situações em que, mesmo havendo ofensa a um bem jurídico, o profissional não tenha agido com dolo ou culpa, como são as situações em que ocorram caso fortuito e força maior. Nestas situações, a responsabilidade do médico encontra-se sob as excludentes de culpabilidade, não podendo o profissional ser responsabilizado civilmente.

Ainda conforme Udelsmann (2002, p. 73), as obrigações de fazer do médico podem ser subdivididas em obrigações-meios e obrigações-resultado. As obrigações-meios, são as atividades médicas em geral, sejam através de consultas e procedimentos ordinários ou através de atendimento de urgência, em que o profissional visa obter o melhor resultado possível, empregando todos os recursos e conhecimentos, prudência e perícia sobre o caso concreto, sem garantir – e nem pode garantir – qualquer resultado certo de cura ou sobrevivência. São nessas obrigações que recarem a responsabilidade civil relativa do médico, pois, neste entendimento, o médico só poderá ser responsabilizado por qualquer lesão jurídica causada se houver a comprovação da culpa ou do dolo, pois o médico não pode garantir certeza sobre os resultados tentados.

Assim, se um resultado não é alcançado, mas o médico não agiu de forma culposa ou dolosa, não há que se falar em responsabilização deste profissional. Tal realidade não se aplica às obrigações resultados, que são situações e procedimentos muito específicos em que o paciente celebra, de fato, um contrato com o médico e este garante a obtenção de um determinado resultado após a prática de um determinado procedimento técnico ou terapêutico. O grande exemplo são as cirurgias plásticas estéticas. Assim, em caso de não obtenção do resultado gerado o médico poderá sofrer ações por responsabilidade objetiva, independentemente de ter havido culpa ou dolo no fato que gerou a lesão de um bem jurídico tutelado. Interessante notar também que, os hospitais ou clínicas em que os médicos trabalhem e os auxiliares dos médicos, poderão também ser responsabilizados solidariamente pela atitude dos médicos diante dos pacientes.

Há responsabilidade objetiva também nas instituições de saúde públicas e nas prestadoras de serviço de saúde pública, quanto à ação de seus médicos para com os pacientes. Assim, em regra, independentemente de culpa ou dolo estas instituições podem ser responsabilizadas, cabendo a elas o direito de regresso aos médicos quando for identificada culpa ou dolo na conduta do profissional do agente.

Ainda em Udelsmann (2002, p. 178), para uma ação médica ser enquadrada por responsabilidade penal, esta deve estar contida em dispositivo legal, de forma expressa, tipificada como crime ou contravenção penal. O eventual ato criminoso do médico, previsto em lei, também deverá ter como observância a prática do dolo ou da culpa, ou seja, a intenção subjetiva do agente em causar um dano juridicamente falando. O dolo é a regra, só será crime a conduta criminosa com a intenção de se atingir o resultado pretendido deste crime.

Entretanto, a lei traz situações em que também há crime com culpa, ou seja, sem a intenção do agente, mas sendo imputada culpa a este por sua negligência, imprudência e imperícia, pois na execução de seu trabalho ele deveria ter agido com o total zelo, técnica e conhecimento para com o paciente. São os homicídios culposos e lesões corporais culposas os crimes mais imputados aos médicos, conforme previstos nos artigos 121 e 129 do Código Penal, nos casos de crimes sem dolo, mas com culpa. (UDELSMANN, 2002, p. 178).

São também crimes possíveis de serem praticados por médicos no exercício da sua profissão segundo o Código Penal: o auxílio ao suicídio (art. 122), a omissão de socorro à pessoa ferida (art. 135), a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo direto e iminente (art. 132), o constrangimento a tratamento ou cirurgia contra a vontade do paciente (art. 146), a revelação de segredo profissional sem justa causa (art. 154), a omissão de notificação de doença compulsória (art. 269), o charlatanismo (art. 284). A lei de Contravenções Penais em seu artigo 66, inciso II penaliza ainda o caso de: deixar de comunicar a autoridade competente: II – crime de ação pública de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal. (UDELSMANN 2002, p. 179).

São vários os dispositivos legais e normativos, tanto na esfera civil, penal e ética que servem de instrumento regulatório para a prática da profissão médica, bem como instrumento de salvaguarda dos interesses e direitos do paciente. Na prática

real, devem ser observados os detalhes do caso concreto para só então poder se definir quais as previsões, ou as combinações de previsões legais e normativas se aplicar. Todavia, conforme bem destacado por Chebli (2011, s. p.), é importante que qualquer processo de responsabilização civil, penal ou ética para com o profissional médico seja decorrente de sua atuação profissional e inerente a relação médico-paciente e com o devidonexo aos procedimentos técnicos e tratamentos realizados.

A medicina apresenta-se como uma profissão delicada, não só no ponto de vista técnico e biológico, mas também sob os aspectos jurídicos que englobam a profissão. Chebli (2011, s.p.) destaca ainda algumas situações corriqueiras de reclamações e processos contra médico, tais como: abandono de paciente; desvalorização das opiniões do paciente; prestação de atenção indevida; mal fornecimento de informações; exagerada preocupação do médico com a natureza pecuniária; desprezo por atos médicos praticados por outros médicos, dentre outras queixas. O autor ainda destaca que “o relacionamento humanista entre o médico e seu paciente e a alta qualidade técnica dos serviços prestados são a melhor profilaxia contra as ações civis e/ou penais interpostas por pacientes insatisfeitos com seus médicos” (CHEBLI, 2011, s.p.).

É importante observar que, em se tratando das responsabilidades civis do médico na relação médico-paciente, não existe uma lei específica sobre a questão. Este relacionamento está inserido dentro do contexto do direito privado e das relações jurídicas e contratuais entre os indivíduos e suas liberdades individuais e profissionais. Assim, como bem trabalhado por Udelsmann (2002, p. 172-178), há que se fazer uma avaliação dos diversos dispositivos legais do Código Civil Brasileiro, bem como do Código do Processo Civil, conjugado com outras legislações e normativas e jurisprudências para só assim poder enquadrar e definir a atuação do médico dentro da legalidade ou ilegalidade e a sua responsabilização em um caso concreto.

As relações médico-paciente, relações de âmbito jurídico, podem ser analisadas e fundamentadas dentro do contexto do Código Civil, citando alguns

artigos apenas como exemplo: artigo 15: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”; artigo 248: “se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos; artigo 389: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais estabelecidos e honorários de advogado; artigo 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e artigo 187: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao excedê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”. Dentre outros dispositivos.

#### **4 CONCLUSÃO**

Como exposto, o papel do médico e a sua atuação na sociedade tem sofrido alterações no decurso do tempo. Anteriormente observado de uma forma paternalista, impositiva e inquestionável, o médico atual tem um papel interativo com o paciente, no qual este último deve ser ouvido e ser informado sobre as reais condições de sua saúde. A informação na relação médico paciente torna-se o principal pilar de sucesso neste relacionamento e deve funcionar como um instrumento de mão dupla, pois o paciente além de contar sobre sua saúde deve também observar todos os cuidados e tratamentos terapêuticos orientados pelo médico em comum acordo para que haja sucesso no tratamento pretendido.

Na relação médico-paciente, a ética médica tem significativa importância como instrumento regulador da profissão e assecuratório de segurança, tanto para o médico quanto para o paciente. O conselho regulador da classe serve de instância de discussão Bioética quantos aos limites da atuação do profissional médico, bem como a sua interface com os limites de legalidade encontrados no Biodireito. A ética é

primeiro ambiente da discussão das práticas e técnicas profissionais, onde se busca enquadrá-las nas legislações vigentes, bem como é o campo de discussão para a inserção de novas técnicas e por consequência fonte de conhecimento técnico para as discussões legislativas e judiciárias acerca da saúde humana e do trabalho profissional médico. A medicina encontra-se assegurada e respaldada pela constituição federal e por outras leis do ordenamento jurídico e assim se submete a regulamentação, fiscalização e controle estatal, com o objetivo de dar garantias e evitar liberalidades discricionárias.

Além da responsabilidade ética do trabalho médico, este profissional também deve se atentar às suas responsabilizações perante a lei, pois seus atos na profissão podem surtir efeitos tanto civis quanto até mesmo penais, além dos já previstos na ética profissional. Deste modo, a melhor maneira de manter um relacionamento médico-paciente é a realização de um trabalho humanístico em que o objetivo fim seja empregar todos os meios necessários e conhecimentos possíveis para o tratamento da saúde do paciente, sendo este o principal instrumento de trabalho do médico e o qual deve ter sempre as suas vontades e autonomia respeitadas, dentro do que diz a ética profissional e os limites da lei.

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, Mariza Santos Pereira. **A proteção constitucional do princípio da autonomia** da vontade. Monografia (Especialista Lato *Sensu* em Direito Público) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ProducaoIntelectual/787096/pdf/787096.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BERGSTEIN, Gilberto. **Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjlrZCR7cfVAhVO2GMKHQmHAu8QFghHMAQ&url=http%3A>

[www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/2fde-30042013-144339/publico/DEVER\\_DE\\_INFORMACAO\\_NA\\_RELACAO\\_MEDICO\\_PACIENTE\\_E\\_SUA\\_PROVA\\_PARCIAL.pdf&usg=AFQjCNHoNiS\\_9uM-75jaIK98JK3upw8j5A](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/2fde-30042013-144339/publico/DEVER_DE_INFORMACAO_NA_RELACAO_MEDICO_PACIENTE_E_SUA_PROVA_PARCIAL.pdf&usg=AFQjCNHoNiS_9uM-75jaIK98JK3upw8j5A) >. Acesso em: 09 ago. 2017.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2017.

\_\_\_\_\_ **Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Publicado no DOU 31 dez. 1940 e retificado em 3 jan. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm) >. Acesso em: 14 ago. 2017.

\_\_\_\_\_ **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro.** Publicado no DOU 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm) >. Acesso em: 06 mai. 2017.

\_\_\_\_\_ **Resolução CFM 1931/2009.** Código de Ética Médica. Publicado no DOU 24 set. 2009, seção I, p.90 e retificado em 13 out. 2009, seção I, p. 173. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122) >. Acesso em: 11 ago. 2017.

CHEBLI, Túlio Fonseca. **O erro médico sob a ótica civil, penal e ética.** Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/biossegurancahospitalar/dados/material11.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

DOMINGOS, Isabela Moreira; KFOURI NETO, Miguel; LIMA, Sandra Maciel. A relação médico-paciente face às condições de terminalidade da vida com dignidade. **Revista Unicuritiba.** 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rVv6au0UTkMJ:revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/download/71/1161+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 10 ago. 2017.

FONSECA, Eloisa. A relação médico-paciente: o dever de informar e a responsabilidade civil pela perda de uma chance. **Jusbrasil:** portal eletrônico de notícias, 2016. Disponível em: <<https://eloisafonseca.jusbrasil.com.br/artigos/306233175/a-relacao-medico->

paciente-o-dever-de-informacao-e-a-responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance >. Acesso em 10 ago. 2017.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2017. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=&t=&palavra=m%C3%A9dico>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

RIDOLPHI, Alencar Cordeiro; RANGEL, Tauã Lima Verdán. Morte digna à luz da dignidade da pessoa humana: o direito de morrer. *In: **Jornal Jurid Digital***, Bauru. mai. 2017a. Disponível em: <<http://www.jornaljurid.com.br/doutrina/constitucional/morte-digna-a-luz-da-dignidade-da-pessoa-humana-o-direito-de-morrer>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

\_\_\_\_\_ O testamento vital em pauta: a autonomia da vontade à luz dos princípios norteadores da bioética. *In: **Jornal Jurid Digital***, Bauru, jul. 2017b. Disponível em: <<http://www.jornaljurid.com.br/doutrina/civil/o-testamento-vital-em-pauta-a-autonomia-da-vontade-a-luz-dos-principios-norteadores-da-bioetica>>. Acesso em 08 ago. 2017.

SANTOS, Neilton Santana. Componentes e atributos que configuram a qualidade na relação médico-paciente. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/componentes\\_configuram\\_qualidade\\_medico\\_paciente.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/componentes_configuram_qualidade_medico_paciente.pdf)>. Acesso em: 09 ago. 2017.

UDELSMANN, Artur. Responsabilidade Civil, penal e ética dos Médicos. *In: **Revista Associação Médica Brasileira***, v. 48, n. 2, 2002, p. 172-182. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302002000200039&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302002000200039&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em 15 ago. 2017.

## SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL: O DIREITO DAS GERAÇÕES FUTURAS A UM PATRIMÔNIO GENÉTICO NÃO MODIFICADO

Erica Corrêa da Silva Lopes<sup>11</sup>  
Laura Gioffi Coelho Moraes<sup>12</sup>  
Samila Ferreira Teixeira<sup>13</sup>  
Tauã Lima Verdán Rangel<sup>14</sup>

**Resumo:** Este artigo possui o condão de demonstrar qual são os efeitos de um organismo geneticamente modificado para as gerações presentes e futuras, com embasamento em experimentos científicos, estudos, leis e princípios. Para um melhor entendimento é necessário saber que um organismo geneticamente modificado é aquele alterado por meio da tecnologia onde permite que genes individuais sejam transferidos de um organismo para o outro, inclusive para espécies diferentes. Há diversos pontos positivos neste processo, dentre eles, a alimentação de melhor qualidade no País, pois com os OGM's os alimentos passaram a se desenvolver com muito mais facilidade, provocando um aumento em sua produção e, com isso, o preço comercial diminuiu, fazendo com que o consumidor pudesse ter acesso aos alimentos com mais facilidade. Salienta-se, porém, que os pontos negativos são de extrema preocupação, pois, se os riscos se concretizarem poderão causar graves riscos à saúde, como alergia a tumores. Ao meio ambiente, o risco também é de extrema importância, pois, poderá ocorrer a redução ou perda da biodiversidade e a contaminação dos recursos naturais, principalmente a água e o solo. O objeto mais

---

<sup>11</sup> Bacharela em Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ. E-mail do Autor: ericabomje@hotmail.com.

<sup>12</sup> Bacharela em Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ. E-mail do Autor: laura\_gioffi@hotmail.com

<sup>13</sup> Bacharela em Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ. E-mail do Autor: samilaferreira@gmail.com

<sup>14</sup> Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua\_verdan2@hotmail.com

importante que se tem em relação ao OMG's é o princípio da precaução, pois ele foi criado para proteger o ecossistema e a saúde das pessoas contra os efeitos geradores da biotecnologia. Além deste princípio, tem-se como destaque a Lei nº 11.105/05, que trata da biossegurança e dos OMG's.

**Palavras-chaves:** Organismos Geneticamente Modificados. Princípio da Precaução. Bioética. Solidariedade Intergeracional.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Para ter um melhor entendimento sobre o tema abordado, inicia-se o resumo explicando o que é um patrimônio geneticamente modificado e não modificado. O patrimônio\organismo geneticamente modificado, conhecido também pela sigla OMG, são definidos como toda entidade biológica cujo material genético (ADN/ARN) foi alterado por meio de alguma técnica que o modificasse de uma maneira que não ocorreria naturalmente. Essa técnica ocorre por meio da tecnologia, onde permite que genes individuais sejam transferidos de um organismo para o outro, inclusive para espécies diferentes. Podem ser citados, como exemplo, as plantas, que para sua proteção são introduzidos códigos genéticos resistentes a doenças causadas por insetos ou vírus, ou por um aumento da tolerância aos herbicidas.

Apesar da técnica ser muito útil e aproveitável para a biotecnologia, mostrou-se um lado negativo, pois, é como uma ameaça para as gerações futuras, por criar riscos de alto potencial danoso, com probabilidade de concretização futura, podendo causar afronta aos preceitos jurídicos da solidariedade e da igualdade entre as gerações e ao princípio da precaução. Importante salientar que não somente o Direito, mas também a Ética Ambiental passou a atentar neste assunto, de forma crítica, em relação à situação atual do desenvolvimento biotecnológico e as incertezas da seguridade dos princípios básicos relacionados ao homem e aos que o rodeiam. A metodologia empregada na construção do presente foi o método indutivo, bem como pesquisa bibliográfica quanto aos meios e a pesquisa qualitativa quanto aos fins. Para

tanto, foi utilizada como fontes da pesquisa bibliográfica leis, princípios e artigos científicos retirados da internet, que trataram como tema principal o direito das gerações futuras a um patrimônio genético não modificado.

Tem como objetivo fazer com que o público reconheça a importância de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para a saúde dos seres humanos de hoje e principalmente, das gerações futuras. Para o desenvolvimento desse artigo, foram elaborados estudos sobre o tema somente com base em artigos científicos, haja vista ter pouco material de apoio. Esta pesquisa abrange temas como a bioética, direito das gerações futuras, organismos geneticamente modificados e como principal fonte o princípio da precaução.

## **1 BIOÉTICA: ASPECTOS HISTÓRICOS E PRINCÍPIOS ORIENTADORES**

Bioética uma disciplina que visa à junção e a unificação da ética com tudo que concerne à vida, conclui-se tal afirmação quando se separa a palavra bioética, a palavra *bio* está ligada a tudo que se remete a vida e palavra ética está relacionada aos valores e princípios que orientam a sociedade, observa-se que há códigos de condutas éticas para respectivas profissões, pois há direcionamentos no que tange a forma como cada profissional deve se limitar a agir anexo as respectivas áreas. Foi visando esta ética nos parâmetros biológicos que o bioquímico que pesquisava sobre a oncologia, Van Rensselaer Potter lançou o termo “Bioética” na década de 1970. O objetivo central do Prof. Potter era estabelecer um vínculo entre a Ciência e Ética, para o pesquisador não havia possibilidade de se separar as duas áreas, no que diz respeito à importância que há na vida, a ciência que estuda a mesma não poderia andar sozinha, deveria haver algo que a orientasse e direcionasse. Com intuito de que houvesse o avanço saudável da ciência, Van Rensselaer começa a desenvolver a “Ciência da sobrevivência”, que desencadeia em um novo estudo de ética, que fora

denominada como Bioética, para Potter bioética era a Ética da vida, do ser vivo, da sobrevivência.

Por meados de 1932 a 1978 ocorreram casos de acontecimentos terríveis ligados à saúde e ao bem-estar do ser humano. A título de exemplificação, é possível fazer menção ao Estudo de Sífilis não-autorizado de Tuskegee, no qual 600 (seiscentos) negros contaminados com sífilis foram levados para um centro de pesquisa para serem estudados e pesquisados, objetivando estudos sobre a doença, ao final, após uma denúncia sobre a pesquisa, restou apenas 74 pessoas ainda infectadas. É oportuno consignar que a contrapartida pela participação no projeto era o acompanhamento médico, uma refeição quente no dia dos exames e o pagamento das despesas com o funeral. Durante o projeto foram dados, também, alguns prêmios em dinheiro pela participação. A inadequação inicial do estudo não foi a de não tratar, pois não havia uma terapêutica comprovada para sífilis naquela época. A inadequação foi omitir o diagnóstico conhecido e o prognóstico esperado.

Neste sentido, é possível fazer menção à exposição de Goldim, especialmente quando aponta “o objetivo do Estudo Tuskegee, nome do centro de saúde onde foi realizado, era observar a evolução da doença, livre de tratamento. Vale lembrar que em 1929, já havia sido publicado um estudo, realizado na Noruega, a partir de dados históricos, relatando mais de 2000 casos de sífilis não tratado” (GOLDIM, 1999, s.p.). Para que houvesse um norteamento e em resposta aos casos anteriormente ocorridos, o governo norte-americano, em 1974 promoveu uma comissão que fora designada a elaborar princípios éticos primordiais que orientaria a pesquisa por meio de experimento com seres humanos. Esta conferência ficou popularmente conhecida com o Belmont report, que identificou em forma de resumo, os princípios éticos básicos que foram explanados durante os quatro dias de conferência. Atualmente, tais princípios são utilizados para norteamento na realização dos experimentos biológicos em diversos países, os princípios que se trata são: (i) o princípio da beneficência; (ii)

o princípio da não-maleficência; (iii) o princípio da autonomia; (iv) o princípio da justiça; e (v) o princípio da equidade.

Tradicionalmente, o princípio da beneficência encontra-se associado à excelência profissional desde os tempos remotos da medicina grega, materializando-se no Juramento de Hipócrates: “Usarei o tratamento para ajudar os doentes, de acordo com minha habilidade e julgamento e nunca o utilizarei para prejudicá-los”. Segundo Loch (s.d., p. 03), a beneficência significa fazer o bem, logo, em uma dimensão prática, todos os indivíduos têm a obrigação moral de agir para o benefício do outro. Ora, essa aceção, quando empregada na área de cuidados com a saúde, que compreende todas as profissões das ciências biomédicas, substancializa-se em fazer o melhor para o paciente, não apenas em uma perspectiva técnico-assistencial, mas também do ponto de vista ético. Ao lado disso, é oportuno apontar que se trata de usar todos os conhecimentos e habilidades profissionais a serviço do paciente, considerando, na construção da decisão, a minimização dos riscos e a maximização dos benefícios do procedimento a realizar (LOCH, s.d., p. 03).

O princípio da não-maleficência, por sua vez, apregoa que o profissional de saúde tem o dever de, intencionalmente, não causar mal ou danos a seu paciente. “Considerado por muitos como o princípio fundamental da tradição hipocrática da ética médica, tem suas raízes em uma máxima que preconiza: ‘cria o hábito de duas coisas: socorrer (ajudar) ou, ao menos, não causar danos’” (LOCH, s.d., p. 02). O preceito em apreço é empregado frequentemente como uma exigência oral da profissão médica, materializando, desta feita, um mínimo ético, um dever profissional, que, caso não se cumpra, coloca o profissional da saúde numa situação de má-prática ou prática negligente da medicina ou das demais profissões da área biomédica. Há que se reconhecer que o dogma em destaque recebe especial importância em razão de o risco causar danos é inseparável de uma ação ou procedimento que está moralmente indicado.

Já o princípio da autonomia estabelece que as pessoas possuem liberdade de decisão, ser autônomo em suas decisões, cada cidadão capaz possui esse direito de autonomia, é a capacidade de autodeterminação. Respeitar a autonomia do ser humano está relacionado com a preservação dos direitos fundamentais do homem e ligado a Dignidade da pessoa humana. E no âmbito da Bioética, para que ocorra o respeito à autonomia das pessoas é essencial à presença de duas condições, a liberdade e a informação. Loch aponta que autonomia é a capacidade de uma pessoa para decidir ou buscar aquilo que ela julga ser o melhor para si mesma, porém para que ela possa exercer a autodeterminação são imprescindíveis duas condições fundamentais, quais sejam: **“a)** capacidade para agir intencionalmente, o que pressupõe compreensão, razão e deliberação para decidir coerentemente entre as alternativas que lhe são apresentadas; **b)** liberdade, no sentido de estar livre de qualquer influência controladora para esta tomada de posição” (LOCH, s.d., p. 04).

Em se tratando da liberdade, profere-se que o cidadão, possui a liberdade de decisão, sem nenhum tipo de influência e informação se desencadeia no conhecimento que a pessoa tem do seu estado para que possua capacidade de decidir se irá se submeter a algum procedimento. Ademais, há de salientar, que hora e outra não haverá o respeito à autonomia de uma pessoa em favor de beneficiar outras pessoas, exemplificando, fumantes. Por seu turno, os princípios da justiça e da equidade referem-se ao tratamento de todos de uma forma igual, utilizando-se da justa medida. Verifica-se que a equidade presa o atendimento das necessidades de cada pessoa de acordo com que precisa, é disponibilizar aos iguais de forma igual e dar aos desiguais de forma desigual. A questão da Justiça faz alusão ao fato de ser respeitar o direito de cada um de forma imparcial, não concedendo privilégios a alguém. Ao lado disso, insta anotar que Loch destaca que

O conceito de justiça, do ponto de vista filosófico, tem sido explicado com o uso de vários termos. Todos eles interpretam a justiça como um modo justo, apropriado e equitativo de tratar as pessoas em

razão de alguma coisa que é merecida ou devida à elas. Estes critérios de merecimento, ou princípios materiais de justiça, devem estar baseados em algumas características capazes de tornar relevante e justo este tratamento. Como exemplos destes princípios materiais de justiça pode-se citar: 1. Para cada um, uma igual porção 2. Para cada um, de acordo com sua necessidade. 3. Para cada um, de acordo com seu esforço. 4. Para cada um, de acordo com sua contribuição. 5. Para cada um, de acordo com seu mérito. 6. Para cada um, de acordo com as regras de livre mercado (LOCH, s.d., p. 05).

Em 2005, houve a 33ª conferência geral da UNESCO, em Paris, onde ocorreria o reconhecimento da Bioética em âmbitos universais, fora referendada e ratificada por 191 países, integrantes das nações Unidas. Contudo, houve discussões a cerca das particularidades da Declaração documental da Bioética em relação à particularidade de cada país. A Declaração Universal de Bioética e Direitos humanos descreve e apontam os objetivos, finalidades, princípios e aplicação do mesmo, considerações sobre Bioética;

Reconhecendo que questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços na ciência e suas aplicações tecnológicas deveriam ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e respeito universal por, e cumprimento dos direitos humanos e liberdades fundamentais, Decidindo que é necessário e oportuno para a comunidade internacional declarar princípios universais que proporcionarão uma base para a resposta da humanidade para os sempre-crescentes dilemas e controvérsias que a ciência e a tecnologia apresentam para a humanidade e para o meio ambiente. (UNESCO, 2005, p. 65).

Observa-se que a conferência geral manteve o intuito do Professor pioneiro Van Rensselaer Potter, foi almejado nesta conferência elaborar um suporte de princípios e procedimentos no que diz respeito à elaboração de suas legislações, construção política e outros ramos que estejam ligados à Bioética. Ao analisar o Documento da Declaração, percebe-se que o mesmo está respaldado por orientações, particularmente os princípios que cercaram a Bioética. No Brasil, em 1995 houve a

criação da Sociedade Brasileira da Bioética (SBB), que possui por missão principal difusão da Bioética ao Brasil e tem como objetivo;

Reunir pessoas de diferentes formações, interessadas em fomentar a discussão e difusão da Bioética. Estimular a produção de conhecimento em Bioética; promover e assessorar planos, projetos, pesquisas e atividades na área de Bioética; patrocinar eventos de Bioética, conforme regulamentos próprios; apoiar e participar de movimentos e atividades que visem a valorização da Bioética. (SOCIEDADE BRASILEIRA DE BIOÉTICA, 1995, s.p.).

Como denominou Van Potter, a Bioética é a Ciência da Sobrevivência e promover o avanço da mesma torna-se essencial para um crescimento na tecnologia biológica, permeando-se pelos princípios que a norteiam. Bioética engloba e sociedade em geral, e é de suma importância que as pessoas se interessem de seu conceito e princípios, tornando-se similar aos profissionais da saúde.

## **2 BREVES CONTORNOS AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO**

Em sede de comentários introdutórios, é possível salientar que o corolário da precaução se apresenta como uma garantia contra os riscos potenciais que, em harmonia com o estado atual de conhecimento, não são passíveis, ainda, de identificação. É desfraldada como flâmula pelo preceito da precaução que, em havendo ausência de certeza científica formal, existência de um dano robusto ou mesmo irreversível reclama a estruturação de medidas e instrumentos que possam minimizar e/ou evitar este dano. Neste passo, sobreleva salientar que o dogma em apreço encontra seu sedimento de estruturação no princípio quinze da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como Declaração do Rio/92, que em seu princípio quinze estabelece que:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (ONU, 1992).

Quadra destacar, nesta toada, que a ausência de certeza científica absoluta não deve subsidiar pretexto para postergação do emprego de medidas efetivas que objetivem evitar a degradação ambiental. Mais que isso, é oportuno consignar que, diante da situação concreta, “a incerteza científica milita em favor do ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não são perigosas e/ou poluentes”, como bem anota Romeu Thomé (2012, p. 69). Neste sentido, inclusive, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao relatoriar o Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial Nº 206.748/SP, salientou, com bastante pertinência, a dimensão do princípio da precaução, explicitando que “pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região” (BRASIL, 2013).

O axioma em realce, neste cenário, constitui no principal norteador das políticas ambientais, à medida que este se reporta à função primordial de evitar os riscos e a ocorrência dos danos ambientais. Em decorrência da proeminência assumida pelo preceito da precaução, salta aos olhos que é robusto orientador das políticas ambientais, além de ser o alicerce fundante da edificação do jus ambiental. Nesse passo, diante da crise ambiental que condiciona o desenvolvimento econômico, de modo sustentável, a segundo plano e da devastação dos diversos ecossistemas em escala vertiginosa, prevenir a degradação do meio-ambiente passou a se objeto da preocupação constante de todos aqueles que buscam melhor qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. Entalhou o princípio da precaução a Declaração de Wingspread de 1998, que “quando uma atividade representa ameaças de danos ao

meio-ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo de algumas relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidas cientificamente” (MELIM, s.d., s.p.). Os Tribunais Pátrios já se manifestaram quanto à aplicabilidade do princípio em comento, consoante se infere dos arestos colacionados:

**Ementa: Pedido de Suspensão. Meio Ambiente. Princípio da Precaução.** Em matéria de meio ambiente vigora o princípio da precaução. Esse princípio deve ser observado pela Administração Pública, e também pelos empreendedores. A segurança dos investimentos constitui, também e principalmente, responsabilidade de quem os faz. À luz desse pressuposto, surpreende na espécie a circunstância de que empreendimento de tamanho vulto tenha sido iniciado, e continuado, sem que seus responsáveis tenham se munido da cautela de consultar o órgão federal incumbido de preservar o meio ambiente a respeito de sua viabilidade. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Corte Especial/ AgRg na SLS 1.564/MA/ Relator: Ministro Ari Pargendler/ Julgado em 16 mai. 2012/ Publicado no DJe em 06 jun. 2012).

**Ementa: Direito Ambiental. Ação Civil Pública. Cana-de-açúcar. Queimadas. Art. 21, parágrafo único, da Lei n. 4771/65. Dano ao meio ambiente. Princípio da Precaução. Queima da palha de cana. Existência de regra expressa proibitiva. Exceção existente somente para preservar peculiaridades locais ou regionais relacionadas à identidade cultural. Inaplicabilidade às atividades agrícolas industriais.** 1. O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente. [...] Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp nº 1.285.463/SP/ Relator: Ministro Humberto Martins/ Julgado em 28 fev. 2012/ Publicado no DJe em 06 mar; 2012).

**Ementa: Processual Civil – Competência para julgamento de execução fiscal de multa por dano ambiental – Inexistência de interesse da União – Competência da Justiça Estadual – Prestação jurisdicional – Omissão – Não-ocorrência – Perícia – Dano Ambiental – Direito do suposto poluidor – Princípio da Precaução – Inversão do ônus da prova.** 1. A competência para o julgamento de

execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual. 2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva. 4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet. 5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano. 6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp nº 1.060.753/SP/ Relatora: Ministra Eliana Calmon/ Julgado em 01 dez. 2009/ Publicado no DJe em 14 dez. 2009).

Segundo Colombo (2004, s.p.), no direito positivo pátrio, é possível verificar a substancialização do princípio da precaução nos incisos I e IV do artigo 4º da Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, que, de forma clarividente, expressa a imperiosidade de existir um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização, de maneira racional, dos recursos naturais, sem olvidar da imprescindível avaliação do impacto ambiental. “Este princípio tem sido muito utilizado em ações civis públicas, seja requerendo a paralisação de obras, seja requerendo a proibição de explorações que possam causar, ainda hipoteticamente, danos ao meio ambiente” (THOMÉ, 2012, p. 69-70). Lançando mão das ponderações apresentadas por Colombo (2004, s.p.), o vocábulo precaução apresenta similitude idiomática com *cuidado*, logo, é imperioso, em razão do feixe irradiado pelo dogma em análise, o afastamento de perigo e manutenção da segurança das gerações futuras, bem assim da sustentabilidade

ambiental das atividades humanas. Verifica-se que o preceito em testilha é a concreção da busca pela proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como também pelo asseguramento da integridade da vida humana. Desta premissa, insta sustar que imperioso se faz considerar não somente o risco eminente de uma específica atividade, mas também os riscos futuros advindos de empreendimentos humanos, os quais, devido à compreensão e ao atual estágio desenvolvimento da ciência, não consegue captar toda densidade. “A aplicação do princípio da precaução deve ainda limitar-se aos casos de ‘ética do cuidado’, que não se satisfaz apenas com a ausência de certeza dos malefícios, mas privilegia a conduta humana que menos agrida, ainda que eventualmente, o meio natural” (THOMÉ, 2012, p. 70).

É denotável, deste modo, que a consagração do corolário da precaução se apresenta como robusto instrumento que estabelece a adoção de uma nova postura em relação à degradação do meio ambiente, afixando, por via de consequência, a estruturação de medidas ambientais, tanto por parte do Estado quanto pela sociedade em geral, que obstem a instalação e desenvolvimento de atividade que tenha potencial lesivo ao meio ambiente. No que se referem às indústrias já instaladas, o princípio da precaução assume uma feição que busque cessar o dano ambiental já concretizado, minimizando os efeitos danosos provocados. “A leitura atenta do acórdão combatido revela que seu fundamento de decidir foi o princípio da precaução, considerando que, na dúvida, impõe-se a sustação dos licenciamentos e a realização de estudos de impacto ambiental, sob pena de o dano consumir-se” (BRASIL, 2011), como o Ministro Mauro Campbell Marques explicitou, ao relatoriar o Recurso Especial N° 1.163.939/RS.

É necessário destacar que a atividade econômica não pode ser exercida em desacordo com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção do meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser embaraçada por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de âmago

essencialmente econômico, ainda mais quando a atividade econômica, em razão da disciplina constitucional, estiver subordinada a um sucedâneo de corolários, notadamente àquele que privilegia a defesa do meio ambiente, o qual abarca o conceito amplo e abrangente de noções atreladas ao meio ambiente em suas múltiplas manifestações, quais sejam: o meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho (ou laboral). Verifica-se, assim, que os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.



**Figura 01.** Símbolo identificador dos alimentos transgênicos. Disponível em: <<http://saudeempeso.com.br/voce-sabe-identificar-um-alimento-transgenico/>>. Acesso em 29 nov. 2016.

Denota-se, portanto, que o princípio da precaução, notadamente em decorrência de seu núcleo sensível, deve ser erigido como flâmula orientadora de

inspiração, sobretudo quando, diante dos experimentos científicos, inexistir elementos mínimos capazes de estabelecer as consequências a médio e a longo prazo. Assim, ao se analisar o corolário em debate, cuida reconhecer que a sua materialização reclama a presença de quatro componentes básicos que podem ser resumidos: (i) a incerteza passa a ser considerada na avaliação de risco; (ii) o ônus da prova cabe ao proponente da atividade; (iii) na avaliação de risco, um número razoável de alternativas ao produto ou processo, devem ser estudadas e comparadas; (iv) para ser precaucionária, a decisão deve ser democrática, transparente e ter a participação dos interessados no produto ou processo. “Dessa maneira, esse princípio defende a ideia de que diante da ausência da certeza científica, a existência do risco de um agravo demanda a implantação de medidas que possam prevenir este agravo. Ou seja, ao legislar sobre uma ciência ainda não conhecida, deve-se ser precavido” (RIBEIRO; MARIN, 2012, p. 362).

Nesta esteira, o princípio da precaução possui as seguintes características que serão tratadas a seguir: incerteza científica decorrente da possibilidade de graves prejuízos eventuais ou irreversíveis; temporariedade; estrito cumprimento obrigatório do corolário em comento; atuação estatal proporcionalmente; e a distribuição do ônus da prova. Para a sua incidência basta a existência de possível ameaça de eventuais graves prejuízos ou mesmo irreversíveis. Assim, as medidas a serem adotadas correlacionam-se com a proporcionalidade do evento danoso, inclusive, mensurando a impossibilidade de retroagir. Ademais, como se trata de possíveis danos irreversíveis, não se pode permitir a inércia ou omissão de tais danos, fundamentados na análise de probabilidade de incertezas científicas para a adoção de medidas garantidoras, ao oportunizar o seu controle, além de coibir a destruição do meio ambiente.

Uma das principais características do princípio da precaução é propiciar às futuras gerações uma melhor qualidade de vida, em consonância com um meio ambiente equilibrado. Desse modo, o Princípio da Precaução reside no fato de

procurar atuar previamente à ocorrência do prejuízo ambiental ao adotar medidas com a devida cautela, ao visar os benefícios decorrentes de tais medidas futuramente. No tocante ao estrito cumprimento obrigatório do Princípio da Precaução, ressalta-se a universalidade imperativa dessa imposição uma vez que não é plausível a delimitação e separação do meio ambiente aos países, pois qualquer prejuízo ambiental acarreta efeitos mundiais. Portanto, todas as medidas de cautela a serem adotadas também devem ter seu estrito cumprimento em sede mundial.

### **3 ALIMENTOS TRANSGÊNICOS: UMA TEMA DE INCERTEZAS NO FUTURO**

Nas últimas décadas, o desenvolver-se e o emprego dos organismos geneticamente modificados, ou simplesmente transgênicos, em larga escala na agricultura têm se amparado sob três principais argumentos: a preservação do meio ambiente, o aumento da produção para combater a fome e a redução dos custos de produção. Organizações governamentais e intergovernamentais têm planejado estratégias e protocolos para o estudo da segurança de alimentos derivados de cultivos geneticamente modificados. É nessa linha que verificasse a necessidade de alertar os cidadãos sobre as “verdades científicas” veiculadas nas mídias ou nos discursos políticos sociais. Ribeiro e Marin discutem que:

Ainda hoje, pesquisas e estudos que envolvem os potenciais riscos ao consumo humano de AGM ainda são muito restritos. No entanto, existem estudos sobre o efeito da ingestão de soja Roundup Ready em ratos, que demonstraram em análises ultraestruturais e imunocitoquímica, alterações em células acinares do pâncreas (redução de fatores de "splicing" do núcleo e do nucléolo e acúmulo de grânulos de pericromatina); em testículos (aumento do número de grânulos de pericromatina, diminuição da densidade de poros nucleares e alargamento do retículo endoplasmático liso das células de Sertoli), havendo a possibilidade de tais efeitos estarem relacionados ao acúmulo de herbicida presente na soja resistente, além de alterações em hepatócitos (modificações na forma do núcleo, aumento do número de poros na membrana nuclear, alterações na

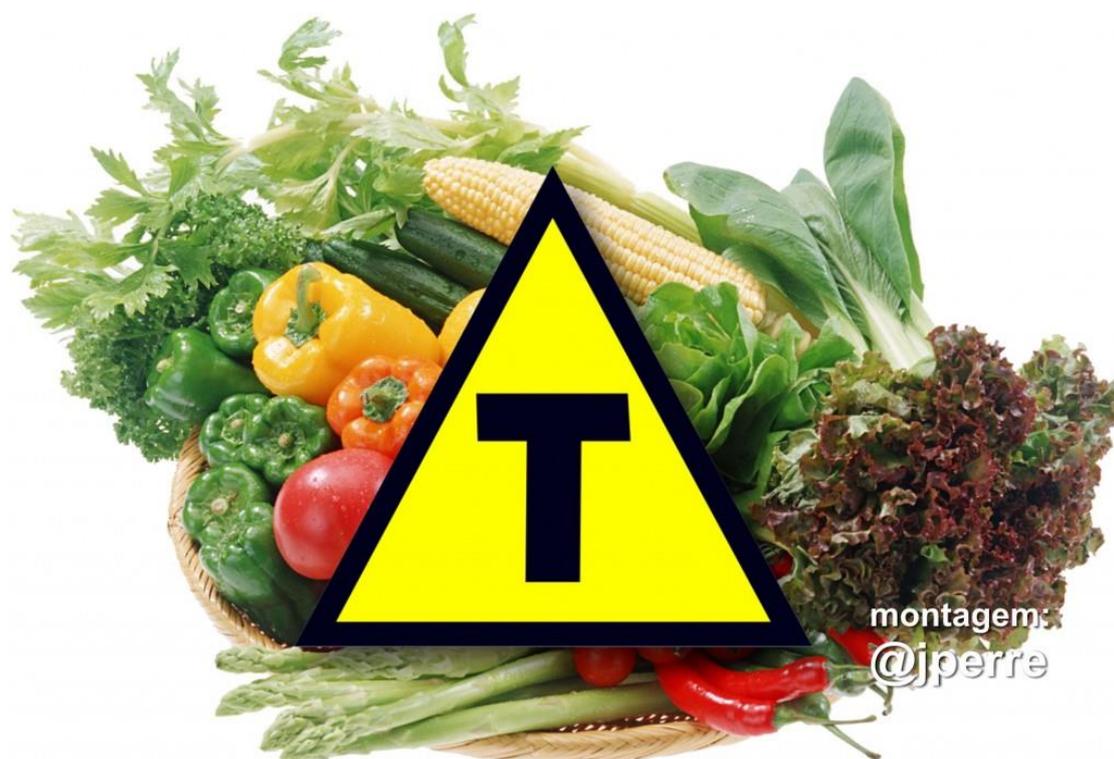
forma arredondada do nucléolo, indicando aumento do metabolismo) sendo potencialmente reversíveis neste último grupo de células (RIBEIRO; MARIN, 2012, p.362).

De maneira feliz, a posse das discussões sobre a ciência, a ética e o meio ambiente não pertence mais unicamente aos adeptos do desenvolvimento científico e tecnológico. Não obstante, as controvérsias científicas sempre fizeram parte da cultura da ciência. Já na década de 1950, Jacques Ellul, filósofo francês, abordava essa discussão:

Mais o progresso técnico cresce, mais aumenta a soma de efeitos imprevisíveis. Certos progressos técnicos criam incertezas permanentes e em longo prazo [...] Processos irreversíveis foram já implementados, particularmente no campo do meio ambiente e da saúde. Os problemas ambientais são exemplares. Criados pelo desenvolvimento tecnológico desenfreado e irrefletido, necessitam sempre de novos instrumentos e técnicas para resolvê-los. Os problemas de saúde pública ou de segurança alimentar são sistematicamente reformulados de modo que possam receber soluções técnicas ao invés de soluções políticas (ZANONI; FERMENT. 2011, p. 14).

A temática dos transgênicos cobre um conjunto de domínios e aspectos sociais, econômicos culturais e ambientais. A grande questão que vem sendo levantada é o quão seguras são essas tecnologias, se elas estão de acordo com o Guia Internacional para Segurança em Biotecnologia(IGSB) aceito pelo Programa Ambiental das Nações Unidas (MOSS, 2008, s.p.). Ultimamente, os assuntos dos adeptos do princípio da precaução forçam os governos de muitos países incluindo o Brasil, a modificar suas políticas e desistir da produção de variedades geneticamente modificadas. Assegura Rubens Onofre Nodari (2003) sobre o assunto, que os testes de segurança são conduzidos caso a caso e modelados para as características específicas das culturas modificadas e as mudanças introduzidas através da modificação genética. Todavia o mesmo autor salienta que o maior problema na análise de risco de organismos

geneticamente modificados, é que seus efeitos não podem ser previstos na sua totalidade. Os riscos à saúde humana incluem aqueles inesperados, alergias, toxicidade intolerância. No ambiente, as consequências são a transferência lateral (horizontal) de genes, a poluição genética e os efeitos prejudiciais aos organismos não alvos.



**Figura 02.** Alimentos transgênicos. Disponível em: <<http://www.minhaescolaweb.com.br>>. Acesso em 29 nov. 2016.

Estudos elaborados por Costa (2007) apontam que, todos os fenômenos e eventos indesejáveis resultantes do crescimento e consumo dos organismos geneticamente modificados podem ser classificados em três grupos de risco: alimentares, ecológicos e agrotecnológicos. Os riscos alimentares compreendem: a) efeitos imediatos de proteínas tóxicas ou alergênicas do OGM; b) riscos causados por efeitos pleiotrópicos das proteínas transgênicas no metabolismo da planta; c) riscos

mediados pela acumulação de herbicidas e seus metabólitos nas variedades e espécies resistentes; d) risco de transferência horizontal das construções transgênicas, para o genoma de bactérias simbióticas tanto de humanos quanto de animais (TEMM *et all*, 2007, p. 330). Os riscos ecológicos abarcam: a) erosão da diversidade das variedades de culturas em razão da ampla introdução de plantas GM derivadas de um grupo limitado de variedades parentais; b) transferência não controlada de construções, especialmente daquelas que conferem resistência a pesticidas e pragas e doenças, em razão da polinização cruzada com plantas selvagens de ancestrais e espécies relacionadas. Os possíveis resultados são o declínio na biodiversidade das formas selvagens do ancestral; c) risco de transferência horizontal não controlada das construções para a microbiota da rizosfera; d) efeitos adversos na biodiversidade em razão de proteínas transgênicas tóxicas, afetando insetos não alvos, assim como a microbiota do solo, rompendo desta forma a cadeia trófica; e) risco de rápido desenvolvimento de resistência às toxinas implantadas no transgênico por insetos fitófagos, bactérias, fungos e outras pragas devido à pesada pressão seletiva; f) riscos de cepas altamente patogênicas de fitovírus emergirem em razão da interação do vírus com a construção transgênica que é instável no genoma dos organismos receptores e, portanto, são alvos mais prováveis para recombinação com DNA viral (TEMM *et all*, 2007, p. 330).

No que compete aos riscos agrotecnológicos, é possível explicitar: a) riscos de mudanças imprevisíveis em propriedades e características não alvo das variedades GM e em razão dos efeitos pleiotrópicos de um gene introduzido; b) riscos de mudanças transferidas nas propriedades de variedade GM que deveriam emergir depois de muitas gerações em razão da adaptação do novo gene ao genoma, com manifestação da nova propriedade pleiotrópica e as mudanças já citadas; c) Perda da eficiência do transgênico resistente a pragas em razão do cultivo extensivo das variedades GM por muitos anos; d) possível manipulação da produção de sementes pelos donos da tecnologia “terminator” (TEMM *et all*, 2007, p. 330). Entretanto,

observa-se que a preocupação com a produção e utilização dos OGM por sua vez, e a combinação de riscos complexos e incertos com a existência de vulnerabilidades sociais e ambientais, torna ainda mais explosiva a necessidade da dialética entre produção-destruição inerente aos atuais modelos de desenvolvimento econômico e tecnológicos.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pode-se, assim, alcançar que os OGM's embora sejam uma prática científica positiva pelo ponto de vista do desenvolvimento e da ciência e que há alguns anos vem sendo adotada pela população mundial (Ex: os alimentos transgênicos), contam com o lado negativo, em que a ciência jurídica apresenta críticas baseadas em princípios e estudos relacionados à preservação da saúde populacional defendendo o que temem: que em um futuro bem próximo esses organismos geneticamente modificados poderão trazer consequências e graves riscos à saúde de quem está hoje presente e, em relação as gerações futuras, o que poderá vim acontecer. Pois, se os fatos encontrados nos estudos forem verídicos, o meio ambiente não suportará tantos danos. Por isso o princípio da precaução foi criado, pois é direito das gerações futuras poder usufruir de um ambiente com alta sustentabilidade.

Porém, vale ressaltar que estes riscos e consequência não são apresentados com clareza e não é possível ter certeza se algo realmente poderá acontecer, sendo então ainda mais validado a pratica científica apresentada. Pois, para a biotecnologia, ciência que desenvolveu essa pratica, os benefícios vão mais valiosos a consequências. É neste contexto, que a maioria dos países invocam o Princípio da Precaução, como diretriz para a tomada de decisões. Assim, quando há razões para suspeitar de ameaças de sensível redução ou de perda de biodiversidade ou, ainda, de riscos à saúde humana, a falta de evidências científicas não deve ser usada como razão para postergar a tomada de medidas preventivas. Desta forma, a adoção do

Princípio da Precaução, constitui uma alternativa concreta a ser adotada diante de tantas incertezas científicas.

Ao lado do apresentado, desta associação respeitosa e funcional do homem com a natureza, surgem as ações preventivas para proteger a saúde das pessoas e os componentes dos ecossistemas. Portanto, conclui-se que é necessário mais estudos em relação ao tema abordado, pois os benefícios que esses genes trazem são, evidentemente, importantes para a sustentabilidade e cadeia alimentar, haja vista estar presentes a inserção de vitaminas nos alimentos, proporcionando melhorias na saúde dos seres humanos. Porém, não haveria vida sem o meio ambiente, então é necessários maiores estudos para ter-se certeza de quais os malefícios essas inserções podem acarretar.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 29 nov. 2016.

COLOMBO, Silvana Brendler. O princípio da precaução no Direito Ambiental. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>>. Acesso em 29 nov. 2016.

COSTA, Thadeu Estevam Moreira Maramaldo *et all*. Avaliação de Risco dos Organismos Geneticamente Modificados. **Ciências e Saúde Coletiva**, n. 16, v. 1, 2007; p. 327-336. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csc/v16n1/v16n1a35.pdf>>. Acesso em 29 nov. 2016.

FACCO, Fernando Alberto; SCHNAIDER, Taylor Brandão; SILVA, José Vitor. A Bioética: histórico e princípios. **Enciclopédia Bioesfera**, v. 6, n. 11, 2010, p. 1-11. Disponível em: <<http://www.conhecer.org.br/enciclop/2010c/a%20bioetica.pdf>> Acesso em: 29 nov. 2016.

GOLDIM, José Roberto. O Caso Tuskegee: quando a ciência se torna eticamente inadequada. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/tueke2.htm>>. Acesso em 29 nov. 2016.

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

LOCH, Jussara de Azambuja; **princípios da bioética**. Disponível em: <<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Princ%C3%ADpios/PRINC%C3%8DPIO S%20DA%20BIO%C3%89TICA%20%283%29.pdf>> Acesso em: 29 nov. 2016.

MOSS, Bob. **Genetically Modified Organisms (GMOs): Transgenic Crops and Recombinant DNA Technology**, 2008. Disponível em: <<http://www.nature.com/scitable/nated/topicpage/genetically-modified-organisms-gmos-transgenic-crops-and-732>>. Acesso em 29 nov. 2016.

NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar. **Revista Nutrição**, n. 16, v. 1, 2003, p. 105-116. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-52732003000100011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-52732003000100011)> Acesso em 29 nov. 2016.

PORTO, Marcelo Firpo. Riscos incertezas e vulnerabilidades: transgênicos e os desafios para a ciência e a governança. **Revista Política & Sociedade**, n. 7, out. 2005, p. 77-103 Disponível em: <<https://www.google.com.br/#q=Alimentos+Transg%C3%AAnicos:+Um+tema+de+incertezas+no+futuro>> Acesso em: 29 nov. 2016.

RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Victor Augustus. A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**, n. 17, v. 2, 2012, p. 359-368. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n2/a10v17n2.pdf>>. Acesso em 29 nov. 2016.

SCHRAMM, Fermin Roland. Uma breve genealogia da bioética em companhia de Van Rensselaer Potter. **Revista - Centro Universitário São Camilo**. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/87/A5.pdf>> Acesso em: 29 nov. 2016.

**SOCIEDADE Brasileira de Bioética**. Disponível em: <<http://www.sbbioetica.org.br/quem-somos>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.anis.org.br/Cd01/Comum/DocInternacionais/doc\\_int\\_08\\_unesco\\_d\\_eclaracao\\_bioetica\\_port.pdf](http://www.anis.org.br/Cd01/Comum/DocInternacionais/doc_int_08_unesco_d_eclaracao_bioetica_port.pdf)> Acesso em: 29 nov. 2016.

ZANONI, Magda; FERMENT Gilles. Transgênicos alimentos para quem?. **Agricultura, Ciências e Sociedade**, 2011. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0C>>

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

DgQFjAE&url=http%3A%2F%2Faspta.org.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2011%2F08%2FTransgenicos\_para\_quem.pdf&ei=TShbVbrxCYuxggSTr4GwDA&usg=AFQjCNHiqGsdqFnkm-L2dCBLCVB4q5irOg&sig2=Pc\_DWA0BCGr6jiAErsyHkw&bvm=bv.93564037,d.cWc>.  
Acesso em 29 nov. 2016.

## RECONHECIMENTO DA BIOÉTICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE QUARTA DIMENSÃO

Pâmella do Carmo Silva<sup>15</sup>  
Tauã Lima Verdan Rangel<sup>16</sup>

**Resumo:** A bioética nasce da necessidade de se adequar a ética às inovações científicas que surgem durante o século XX, visando a instituição de parâmetros básicos norteadores de conduta. Todavia, a concepção original de bioética sofre diversas alterações desde seu nascedouro num artigo de Fritz Jahr, até sua mais recente reformulação por Vans Potter em 1998. Todas as concepções existentes possuem um ponto em comum: a preocupação com a interdisciplinaridade da bioética. Independente de compreendida apenas voltada para a área da saúde, ou de maneira mais abrangente, Bioética Profunda, faz-se clara a necessidade do diálogo desta com as demais disciplinas em busca de melhores soluções dos conflitos. Desta premissa nascem os princípios bioéticos, uma trindade, instituído por Beauchamps e Childress no Relatório de Belmonte em 1979. Dada à importância da bioética indaga-se uma possível configuração com direito fundamental de quarta dimensão. Os direitos fundamentais são divididos em gerações, ou dimensões, sendo cada qual resultado da necessidade de seu contexto histórico. Cada dimensão engloba os direitos conquistados pela geração anterior, apenas acumulando direitos. Porquanto, objetiva-se analisar a bioética como direito fundamental de quarta dimensão através de um método de pesquisa hipotético-dedutivo e de análises de artigos referentes a temática.

**Palavras-chave:** Bioética. Direito Fundamental. Quarta dimensão.

---

<sup>15</sup> Bacharela em Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana. E-mail: pamellacs@outlook.com;

<sup>16</sup> Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua\_verdan2@hotmail.com

## **1 INTRODUÇÃO**

A bioética nasce num contexto de inovações científicas impactantes, no seio de uma sociedade a *mercê* de uma ética que protegesse a sobrevivência humana, os direitos dos perigos destas inovações. Embora a autoria do termo “Bioética” seja atribuída ao oncologista Vans Rensselaer Potter, em 1971, esclarece-se que a primeira aparição deste termo aconteceu em um artigo publicado no periódico *Kosmos* em 1920. A bioética passou por remodelações ao longo dos anos para melhor se adequar as novas necessidades e aos novos desafios científicos, como a questão de transplantes de órgãos.

A fim de nortear a resolução mais ética possível para conflitos que envolvessem os novos desafios encarados pela bioética, foi-se criado em 1979 no Relatório de Belmonte por Beauchamps e Childress a trindade bioética, ou seja, três princípios considerados basilares para as discussões e reflexões bioéticas. Estes seriam a benevolência (não-maleficência), o respeito a pessoa (autonomia) e a justiça. Atualmente, existem outros diversos princípios bioéticos como o de consentimento informado, entre outros, sendo que os três supracitados são primordiais em qualquer situação desta área.

Devido à importância da Bioética, surge a seguinte indagação: Seria a Bioética um direito fundamental de quarta dimensão? Os direitos fundamentais foram conquistados ao longo de séculos, decorrentes, muitas vezes, de revoltas ou revoluções, englobados a cada nova geração, acumulando-se direitos básicos ao ser humano. A existência ou não de uma quarta dimensão de direitos fundamentais ainda não é algo pacificado na doutrina brasileira, contudo, há quem defenda sua existência e seu objetivo de resguardar os direitos a democracia, a informação e ao pluralismo, consequentes do fenômeno da globalização. Desta feita, será abordado questões básicas inerentes a bioética assim como breves noções de direitos fundamentais para a posterior análise desta com direito de quarta dimensão.

## **2 DA DELIMITAÇÃO DO TERMO “BIOÉTICA”**

O termo “Bioética” é um neologismo derivado da junção dos termos *bios* (vida) e *ethike* (ética), sendo, portanto, literalmente traduzida como a ética da vida. Contudo, segundo Levon Yeganiantz (2001), Bioética pode ser definida como “um ramo da ética aplicada que reúne um conjunto de conceitos, princípios e teorias, com a função de dar legitimidade às ações humanas que podem ter efeito sobre os fenômenos vitais e a vida em geral”. Contudo, o termo “Bioética” sofreu diversas alterações, criando diferentes concepções devido à sua delimitação e contexto histórico.

É importante salientar o conflito doutrinário acerca do responsável pela criação do termo “bioética”, sendo que autores como Oliveira (2013), Barboza (2000) e Xavier (2000) defendem que este termo foi criado pelo oncologista americano Vans Rensselaer Potter em 1971 no artigo intitulado *Bioethics: Bridge to the future*, entretanto, Goldim (2006) explica que a primeira aparição deste termo foi em um artigo publicado no periódico *Kosmos* da autoria de Fritz Jahr. Goldim (2006, p. 86) ainda leciona que “No final de seu artigo, Fritz Jahr propõe um ‘imperativo bioético’: respeita todo ser vivo essencialmente como um fim em si mesmo e trata-o, se possível, como tal”.

Em suma, pode-se classificar este termo mediante dois pontos de vista: o ponto de vista em relação ao objeto e o ponto de vista em relação às percepções filosóficas. Na primeira categoria adequam-se os conceitos de Macrobioética e Microbioética, enquanto que, na segunda categoria se configuram os conceitos de Bioética como Ponte, Bioética Global e Bioética Profunda. Sendo assim, passar-se-á à análise da concepção bioética quanto ao objeto, primeiramente, concepção Macrobioética.

A Macrobioética pode ser entendida como “a ética que visa o bem da vida em sentido amplo — direcionada ao macro-sistema da vida -, e estaria diretamente ligada ao meio ambiente e ao Direito Ambiental” (CHIARINI JÚNIOR, 2004, s.p.). Logo, fica evidente que a macrobioética é entendida em sentido abrangente, tratando de todo o

sistema de vida que se relaciona a condutas que possam trazer bem-estar não só para o homem, como também para o meio ambiente. Dessarte, Julia Pedrosa conceitua esta percepção bioética:

É o ramo da bioética que tem por objetivo o estudo das questões ecológicas em busca da preservação da vida humana. A macrobioética trabalha, especificamente, com as questões persistentes. As questões persistentes são aquelas que se manifestam no grupo social e por isso se encontram regulamentadas, por exemplo, a preservação florestal ou de um patrimônio cultural. Também denominada de Macrobiodireito, o mesmo pode abranger questões de cunho ambiental e internacional ambiental, pela amplitude de sua incidência. (PEDROSA, 2016, s.p.)

Por conseguinte, tem-se que a macrobioética enseja a observação as questões persistentes, que devido à sua importância social devem ser reguladas. Chiarini Júnior (2004) ainda explica que “Em decorrência da macro-bioética ter-se-ia um código de condutas que deveriam ser seguidas em todo tipo de ação humana—principalmente nas experimentações científicas” que resultassem tanto em alterações benéficas, quanto prejudiciais ao meio ambiente.

Em contrapartida, a microbioética surge na limitação da bioética ao campo médico e da área da saúde, restringindo-se seu objeto e voltando-a para a significação da ética da vida humana. Sendo assim, Chiarini Júnior (2004) entende que “a Bioética seria um modelo de conduta que procurasse trazer o bem à Humanidade como um todo, e, ao mesmo tempo, a cada um dos indivíduos componentes da Humanidade”. Destarte, essa se vincula não só a relação médico-paciente, mas também as questões insurgentes desta relação, conforme explica Pedrosa acerca da microbioética e seus desdobramentos:

É o ramo da bioética que tem por objetivo o estudo das relações entre médicos e pacientes e entre as instituições e os profissionais de saúde. A microbioética trabalha, especificamente, com as questões emergentes, que nascem dos conflitos entre a evolução da

pesquisa científica e os limites da dignidade da pessoa humana.  
(PEDROSA, 2016, s.p.)

Portanto, extrai-se dos entendimentos listados acima a importância desta aceção bioética no tocante a proteção da vida humana, assim como de todos os indivíduos interligados a esta e envolvidos em experimentos (CHIARINI JÚNIOR, 2004). Quanto a segunda categoria de concepções bioéticas, relacionadas as percepções filosóficas, abordar-se-á, primeiramente, a concepção de Bioética como Ponte, instituída por Vans R. Potter, em 1971, em seu artigo intitulado *Bioethics: Bridge to the future*. Potter classificou esta concepção bioética como Ponte por ser responsável por interligar as ciências e as humanidades, caracterizando-a com a ciência da sobrevivência (GOLDIM, 2006). Maria Elisa Villas-Bôas sintetiza a aceção original criada por Potter da seguinte maneira:

Ele a definiu como sendo a “ciência da sobrevivência humana”, uma “ponte para o futuro”, tendo como escopos primordiais promover e defender a dignidade humana e a qualidade de vida, em face dos intensos avanços técnicos então verificados e a partir, sobretudo, da defesa ao equilíbrio ambiental, como necessário a assegurar o futuro da Humanidade<sup>2,3,4</sup>. A origem da Bioética foi, assim, primeiramente biocêntrica, voltada para questões que hoje alguns denominam “macrobioética”<sup>5</sup>, fazendo menção à inserção do homem em seu meio, em uma visão holística, em que prepondera a preocupação ecológica e com a qualidade da vida que se está legando às gerações futuras. (VILLAS-BÔAS, 2012, p. 90)

Contudo, após a limitação deste termo por Hellegers, delimitando-o a área de assistência à saúde, Potter, então, insatisfeito com esta restrição, reiterou sua concepção original estabelecendo uma nova: a Bioética Global (PESSINI, 2013). Essa se solidificou na inclusão de das questões ambientais nas discussões e reflexões bioéticas, sendo que este pensamento de Potter foi diretamente influenciado pela “Ética da Terra”, criada em 1930 por Aldo Leopold que incluía solo e recursos naturais

como questões passíveis de discussão bioética (GOLDIM, 2006). Destarte, Thiago Cunha e Cláudio Lorenzo explanam que:

No final dos anos 1980, Potter propôs a expansão da bioética ponte para uma bioética global, cujo foco deveria ser ainda mais interdisciplinar para que a nova ciência pudesse cumprir seu objetivo de garantir a sobrevivência humana. Mas Potter não se referia a qualquer sobrevivência; apenas às “bioeticamente” defensáveis. (CUNHA, LORENZO, 2014, p. 118)

Esta concepção bioética englobava todos os aspectos referentes ao viver, incluindo saúde e ecologia, sendo possíveis diferentes interpretações, como por exemplo, a proposta de pluralismo bioética de Tristan Engelhardt; Alastair Campbell e Solly Benatar interpretaram como enquadramento na globalização, “ou seja, que seria estabelecido um único paradigma filosófico para o enfoque das questões morais na área da saúde, caracterizando uma nova forma de "imperialismo" (GOLDIM, 2003, s.p.). Infere-se, portanto, que um dos objetivos da bioética global é exatamente criticar a visão econômica que prejudica a sobrevivência humana.

Por derradeiro, tem-se ainda a concepção da Bioética Profunda, instituída em 1998 também por Vans Potter. Esta acepção entende o planeta como o conjunto de sistemas biológicos interligados e interdependentes, no qual a vida é o centro da questão. Esta acepção enseja a combinação de humildade, responsabilidade e competência interdisciplinar e intercultural (GOLDIM, 2006). Consoante, Goldim (2003), esta denominação já fora utilizada por Peter J. Whitehouse valendo-se do conceito de Ecologia Profunda de Naess. Desta feita, Goldim (2006) resume as principais concepções bioéticas originárias de Potter:

A Bioética, dessa forma, nasceu provocando a inclusão das plantas e dos animais na reflexão ética, já realizada para os seres humanos. Posteriormente, foi proposta a inclusão do solo e dos diferentes elementos da natureza, ampliando ainda mais a discussão. A visão integradora do ser humano com a natureza como um todo, em uma

abordagem ecológica, foi a perspectiva mais recente. Assim, a Bioética não pode ser abordada de forma restrita ou simplificada. É importante comentar cada um dos componentes da definição de Bioética profunda de Potter – ética, humildade, responsabilidade, competência interdisciplinar, competência intercultural e senso de humanidade – para melhor entender a necessidade de uma aproximação da Bioética com a teoria da complexidade. (GOLDIM, 2006, p. 87)

Por conseguinte, é evidente que apesar da diversidade de concepções sendo cada qual produto de seu contexto histórico, a interdisciplinaridade e pluralismo são marcas da bioética, vez que a mesma deve propiciar o diálogo entre as mais diversas áreas possíveis para que se encontrem soluções eticamente adequadas aos avanços tecnológicos que surgem resguardando-se, contudo, a sobrevivência humana.

### **3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA BIOÉTICA**

A Bioética se norteia numa trindade principalista básica, ou seja, em três princípios básicos propostos no Relatório de Belmont em 1979. Estes princípios foram estabelecidos por Beauchamps e Childress na obra intitulada “Principles of biomedical ethics” e sua utilização estendida para toda a área médica (JUNQUEIRA, 2011). Os princípios em tela são: beneficência (ou não-maleficência), autonomia e justiça.

O Princípio da beneficência consiste em fazer a bem para seu paciente, uma vez que este deve ser o objetivo de todos da área médica (JUNQUEIRA, 2011). Fernanda Lapa (2002) ainda ressalta que este princípio é oriundo do juramento de Hipócrates, ainda adotado nas formaturas de Medicina, visando agir sempre em favor do maior benefício possível. Contudo, não deve-se confundir beneficência com não-maleficência. Essa consiste em não causar o mal ao paciente, ou seja, em evitar causar mal (JUNQUEIRA, 2011). Lapa (2002) defende que devido ao princípio da não-maleficência, “o cientista deve abster-se de prejudicar e de fazer o mal a seu paciente.

Nessa situação, como fazer o bem já não é mais possível, o primordial é não provocar mais sofrimento ao paciente.” (LAPA, 2002, p. 58). Porquanto, Chiarini Júnior salienta a necessidade de mitigação deste (não-maleficência) com o princípio da autonomia, explanando que:

Trata-se, como visto, de proibir condutas que, apesar de poderem gerar algum conhecimento novo, ou alguma descoberta revolucionária, sejam igualmente capazes de gerar algum malefício ao paciente. Este princípio deve ser analisado em conjunto com o princípio da autonomia, de forma que é possível uma mitigação da não-maleficência em função da autonomia do paciente, o qual pode optar por fazer parte de algum tipo de experimentação médico-científica, em busca de tratamentos alternativos, desde que lhe sejam previamente esclarecidos todos os riscos potenciais da atividade que será realizada, e, ao mesmo tempo, desde que isto não implique em sacrificar-lhe a saúde, a integridade física ou psíquica, ou, principalmente, sua própria vida, pois esta é sagrada. (CHIARINI JÚNIOR, 2004, s. p.)

Destarte, evidencia-se que tanto o princípio da beneficência como da não-maleficência são interligados e que ambos objetivam apenas que o melhor seja feito para o paciente, como o juramento de Hipócrates determina, não sendo, para tanto absolutos, podendo ser mitigados quando houver possibilidade para tal e adequadas informações médicas para o consentimento necessário ao mesmo.

O princípio da autonomia, ou respeito pela pessoa, estabelece o poder de autodeterminação concedido ao indivíduo, ou seja, é direito da pessoa decidir acerca de algo que possa modificar sua saúde física e/ou mental, contudo, esta autonomia deve ser respaldada em dois quesitos essenciais: o consentimento e a informação (CHIARINI JÚNIOR, 2004). Para que uma pessoa possa exercer devidamente sua autonomia, a mesma deve ter todas as informações necessárias para analisar se deve ou não optar por determinada medida ou tratamento, ou seja, o médico tem o dever de informar os prós e contras da possível escolha de determinado tratamento, sendo a

anuência do indivíduo requisito essencial para exteriorização de autonomia, uma vez que este princípio abrange o do consentimento informado (LAPA, 2002).

Quanto à capacidade para exercício da autonomia, deve-se observar os artigos 3º e 4º do Código Civil que tratam acerca da incapacidade absoluta (menores de 16 anos) e relativa, respectivamente. Insta salientar que o *caput* do art. 4º do Código Civil limita a incapacidade relativa a determinados atos ou a maneira de exercê-los, devido a modificação proveniente do Estatuto da Pessoa com Deficiência que retirou deste rol os portadores de deficiência mental com discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Segundo Junqueira (2011), nos casos de capacidade relativa configura-se a autonomia limitada, ou seja, a pessoa possui autonomia mas por algum motivo não é plenamente capaz de exercê-la, não devendo, portanto, este princípio ser interpretado isoladamente nem entendido como absoluto, uma vez que o mesmo deve ser harmonizado com o princípio da beneficência.

Por último, o princípio da justiça se refere à justa distribuição de verbas por parte do Estado com saúde, educação e etc, e o tratamento igual, vinculados a ideia de equidade (JUNQUEIRA, 2011). Fernanda Lapa ainda explica que:

Para que o princípio da justiça seja respeitado, é importante que a sociedade seja ouvida antes de se incluir determinada tecnologia no país, e que ela tenha acesso às informações necessárias para tomar uma posição. Na maioria dos casos, os cidadãos não têm a informação correta e transparente relacionada aos investimentos feitos para determinada pesquisa. (LAPA, 2002, p.61)

Este princípio estabelece três necessidades básicas: o respeito a imparcialidade do direito pessoa, o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais na medida de suas desigualdades, e a adequada distribuição de recursos, pois só quando atendidas as necessidades acima explanadas as descobertas científicas serão realmente justas e benéficas a todos (LAPA, 2002). Por derradeiro, Junqueira (2011) defende que existe hierarquia entre os princípios supracitados, devendo ser

analisado primeiramente o princípio da beneficência e, conseqüente não-maleficência, num segundo momento a autonomia e, por último, devemos buscar justiça.

#### **4 BIOÉTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA QUARTA DIMENSÃO?**

Os direitos fundamentais possuem diversas outras denominações sendo esta a mais abrangente. Todavia, embora existam a nomenclatura geração e dimensão, Mendes (2014, s. p.) explica que o termo dimensão é mais correto pois “sua explanação manifesta que sua estrutura dimensional possui forma espiral, podendo, assim, ir de uma a outra, acondicionando todas, sem que qualquer delas seja lesada ou se anule”. Como se infere da própria denominação, os direitos fundamentais são direitos adquiridos com o decurso do tempo que são fundamentais para as pessoas, surgindo, inicialmente, da necessidade de defesa das pessoas perante o poder absoluto do Estado, resguardando direitos à dignidade, liberdade, propriedade, igualdade (LURCONVITE, 2007) e fraternidade (MENDES, 2014). Entretanto, Araújo e Nunes Júnior trazem a seguinte definição:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade). (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, *apud* LURCONVITE, 2007, s. p.)

Sendo assim, segundo Mendes (2014), é importante distinguir direitos fundamentais de direitos humanos, vez que os fundamentais são pertinentes a ordem jurídica interna apenas positivados por uma Constituição, enquanto que os Humanos são pertencentes a toda Humanidade. O supracitado autor ainda acrescenta que um

Direito Humano pode se tornar fundamental ao ser positivado internamente. Insta ressaltar que para que um direito seja fundamental ele deve preencher requisitos, obedecer diversos princípios sendo eles: universalidade, imprescritibilidade, historicidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, inexauribilidade, interdependência, aplicabilidade, constitucionalização e vedação ao retrocesso (MENDES, 2014).

Por conseguinte, tem-se que cada geração, ou dimensão, dos direitos fundamentais resguarda uma gama específica de direitos, logo, a primeira dimensão resguardava direitos civis e políticos voltados para liberdade que se fazem presentes em todas as Constituições democráticas (MENDES, 2014). O já referido autor ainda acresce que essa é responsável pela abordagem negativa do Estado, ou seja, esse deve se distanciar das relações sociais e individuais para que não as viole. Estes direitos têm, portanto, caráter negativo, pois exprimem uma atividade a ser evitada, negativa, por parte do Estado a fim de que não enseje em violação da esfera privada e individual (LURCONVITE, 2007).

A segunda dimensão tratava dos direitos sociais, econômicos e culturais (NOVELINO, *apud* GOMES 2011). Mendes (2014, s. p.) explica que devido a liberdade conquistada pela dimensão anterior “uma grande desigualdade se rompeu e com ela, o individualismo, que fez com que as diferenças sociais se aprofundassem”. Lurconvite (2007, s. p.) ainda complementa explanando que “com o avanço do liberalismo político e econômico no início do século XX, após a Primeira Guerra Mundial, o mundo assistiu a deterioração do quadro social”. Tudo isso motivou a necessidade de intervenção estatal a favor do cidadão (MENDES, 2014). Logo, Lurconvite sintetiza esta dimensão da seguinte maneira:

Portanto, a segunda dimensão dos direitos fundamentais reclama do Estado uma ação que possa proporcionar condições mínimas de vida com dignidade, são os direitos sociais, econômicos e culturais. Sempre buscando diminuir as desigualdades sociais, notadamente proporcionando proteção aos mais fracos. [...] Isto posto, os direitos

da referida segunda dimensão estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho, lazer, dentre outros [...] Com os direitos da segunda dimensão, brotou um pensamento de que tão importante quanto preservar o indivíduo, segundo a definição clássica dos direitos de liberdade, era também despertar a conscientização de proteger a instituição, uma realidade social mais fecunda e aberta à participação e valoração da personalidade humana, que o tradicionalismo da solidão individualista, onde se externara o homem isolado, sem a qualidade de teores axiológicos existenciais, ao qual somente a parte social contempla. (LURCONVITE, 2007, s. p.)

O diferencial desta dimensão em relação a anterior é seu caráter positivo, ou seja, nesta fase é reclamado do Estado ações em favor do cidadão para que se alcance o bem estar social, sendo, portanto, também conhecida como a dimensão dos direitos positivos (LURCONVITE, 2007). Contudo, conforme explica Mendes (2014, s. p.), para que o Estado possa responder as reclamações ele deve dispor de prestações, e para que essas sejam realizadas é necessário “que este disponha de poder pecuniário, seja para criá-las, seja para executá-las, uma vez que sem o aspecto monetário os direitos de segunda dimensão não se podem cumprir efetivamente”.

A terceira dimensão versa sobre direitos transindividuais voltados para a proteção do gênero humano (NOVELINO, *apud* GOMES, 2011). Os direitos desta dimensão surgiram no momento pós Segunda Guerra Mundial em função de humanismo e universalidade, sendo caracterizados pelo ideal de fraternidade e preservação da qualidade de vida, devido ao fenômeno da globalização (MENDES, 2014). Lurconvite leciona que:

Como visto, muito se fala em direito a paz, a autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à comunicação, dentre outros. Mas isso não significa que a vida humana, o ser humano não seja mais o titular de direitos, muito pelo contrário. É da proteção do próprio ser humano que emanam tais direitos, típicos direitos transindividuais. O direito a vida passa a ser analisado como um direito suscetível de ser lesado

coletivamente. Isto é, uma lesão pode ser dirigida a uma ou muitas pessoas. (LURCONVITE, 2007, s. p.)

O supracitado autor ainda defende que os direitos desta dimensão são os “coletivos em sentido amplo, também conhecidos como “interesses transindividuais”, gênero em que estão incluídos os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos”. Ou seja, os direitos que abrangem toda a coletividade, concretizando o verdadeiro ideal de fraternidade.

A quarta dimensão trata do direito a informação, democracia e pluralismo advindos da globalização (NOVELINO, *apud* GOMES, 2011). Insta salientar, entretanto, que ainda não há consenso doutrinário acerca do conteúdo desta quarta dimensão, sendo que alguns autores defendem a existência dessa (DIÓGENES JÚNIOR, 2012). Ou seja, segundo Lurconvite (2007, s. p.) apenas alguns autores defendem a existência da quarta dimensão de direitos fundamentais, “dentre eles destacamos Paulo Bonavides, Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares, Norberto Bobbio, Ana Cláudia Silva Scalquette e Pietro de Jesús Lora Alarcón, dentre outros”. Por conseguinte, Michelle Pombo explica que:

Destaca-se, contudo, que a doutrina dominante não reconhece a existência de quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais, pois segundo a referida corrente os direitos à informação, à paz, à democracia, entre outros decorrentes das novas tecnologias e necessidades sociais estariam incluídos nos direitos da terceira dimensão. Neste ponto, ousa discordar da corrente doutrinária majoritária, haja vista que os direitos à informação, à paz, democracia não se resumem na problemática da titularidade coletiva típica da terceira dimensão. Esses valores possuem questões mais profundas que didaticamente e historicamente não se enquadram na linha evolutiva da terceira dimensão de direitos fundamentais. (POMBO, 2014, s. p.)

Michelle Pombo (2014) ainda expressa que esta geração possui uma característica essencial: “a busca dos valores mais caros da vida diante dos avanços

tecnológicos, preservando a vida em sua singularidade, pluralidade (biodiversidade), liberdade qualificada e a sua integridade física e moral”. Desta senda, o direito a vida também se enquadra no rol de direitos inerentes a esta dimensão, devendo este ser considerado amplamente, abrangendo as questões de engenharia genética e suas ocorrências (LURCONVITE, 2007). Destarte, é oportuno apontar que Pombo sintetiza a questão do conteúdo desta nova dimensão, apresentando o seguinte escólio:

Alerta-se, entretanto, que essa nova dimensão de direito consiste em uma de suas faces, essencialmente, a imposição de limites morais e éticos exatamente no processo de investigação científica. A liberdade científica, portanto, não pode ter caráter absoluto, pois deve estar limitada aos contornos trazidos pelo princípio da dignidade humana e da dignidade da vida. A quarta dimensão de direitos fundamentais busca o resgate dessa individualidade humana, valorizando os valores mais primários do ser humano, como o direito de ser único, de ser diferente(biodiversidade), da dignidade da vida e não apenas a dignidade humana, esteja a vida em estado intrauterino ou *in vitro*, seja a vida humana ou animal, bem como resgata o respeito à imagem, à honra, à intimidade e à verdade diante dos novos meios tecnológicos de informação e comunicação, que nas últimas décadas tiveram papel central na massificação de pessoas, padronização de comportamentos e na exposição do ser humano coisificado. Essa quarta dimensão também retoma a valorização da liberdade, direito tão mitigado contemporaneamente, especialmente no viés da autonomia da vontade, que por óbvio não retoma o caráter absoluto que já obteve no início do século XVIII, no entanto a sua relativização deve possuir limites mais estreitos à luz do princípio da dignidade humana e da dignidade da vida. (POMBO, 2014, s. p.)

Consoante Jéssica Mendes (2014), a quarta dimensão engloba o direito a manipulação do patrimônio genético, pois, a engenharia genética tende a criar resoluções para os problemas humanos, e como toda dimensão tem seu surgimento a partir de um acontecimento, este seria o pontapé inicial para o surgimento da quarta dimensão de direitos fundamentais. O já referida autora ainda pontua que esta dimensão também abrange a ética e a moral, por tratar de questões relacionadas a vida. Conforme leciona Tauã Rangel (2016), os direitos desta dimensão só são

possíveis em razão dos avanços científico-tecnológicos que resultaram em desafios nunca antes encarados pelo Direito, sendo estes relacionados a pesquisa Genoma Humana, logo, fez-se necessária a concretização de delimitação e regulamentação que norteassem as pesquisas científicas para que assim se preserve o patrimônio genético humano.

Neste contexto, é oportuno evidenciar a relevância da Bioética como forma de delimitação da manipulação do patrimônio genético humano, baseada na dignidade humana e finalizando o respeito e a proteção dos indivíduos envolvidos (MENDES, 2014). Mais do que isso, algumas questões, ainda, representam grandes desafios para discussão bioética, principalmente os que envolvem o início e término da vida ensejando na seguinte pergunta: “até que ponto o avanço dos estudos relacionados ferem valores e direitos fundamentais dos seres humanos?”. Portanto, fica claro a relação da bioética com os desafios atuais, e logo, sua íntima relação com os direitos fundamentais de quarta dimensão, motivo pelo qual essa é também considerada participante deste rol de direitos essenciais ao ser humano.

## **5 CONCLUSÃO**

A bioética apesar de um ramo recente, fora antecedida pela necessidade de se ajustar a ética ao contexto histórico específico a fim de se desenvolver novos métodos científicos principalmente na área da saúde. Apesar da modificação de sua concepção, ora ampliando, ora limitando-a, a preocupação com a interdisciplinaridade se mantém. As soluções bioéticas não são almejadas isoladamente, para que atendam determinada necessidade devem ser analisadas não só sob o norte da trindade bioética conjuntamente com outros princípios, mas relacionada aos mais diversos ramos que a relacione.

Os direitos fundamentais são direitos mínimos essenciais as pessoas decorrentes da necessidade específica de determinado contexto histórico, motivo pelo

qual se classifica em dimensões. Cada dimensão não atua como excludente da anterior, mas engloba os direitos e ideais de sua precursora. Atualmente se configura a quarta dimensão, embora ainda não haja consenso doutrinário sobre sua existência ou seu conteúdo. Sabe-se, portanto, que nesta quarta dimensão se enquadram direitos como ao pluralismo, democracia assim como a vida, principalmente na acepção voltada para a questão da engenharia genética e a bioética. A bioética restringe a atuação, principalmente médica, visando resguardar a dignidade humana e o respeito dos indivíduos, agindo como barreira a violação de direitos essenciais, como a vida, a autonomia, evidenciando seu caráter fundamental responsável pela sua configuração como direito fundamental de quarta dimensão.

## **REFERÊNCIAS**

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. *In: Revista Bioética*, v. 8, n. 2, 2000, p. 209-216. Disponível em:  
<[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/276](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276)>.  
Acesso em: 25 mar. 2017.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Noções Introdutórias sobre Biodireito. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 8, n. 18, ago. 2004. Disponível em:  
<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4141](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4141)>.  
Acesso em: 25 mar. 2017.

CUNHA, Thiago; LORENZO, Cláudio. Bioética global na perspectiva da Bioética crítica. *Revista Bioética*, v. 22, n. 1, 2014, p. 116-125. Disponível em:  
<[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/888/981](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/888/981)>  
> Acesso em: 25 mar. 2017.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 15, n. 100, mai. 2012. Disponível em:  
<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>.  
Acesso em: 25 mar. 2017.

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

GOLDIM, José Roberto. **A evolução da definição de Bioética na visão de Van Rensselaer Potter 1970 a 1998**. Rio Grande do Sul: UFRGS, 2003. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/bioetev.htm>> Acesso em: 25 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Bioética: Origens e Complexidade. **Rev. HCPA & Faculdade de Medicina do Rio Grande do Sul**, v. 26, n. 2, Porto Alegre, 2006, . 86-92. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IscScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=691436&indexSearch=ID>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Quais são os direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração? **Jusbrasil**: 2011. Disponível em: <<https://lfj.jusbrasil.com.br/noticias/2563450/quais-sao-os-direitos-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

JUNQUEIRA, Cilene Rennó. **Bioética: Conceito, fundamentação e princípios**. São Paulo: UNIFESP, 2010-2011. Disponível em: <[http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca\\_virtual/esf/1/modulo\\_bioetica/Aula01.pdf](http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_bioetica/Aula01.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

LAPA, Fernanda Brandão. **Bioética e Biodireito: um estudo sobre a manipulação do genoma humano**. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82656>> Acesso em: 25 mar. 2017.

LURCONVITE, Adriano dos Santos. Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 10, n. 48, dez. 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&%20artigo\\_id=4528](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

MENDES, Jéssica Coura. Direitos de quarta dimensão: Dos ideais iluministas aos impasses éticos atuais. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27836/direitos-de-quarta-dimensao>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

OLIVEIRA, Julio Moraes. Direitos da Personalidade, Bioética e Biodireito: Uma Breve Introdução. *In: Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 2, n. 1, Santa Maria, jan.-jun. 2013, p. 1-28. Disponível em:

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

<[https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/8750/pdf#.WN\\_o5vnyvIU](https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/8750/pdf#.WN_o5vnyvIU)>.  
Acesso em: 25 mar. 2017.

PEDROSA, Julia. Biodireito, bioética e meio ambiente. **Jusbrasil**: 2016. Disponível em: <<https://juliapedrosa.jusbrasil.com.br/artigos/304919051/biodireito-bioetica-e-meio-ambiente>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

PESSINI, Léo. As origens da Bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. *In*: **Revista Bioética**, v. 21, n. 1, Brasília, 2013, p. 9-19. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422013000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000100002)> Acesso em: 25 mar. 2017.

POMBO, Michelle Pires Bandeira. Os direitos fundamentais e sua nova dimensão contemporânea. *In*: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 17, n. 126, jul. 2014. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15038](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15038)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Singelo Painel ao Reconhecimento da Bioética na condição de Direito Humano de Quarta Dimensão: Breves Ponderações à Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos. *In*: **Revista Boletim Jurídico**, Uberaba, n. 1.388, 25 out. 2016. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=4191>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Bioética e direito: aspectos da interface. Desafios e perspectivas de um chamado biodireito. *In*: **Revista Bioethikos**, v. 6, n. 1, São Paulo, 2012, p. 89-100. Disponível em: <<http://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/91/a09.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. *In*: Simpósio: Bioética e Direito, 2000. **ANAIS...**, Belo Horizonte, 2000, p. 217-228. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/277](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/277)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

YEGANIANTZ, Levon. A Bioética e a Revolução técnico-científica no novo milênio. *In*: **Cadernos de Ciência & Tecnologia**, v. 18, n. 2, Brasília, mai.-ago. 2001, p. 139-166. Disponível em: <<https://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/article/view/8847>> Acesso em: 25 mar. 2017.

## O PARTO ANÔNIMO EM EXAME: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS E DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Rafael Guimarães de Oliveira<sup>17</sup>  
Tauã Lima Verdán Rangel<sup>18</sup>

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é analisar alguns aspectos considerados relevantes no supramencionado tema. Abordando suas questões legais e controvertidas, tendo por base a real proteção do Direito das Crianças e dos Adolescentes e, ainda, ao princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo alusão sobre suas bases jurídicas e seus diversos aspectos e conteúdo, por meio de uma revisão bibliográfica. Destacando concepções atuais concernentes ao tópico em comento.

**Palavras-chave:** Parto anônimo. Dignidade da pessoa humana. Princípios bioéticos.

### 1 INTRODUÇÃO

Como notas introdutórias, imperioso a abordagem pura e simples da palavra e função da maternidade, eis que para a maioria das mulheres, ainda é considerado uma benção, um momento de plena alegria e realização. Contudo, para outra parte, por sua vez, a gravidez nada mais é do que um fardo a se carregar. Assim, muitas são

---

<sup>17</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC), unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ. E-mail: raphaelgo18@hotmail.com

<sup>18</sup> Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua\_verdan2@hotmail.com

as notícias que se veem nos meios de comunicação onde mães, e, também pais, que se livram de suas proles recém-nascidas, dispensando-as em córregos, rios, latas de lixo, ou até os expondo à venda.

Conquanto, não se pode pensar que essa prática é costumeira apenas nos dias atuais, há muito que crianças são abandonadas por seus pais biológicos, quaisquer que tenham sido as razões motivadoras do abandono, em sendo: miséria, gravidez na adolescência, crianças com má formação, distúrbios psicológicos maternos ou necessidades econômicas, e, a mais comum gravidez indesejada ou não planejada. Desta última hipótese, atualmente os índices de atendimento do Sistema único de Saúde (SUS) demonstram o crescimento do número de internações para atendimento obstétrico nas faixas etárias de 10 a 14, 15 a 19 e 20 a 24 anos. As internações por gravidez e parto puerpério correspondem a 37% das internações entre mulheres de 10 a 19 anos no SUS. (BRAS, 2006, *apud*. MOREIRA *et all*, 2008, p. 02).

Nesse interim, por mais que possa parecer inacreditável, houve época em que esse abandono era até mesmo aceito como prática social comum, como a conhecida roda dos expostos, que surgiu na Itália na Idade Média, onde crianças indesejadas eram deixadas em hospitais públicos. Dessa forma, no século XIII foi iniciado o recolhimento de crianças abandonadas e estas foram entregues à Casas de Misericórdia, onde ficavam também os doentes, mendigos e loucos.

Juntamente ao recolhimento das crianças, a igreja criou a contraditória roda dos enjeitados ou expostos. Tais instrumentos eram instalados nos muros nas Casas de Misericórdia e conventos para o recebimento de recém-nascidos abandonados. Após a criança ser colocada numa porta giratória, a pessoa que estava entregando o bebê girava a roda e puxava uma corda com um sino para visar que uma criança acabara de ser abandonada (CAVALCANTE, 2014, s.p.).

No tracejar sobre o princípio da bioética, imperioso a colocação de que é uma ciência relativamente nova, surgida na década de 70 nos Estados Unidos, que gira ao redor de quatro princípios, quais sejam: autonomia, beneficência, não maleficência e

justiça, deixando lúcido que a bioética prima pelo ideal de que a ética na assistência à saúde não deve estar contida em uma ação pontual, mas sim estender-se a uma postura profissional (UGEDA, 2016).

## **2 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA**

Como ponto de partida, necessário a explicitação do significado de Bioética, que em suma é denominada uma ética aplicada, ou também conhecida como “ética prática”, a qual visa dar conta dos conflitos e controvérsias morais implicados pelas práticas no âmbito das Ciências da vida e da saúde do ponto de vista de algum sistema de valores. Em regra, a bioética se distingue da mera ética teórica, mais preocupada com a forma e a cogência dos conceitos e dos argumentos éticos, pois, embora não possa abrir mão das questões propriamente formais, sua relevância está em salutar os conflitos éticos concretos (SCHRAMM; BRAZ. s.d. s.p.). Na definição da Bioética, Goldin Junior elenca ser a inclusão do processo de tomadas de decisões, em sendo as relações interpessoais de todos os segmentos e pessoas envolvidas: o paciente, o seu médico, os demais profissionais, a sua família, a comunidade e as demais estruturas sociais e legais (GOLDIN JUNIOR, 1997, *apud* MARCHETTO, 2009.).

Dito isso, será abordado os princípios da bioética em sendo, beneficência/não maleficência, também compreendido como benefício/não malefício. Sendo o benefício do paciente sempre a principal razão do exercício das profissões que envolvem a saúde das pessoas. Vislumbrando, assim, o significado de beneficência “fazer o bem”, e não maleficência significa “evitar o mal”. De tal modo, sempre que o profissional propuser um tratamento a um paciente, ele deverá reconhecer a dignidade do paciente e considera-lo em sua totalidade. Por consequência, visa-se oferecer o melhor tratamento ao seu paciente, tanto no que diz respeito à técnica quanto no que se refere ao reconhecimento das necessidades físicas, psicológicas ou sociais do paciente. Devendo o profissional, acima de tudo, desejar o melhor para seu paciente,

para restabelecer sua saúde, para prevenir um agravo, ou promover sua saúde (JUNQUEIRA, s.d. p.18).

Lado outro, a não maleficência tem importância porque, muitas vezes, o risco de causar danos é inseparável de uma ação ou procedimento que está moralmente indicado, uma vez que no exercício da medicina este é um fator muito comum, pois quase toda intervenção diagnóstica ou terapêutica envolve um risco de dano (LOCH, s.d. p.02). Em sequência, o segundo princípio que se deve utilizar como ferramenta para o enfrentamento de questões éticas é o princípio da autonomia. De acordo com tal princípio, as pessoas têm liberdade de decisão sobre sua vida. Sendo a autonomia uma capacidade de autodeterminação de uma pessoa, ou seja, o quanto ela pode gerenciar sua própria vontade, livre da influência de outras pessoas.

Conquanto, para que o respeito pela autonomia das pessoas seja possível, duas condições são fundamentais, em sendo: a liberdade e a informação. Isso significa que, em um primeiro momento, a pessoa deve ser livre para decidir. Para isso, ela deve estar livre de pressões externas, pois qualquer tipo de pressão ou subordinação dificulta a expressão da autonomia (JUNQUEIRA, s.d. p. 19).

Assim, este é, de maneira resumida, a essência do consentimento informado, resultado desta interação profissional/paciente. O consentimento informado é uma decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo, para a aceitação de um tratamento específico ou experimentação, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências (LOCH, s.d. p. 04).

Em continuidade a abordagem dos princípios da bioética, restando o terceiro e último princípio, sem sendo o da justiça, uma vez que a ética biomédica tem dado muito mais ênfase à relação interpessoal entre profissional de saúde e seu paciente, onde a beneficência, a não maleficência e a autonomia tem exercido um papel de destaque, ofuscando, de certa forma, o tema social da justiça. Assim, a justiça está associada preferencialmente com as relações entre grupos sociais, preocupando-se

com a equidade na distribuição de bens e recursos considerados comuns, numa tentativa de igualar as oportunidades de acesso a estes bens (LOCH, s.d. p. 05).

Em tal princípio, é preciso respeitar com imparcialidade o direito de cada um. Ressaindo assim, não sendo ética uma decisão que levasse um dos personagens envolvidos (profissional ou paciente) a se prejudicar. É também a partir do referido princípio que se fundamenta a chamada objeção de consciência, que representa o direito de um profissional de se recusar a realizar um procedimento, aceito pelo paciente ou mesmo legalizado.

Ressai assim, que todos esses princípios devem ser considerados na ordem em que foram apresentados, pois existe uma hierarquia entre eles. Isso significa que, diante de um processo de decisão, devemos primeiro nos lembrar do nosso fundamento; em seguida, devemos buscar fazer o bem para aquela pessoa; depois se devem respeitar suas escolhas e, por fim, deve-se ser justo.

### **3 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

De início, imperioso conotar que ao tratar das crianças e dos adolescentes, o sistema jurídico pode ser analisado em duas fases distintas, sendo a primeira denominada situação irregular, na qual a criança e adolescente só eram percebidos quando estavam em situação irregular, ou seja, não estavam inseridos dentro de uma família, ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico. Já a segunda fase denominada Doutrina da proteção integral, teve como marco definitivo a Constituição Federal de 1988, onde elenca em seu artigo 227, o entendimento da absoluta prioridade, veja-se:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Assim, em termos de estrutura jurídica, trata-se de uma reviravolta no sistema Menorista, uma inovação que até os dias de hoje não foi completamente implementada. Porém, no âmbito internacional não era uma novidade, ao contrário já estávamos atrasados várias décadas. Posto que a Declaração dos Direitos das Crianças foi publicado em 1959 pela Organização das Nações Unidas, e, no cenário internacional, tal Declaração acabou originando a doutrina de Proteção Integral, que somente entrou em nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988 (VILAS-BÔAS, 2011, s.p).

Nessa sistemática, fora promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim, temos um documento de direitos humanos com o que há de mais avançado em termos de direitos das crianças e dos adolescentes. Conquanto, tal Estatuto apesar de completar mais de vinte anos de sua publicação, ele ainda precisa ser implementado e parte de sua configuração precisa ser analisada e conhecida pela sociedade como um todo.

Ora, o conjunto de direitos previstos para as crianças e para os adolescentes são desconhecidos para a maioria da população brasileira, desrespeitando assim, esses direitos e esses valores (VILAS-BÔAS, 2011, s.p). Para tanto, a necessidade de respeitar os direitos das crianças e dos adolescentes lembrando que eles são pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos, e que, portanto, também tem um conjunto de direitos fundamentais. Assim, se queremos que os nossos direitos fundamentais sejam respeitados, já que somos adultos, porque não respeitar também s direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes?

De tal pergunta, ressei a problemática da necessidade de construir uma nova visão de nossas crianças e adolescentes, partindo do conjunto de normas previstas no

Estatuto da Criança e do Adolescente, regido pela Doutrina da Proteção Integral, e tendo como base os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor. Ressaindo, assim, que o princípio da prioridade absoluta reflete em todo o sistema jurídico devendo cada ato administrativo ser pensado e analisado se está em consonância com o artigo 227 da Carta Maior, já que a criança, o adolescente e o jovem tem prioridade absoluta em seus cuidados (VILAS-BÔAS, 2011, s.p).

Em contrapartida, abordando outro Princípio de relevante importância é o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, uma vez que as próprias normas de direitos fundamentais trazem consigo um cunho principiológico, encontrado seu fundamento, também, na dignidade da pessoa humana. De tal, segundo Marcelo Novelino, o princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo do constitucionalismo contemporâneo, e, constitui o valor supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais (NOVELINO, 2012, p.12-13, *apud*. BARBOSA, 2012, s.p.).

Portanto, a dignidade apresenta-se como o alicerce de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem, como sendo tudo aquilo que não tem preço e que não pode ser objeto de troca, fundamenta-se na valorização da pessoa como fim em si mesmo e não como objeto ou meio para se atingir outros fins (RENON, 2009, p. 36). Dessa forma, como valor intrínseco da pessoa humana, a dignidade não pode ser violada ou sacrificada. Ressaindo assim, o princípio da dignidade há que ser observado a cada aplicação da lei, a cada julgamento emitido pelo Poder Judiciário, bem como em toda ação de qualquer indivíduo da sociedade. É princípio cuja aplicação propicia o reconhecimento do homem como ser digno de proteção.

Portanto, o princípio jurídico da dignidade como fundamento da República, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade. Assim, de tal justificativa, pode-se extrair o impar respeito à vida, integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas

para uma subsistência digna não são asseguradas, onde a liberdade e autonomia e igualdade em direitos não obtiverem reconhecimento e o mínimo de garantia, não haverá margens para a dignidade humana, por sua vez, poderá ser adquirida como um mero objeto de arbítrio e injustiças.

Destarte, o que se registra é que a pessoa tem dignidade exatamente por ser pessoa, de modo que o princípio da dignidade é o primeiro de todos, ou seja, seu valor transcende a qualquer outro direito. O ser humano possui em si mesmo um valor moral intransferível e inalienável, cuja atribuição se deu exatamente pelo fato de ser pessoa humana, independentemente de suas qualidades individuais (RENON, 2009, p. 38).

#### **4 IMPLICAÇÕES BIOÉTICA DO PARTO ANÔNIMO**

Ressalta a imperiosa função da bioética, conquanto já abordado é a ética da vida ou ética prática, isto é, um campo de estudo inter, multi e transdisciplinar que engloba a biologia, a medicina, a filosofia, o direito, as ciências exatas, as ciências políticas e o meio ambiente; é enfocada em discutir questões e tentar encontrar a melhor forma de resolver casos e dilemas que surgiram com o avanço da biotecnologia, da genética e dos próprios valores e direitos humanos, prezando sempre a conduta humana levando em consideração toda a diversidade moral que há e todas as áreas do conhecimento que, de alguma forma, tem implicações em nosso dia a dia.

Como exemplo, os casos que envolvem a bioética são as complexidades em torno do aborto, do transplante de órgão e do parto anônimo, assunto central do presente artigo, dentre outros. Ressai, assim, que a tomada de decisões em âmbito clínico acontece por meio dos quatro princípios fundamentais já elencados em linhas supras, em sendo: a beneficência e não maleficência, ou seja, “fazer o bem” e “não causar o dano”; a autonomia, capacidade que cada um tem de tomar próprias

decisões; e a justiça, garantia de uma distribuição justa, equitativa e universal dos serviços da saúde (ALBUQUERQUE. s.d.).

Como colacionado anteriormente, o parto anônimo tem sido uma designação recente, mas sua essência toma por empréstimo o que tradicionalmente fora designado como a roda dos expostos ou dos enjeitados. Como já mencionado alhures, este instituto, cuja origem remonta à Idade Média, encontrou na França e na Itália o pioneirismo da iniciativa, a qual foi estendida, posteriormente, aos outros países europeus. No Brasil colônia, por herança de Portugal, sendo largamente utilizado até os dias atuais, contudo, não mais da mesma forma dos antepassados.

Para tanto, denota-se que os problemas de crianças abandonadas e de aborto não são intrínsecos à realidade brasileira, em muitos países também se tem a notícia desta prática, apesar de enorme variedade de contraceptivos e da legalização do aborto em alguns deles. Nessa toada, infere-se que a realidade educacional, econômica e social daqueles países muito difere da nossa, mas filhos não desejados continua sendo uma realidade social.

Com isso, a mulher que não pode ou não quer o filho, é conferido o direito de ser assistida de forma gratuita e com todas às condições necessárias, durante toda gravidez e na ocasião do parto, sem ter que fornecer seu nome, ou seja, mantém sua identidade em segredo e não decorre nenhuma responsabilidade jurídica, nem relação materno filiação com aquela criança. Fica então a criança sem identidade até ser adotada por uma família e a mãe renuncia o poder familiar, sem direito a arrependimento. Contudo, um dos aspectos ensejadores de controvérsia quanto ao parto anônimo é o fato da criança não ter direito ao reconhecimento de sua origem genética e isto ensejaria uma violação do seu direito fundamental de conhecer sua identidade (ALBUQUERQUE. s.d.).

Para tanto, tal instituto surgiu como a “solução” ao abandono trágico de recém-nascidos, afastando a clandestinidade do abandono, evitando, conseqüentemente, as situações indignas nas quais os recém-nascidos são deixados.

Uma vez que, em maioria dos casos, as mães ao deixarem seus filhos, era ou para esconder uma situação que aconteceu antes de constituir matrimônio, ou porque o pai da criança já era casado e não podia aparecer com o filho fora do casamento (MELLO, 2008, s. p.).

Em disparidade, rechaçando o princípio da beneficência o qual tem sido associado à excelência profissional desde os tempos da medicina grega, e está expressa no juramento de Hipócrates: usarei o tratamento para julgar os doentes, de acordo com minha habilidade e julgamento e nunca o utilizarei para prejudica-los. Conquanto, a beneficência quer dizer fazer o bem, de maneira prática, isto significa que temos a obrigação moral de agir para o benefício do outro. De tal conceito, quando é utilizado na área de cuidados com a saúde, que engloba todas as profissões das ciências biomédicas, significando fazer o que é melhor para o paciente, não só do ponto de vista técnico assistencial, mas também do ponto de vista ético.

Assim, é usar todos os conhecimentos e habilidades profissionais a serviço do paciente, considerando, na tomada de decisão, a minimização dos riscos e a maximização dos benefícios do procedimento a realizar. Lado outro, como vinculação do parto anônimo e a doutrina da proteção integral, exsurge que, toda criança e adolescente é sujeito de direito universalmente conhecido, dessa feita, não apenas de direitos comuns aos adultos, mas além desses, de direitos especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, que devem ser assegurados pela família, Estado e sociedade (PEREIRA, 2011, p. 112. *apud*. MIRANDA, 2016, s.p.).

De tal modo, com a Constituição Federal de 1988, a Doutrina passou a vigorar através da inclusão do artigo 227, assegurando assim, os direitos fundamentais às crianças, o que tornou base de sustentação para a criação de instrumento com o objetivo de regulamentar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Assim sendo, a proteção da infância e juventude passou então a ser orientada pela Doutrina Jurídica da Proteção integral, em que o Direito Fundamental à Infância teve o seu reconhecimento, consolidando não só o fundamento subjetivo, ou seja, a importância

da formação e desenvolvimento da personalidade como também o fundamento objetivo, o interesse público e a necessidade social (MIRANDA, 2016, s.p.).

## **5 CONCLUSÃO**

Ante o delineado em linhas supra, a bioética se desenvolveu em razão de diversos fatores, como exemplo, desenvolvimento e manifestação dos direitos individuais, a modificação da relação médico paciente e o pluralismo social. Para tanto, a bioética chegou-se ao conceito como sendo o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto esta conduta é examinada à luz de valores e princípios morais. Neste breve ensaio, abordado os principais e relevantes princípios que contornam a bioética, trazendo à baila a suma importância de cada um para com a vida do homem, sendo eles: a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a justiça. Quanto à autonomia, verificou-se que seu conceito não é unívoco, prevalecendo assim, o que se trata do poder de tomada de decisão no cuidado da saúde.

Em continuidade, a não maleficência é o princípio que determina a obrigação de não infligir danos a quem quer que seja de maneira intencional. Em contrapartida, o princípio da beneficência não nos diz como distribuir o bem e o mal, só nos manda promover o primeiro e evitar o segundo. Assim, quando se manifestar exigências conflitantes, o mais adequado a se fazer é aconselhar a conseguir a maior porção possível de bem em relação ao mal.

Em findar dos princípios, tem-se o princípio da justiça que se refere à igualdade e à justa distribuição das verbas do Estado para a saúde, a pesquisa, e a prevenção, para todos aqueles que fazem parte da sociedade. Nesse norte, com a abordagem dos principais temas referentes a bioética, e, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, viu-se o deslinde para com o tema proposto com visão ampla dos pontos que norteiam a matéria.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.com.br](http://www.planalto.com.br)>. Acesso em 03 jun.. 2017.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. **IBDFAM**: portal eletrônico, s.d. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/64.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/64.pdf)>. Acesso em 09 ago. 2017.
- BARBOSA, Cecília Pinheiro. Dignidade da pessoa humana no âmbito do Estatuto da criança e do adolescente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12452](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12452)>. Acesso em 07 ago. 2017.
- CAVALCANTE, Talita Lopes. A roda dos enjeitados. In: **Museu de Imagens**, 2014. Disponível em: <<http://www.museudeimagens.com.br/roda-dos-enjeitados/>>. Acesso em 04 ago. 2017.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- JUNQUEIRA, Cilene Rennó. **Bioética**: conceito, fundamentação e princípios. s.d. Disponível em: <[http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca\\_virtual/esf/1/modulo\\_bioetica/Aula01.pdf](http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_bioetica/Aula01.pdf)>. Acesso em 06 ago. 2017.
- LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética**. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>. Acesso em 06 ago. 2017.
- LOPES, Lorena Duarte Santos. Os princípios da bioética. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 20, n. 158, mar 2017. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18566](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18566)>. Acesso em 08 ago. 2017.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7 ed. rev., atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

MARCHETTO, Patrícia Borba. A importância da bioética e do biodireito na sociedade atual. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 12, n. 69, out 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6606](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6606)>. Acesso em 09 ago. 2017.

MELLO, Simone Carneiro de. Projeto de lei para reconstituir o parto anônimo. In: **Migalhas**: portal eletrônico de notícias, 30 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI61567,81042-Projeto+de+lei+para+reconstituir+o+parto+anonimo>>. Acesso em 09 ago. 2017.

MIRANDA, Jussara de Oliveira. O parto anônimo: uma ponderação de valores e de direitos em respeito à vida digna do nascente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 19, n. 148, maio 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17253&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17253&revista_caderno=7)>. Acesso em 10 ago. 2017.

MOREIRA, Thereza Maria Magalhães *et all*. Conflitos vivenciados pelas adolescentes com a descoberta da gravidez. In: **Rev. Esc. Enferm. USP**, São Paulo, v. 42, n. 2, 2008, p. 312-320. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v42n2/v42n2a14.pdf>>. Acesso em 04 ago. 2017.

RENON, Maria Cristina. O princípio da Dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto. **Egov**: portal eletrônico, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/33946-44710-1-PB.pdf>>. Acesso em 07 ago. 2017.

SCHRAMM, Fermin Roland; BRAZ, Marlene. **Introdução à bioética**. Disponível em: <<http://www.ghente.org/bioetica/index.htm>>. Acesso em 09 ago. 2017.

UGEDA, Gabriela Teixeira. Entenda os princípios da bioética, as possíveis infrações éticas e outros conceitos do código de ética de enfermagem. **Enfermeiro aprendiz**: portal eletrônico, 2016. Disponível em: <<http://www.enfermeiroaprendiz.com.br/entenda-os-principios-da-bioetica-as-possiveis-infracoes-eticas-e-outros-conceitos-do-codigo-de-etica-de-enfermagem/>>. Acesso em 04 ago. 2017.

VILAS-BÔAS. Renata Malta. A doutrina da proteção integral e os Princípios norteadores do Direito da Infância e Juventude. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 14, n. 94, nov 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12)>. Acesso em 07 ago. 2017.

O que é bioética e qual sua importância para sociedade e meio ambiente?. **E-cycle:** portal eletrônico, s.d. Disponível em:  
<<http://www.ecycle.com.br/component/content/article/63/3669-bioetica-resumo-conceito-estudo-principio-filosofia-conduta-politica-pratica-pesquisa-ciencia-biologia-medicina-genetica-dilema-moral-etico-experimento-seres-vivos-impacto-problemas-bio-diversidade-vida-saude-direitos-humanos-transgenico-enfermagem.html>>. Acesso em 08 ago. 2017.

## DIREITO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO MÍNIMO: O PATRIMÔNIO GENÉTICO COMO DIREITO HUMANO

Anysia Carla Lamão Pessanha<sup>19</sup>  
Tauã Lima Verdán Rangel<sup>20</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem como escopo analisar a novíssima dimensão do direito humano que trata sobre o patrimônio genético, com base na Constituição Federal e a Lei Infraconstitucional nº 11.105, 24 de março de 2005 (denominada de Lei de Biossegurança). Com a evolução da sociedade, as denominadas “tradições dimensões dos direitos humanos” sofreram um maciço alargamento, passando, em decorrência da complexidade do indivíduo, a coexistir com as nominadas “novíssimas dimensões”. Dentre aludidas dimensões, passa-se a computar o direito ao patrimônio genético como expressão contemporânea, verificando-se, inclusive, em decorrência da promulgação do Texto Constitucional, em 1988, que o patrimônio genético passou a usufruir de tratamento jurídico, sendo que a contemporânea ótica adotada buscou salientar a necessidade de preservar não apenas a diversidade e a integridade do supramencionado patrimônio. Assim, houve a necessidade de se estabelecer meios de fiscalização as entidades voltadas à manipulação do material genético, cabendo ao Poder Público seu estabelecimento. Nesse sentido, o patrimônio genético encontra-se tutelado pela nossa Lei Maior em seu art. 225, §1º e na Lei de Biossegurança a qual atua de forma a estabelecer normas de segurança e mecanismo de fiscalização aos organismos geneticamente modificados. O método empregado é o hipotético-dedutivo conjugado com pesquisa literária específica e análise de jurisprudência acerca da temática.

---

<sup>19</sup> Bacharela em Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, pessanha.lamao@gmail.com

<sup>20</sup> Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua\_verdan2@hotmail.com

**Palavras-chave:** Direito humano; Patrimônio genético; Direito fundamental; Integridade; Manipulação genética.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O artigo em tela visa tratar do direito ao patrimônio genético mínimo na esfera de direitos humanos, sob a ótica da Constituição Federal do ano de 1988 e da Lei de Biossegurança. Levando em consideração a desenfreada da evolução da sociedade, os direitos humanos também se expandiram, ensejando o surgimento das “novíssimas dimensões”, onde o direito ao patrimônio genético mínimo se revela como expressão contemporânea, sendo corroborado pela promulgação do Texto Constitucional em 1988, pois o aludido direito passa a se revestir de tratamento jurídico, vez que essa nova visão procurou sobrelevar a necessidade de preservar a diversidade e integridade do patrimônio em questão e ainda, promover a fiscalização das entidades ligadas à pesquisa e à manipulação do material genético por meio do Poder Público. Em vista disso, aflora questões pertinentes aos limites estipulados pelo próprio texto da Carta de Outubro no que se refere a autorização constitucional, com a finalidade de destituir a tutela jurídica em relação a produção e a comercialização, como também no que tange ao emprego de técnicas, substância e técnicas que acarretem risco à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente.

Nesse diapasão, encontra-se a proteção da tutela jurídica do patrimônio genético da pessoa humana, prevista na Constituição Federal, mais especificamente em seu art. 225, §1º, incisos II, IV e V, já no âmbito infraconstitucional, encontra-se na Lei nº 11.105 de 24 de Março de 2005, denominada Lei de Biossegurança, uma vez que a política nacional de biossegurança é encarregada de delinear normas de segurança quanto a fiscalização das atividades que abarquem organismos geneticamente modificados, que se compreendem patrimônio genético humano, vegetal, fúngico, microbiano ou animal. Estabelecendo também, punições administrativas, criminais e cíveis, ante determinados comportamentos.

Em sede Constitucional, com o decurso do tempo, a ideia de preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético para a presente geração e às gerações vindouras sofreu dilatação, passando-se a autorizar pesquisas e manipulações de materiais genéticos voltados a resolução de problemas nacionais. Sendo assim, fez-se necessário a tutela ambiental se ligar ao mínimo existencial de modo a propiciar uma sadia qualidade de vida advinda da qualidade ambiental configurando assim o mínimo de direitos que devem ser proporcionados pelo Estado a todos os cidadãos, como também o direito à saúde, para que dessa forma venha gozar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, efetivando os valores elencados pela justiça social e democracia.

## **1 O RECONHECIMENTO DO ASPECTO DIFUSO DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Como já salientado, houve um alargamento dos direitos humanos, levando em consideração a evolução da sociedade. De forma a atender as necessidades de cada momento desse processo evolutivo, a doutrina classifica historicamente em direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensão, de acordo com Thiago do Amaral Rocha e Mariana Oliveira Barreiros de Queiroz (2011). Nesta senda, os direitos humanos de primeira dimensão surgiram através da concretização dos direitos fundamentais de caráter individual, tendo como pilar a liberdade, de modo a impossibilitar a intervenção do Estado no âmbito jurídico dos indivíduos, ou seja, esses direitos desempenhavam a função de escudo. Com o advento da Revolução Industrial, ficou evidente ao Estado a distinção entre os cidadãos, retirando a ideia de que todos eram naturalmente iguais, assim, originou-se os direitos de segunda dimensão, que seja, os direitos sociais, econômicos e culturais, dando origem ao Estado Social. Ainda em conformidade com Thiago do Amaral Rocha e Mariana Oliveira Barreiros de Queiroz (2011), a Revolução Industrial desencadeou diversos

conflitos de massa e impulsionou o Estado a instituição de novos direitos com a finalidade de pacificar as relações interpessoais, coletivamente, onde se caracterizou marco diferencial entre a segunda e terceira dimensão que passou da esfera individual para a esfera coletiva.

Desse modo, originou-se a terceira dimensão dos direitos humanos, que, por sua vez se tratava de direitos coletivos e transindividuais sob o prisma dos valores de solidariedade. Conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 58), o direito à paz, direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente e direito ao patrimônio comum da humanidade, configuram os principais direitos de solidariedade e ainda sustenta que dentre todos os direitos da terceira dimensão, o mais elaborado é o direito ao meio ambiente. Norberto Bobbio (1992, p. 43 *apud* FERREIRA FILHO, 2000) leciona no sentido de que o direito mais importante, em sede de direitos humanos de terceira dimensão, é o direito de viver num ambiente não poluído. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que os direitos de terceira dimensão abarcam toda uma coletividade, não sendo possível se obter a exatidão do seu alcance (BRASIL, 1995).

No âmbito nacional, o reconhecimento do aspecto difuso Direito Ambiental está demonstrado no art. 225, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A partir disso, os bens ambientais passam a ser considerados bem de uso comum indispensável à sadia qualidade de vida, como também a função social da propriedade ganha um novo revestimento, pois essa função passa a ser condicionada, ou seja, deve respeitar os valores comuns ambientais. Não obstante, o art. 5º, inciso LXXIII da nossa Lei Maior traz expresso em sua redação que o meio ambiente é objeto de ação popular, nesse sentido Thiago do Amaral Rocha e Mariana Oliveira Barreiros de Queiroz

Como é elementar, o artigo 5º da Constituição Federal cuida dos direitos e garantias fundamentais. Ora, se é uma garantia fundamental do cidadão a existência de uma ação constitucional com

a finalidade de defesa do meio ambiente, tal fato ocorre em razão de que o direito ao desfrute das condições saudáveis do meio ambiente é, efetivamente, um direito fundamental do ser humano (ROCHA; QUEIROZ, 2011, s. p.)

Diante disso, resta demonstrado que o direito ao meio ambiente, devido o seu caráter de direito fundamental, é irrevogável e imprescritível, configurando cláusula pétrea e tornando inconstitucional, toda e qualquer norma que venha contrariar, revogar ou atenuar esse direito, segundo Thiago do Amaral Rocha e Mariana Oliveira Barreiros de Queiroz (2011). Dada qualificação como direito difuso, cabe-lhe uma maior proteção no âmbito nacional e internacional, considerando a hipótese de responsabilização do país diante dos órgãos internacionais que atuam de forma a defender os direitos humanos.

## **2 O PATRIMÔNIO GENÉTICO E A SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a tutela jurídica alcançou o patrimônio genético com o objetivo de preservar a diversidade e integridade genética, bem como delinear a atividade fiscalizadora do Poder Público para com as entidades de estudo e manipulação de material genético.

O direito à preservação do patrimônio genético e a imposição do poder público de fiscalizar empresas que o manipulam e pesquisam tornam-se constitucionalmente consagrados que não podem ser abolidos, de sorte que é o direito de todo ser humano de não sofrer interferências artificiais contrárias à própria natureza humana. (WINCKLER, 2010, p. 6.825)

O art. 225, bem como os incisos II, IV e V todos do §1º do mesmo dispositivo da Carta Magna, são considerados como dispositivos protecionistas do patrimônio genético em sede de proteção ambiental constitucional. Na esfera infraconstitucional, tem-se a lei nº 11.105/2005, denominada Lei de Biossegurança, que atua na

fiscalização das atividades que abarcam os organismos geneticamente modificados de modo a estabelecer normas de segurança e artifícios para tal fiscalização. A lei em tela teve como objetivo tutelar juridicamente o patrimônio genético humano como direito, levando em consideração sua dimensão metaindividual. Nesse sentido leciona Celso Antônio Pacheco Fiorillo

O direito ambiental constitucional assegura a tutela jurídica não só individual das pessoas – como o direito às informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência - abarcadas pela Carta Magna mas particularmente do povo brasileiro, observado em sua dimensão metaindividual, analisado nos dias de hoje por meio das novas “ferramentas” científicas desenvolvidas em proveito da tutela dos grupos participantes do processo civilizatório nacional. (FIORILLO, 2009, p. 25)

Segundo Rangel (2014), a lei em comento institui sanções de caráter criminal, civil e administrativa pela prática de algumas condutas, podendo ser consideradas lesivas ao patrimônio genético da pessoa humana. Todavia, a aplicação da Lei de Biossegurança não se restringe ao patrimônio genético humano, sendo aplicada também a origem genética inclusa em espécies vegetais, fúngicas, microbianas ou animais em forma de moléculas e substâncias que compõem esses organismos, sejam vivos ou mortos. Neste passo, a Constituição Federal, de forma permissiva, se posicionou em relação às entidades de pesquisa e manipulação de material genético para que esses solucionassem problemas brasileiros, abrangendo o que inicialmente se restringira a preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético de forma intergeracional e transgeracional.

Cumprе salientar que a Lei de Biossegurança, atua de modo a colaborar e incentivar as empresas que exerçam atividades que envolvam material genético para que aumente as pesquisas e criação de tecnologias apropriadas ao Brasil, sob a orientação constitucional focalizada a resolução de problemas no âmbito nacional.

Verifica-se ainda que a lei supracitada propiciou aquilo já buscado pela Lei Maior, nesse seguimento leciona Rangel

O mencionado diploma legislativo viabilizou, no plano infraconstitucional a contemporânea visão adotada Carta de 1988, que já buscava realçar no final do século passado a necessidade de preservar não apenas a diversidade como a integridade de referido patrimônio genético brasileiro. (RANGEL, 2014, s.p.)

Bem como denota Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 114), a legislação infraconstitucional, mais especificamente a Lei de Biossegurança, não deixa de tratar a questão jurídica em relação a função constitucional direcionada ao Poder Público, no que tange ao poder de fiscalizar as entidades destinadas à pesquisa, bem como a manipulação do direito material genético deverá ser praticado de fato. Igualmente, essa autorização de caráter constitucional é regulamentada pela Lei de Biossegurança nos moldes estabelecidos na redação constitucional com a finalidade de garantir a exequibilidade jurídica quanto a produção e comercialização, bem como a utilização de quaisquer técnicas, substâncias e métodos que possam comprometer a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, que por sua vez estarão sob fiscalização do Poder Público, consoante as atividades que possam acarretar degradação ambiental. Sendo assim, imprescindível se faz a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental e, na forma legal, o EIA deverá ser exigido pelo Poder Público sempre que o objetivo seja de instalação de obras ou atividades potencialmente poluidoras e causadoras de impacto ambiental em maiores proporções, consoante Rangel (2014).

### **3 PATRIMÔNIO GENÉTICO E O MÍNIMO EXISTENCIAL**

Ao adotar como ponto inicial de análise o meio ambiente e sua relação direta com o homem contemporâneo, necessário faz-se esquadrihar a concessão jurídica apresentada pela Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (2016), que dispõe sobre a

Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Aludido diploma, ancorado apenas em uma visão hermética, concebe o meio ambiente como um conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Nesse primeiro momento, salta aos olhos que o tema é dotado de complexidade e fragilidade, eis que dialoga uma sucessão de fatores distintos, os quais são facilmente distorcidos e deteriorados devido à ação antrópica.

José Afonso da Silva (2009, p. 20), ao traçar definição acerca de *meio ambiente*, descreve-o como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 77), por sua vez, afirma que a concepção definidora de meio ambiente está pautada em um ideário jurídico despido de determinação, cabendo, diante da situação concreta, promover o preenchimento da lacuna apresentada pelo dispositivo legal supramencionado.

Trata-se, com efeito, de tema revestido de maciça fluidez, eis que o meio ambiente está diretamente associado ao ser humano, sofrendo os influxos, modificações e impactos por ele proporcionados. Não é possível, ingenuamente, conceber, na contemporaneidade, o meio ambiente apenas como uma floresta densa ou ecossistemas com espécies animais e vegetais próprios de uma determinada região; ao reverso, é imprescindível alinhar o entendimento da questão em debate com os anseios apresentados pela sociedade contemporânea. Nesta linha, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar a ADI N°. 4.029/AM, já salientou que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente

equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal. (BRASIL, 2016c).

Pelo excerto transcrito, denota-se que a acepção ingênua do *meio ambiente*, na condição estrita de apenas condensar recursos naturais, está superada, em decorrência da dinamicidade da vida contemporânea, içado à condição de tema dotado de complexidade e integrante do rol de elementos do desenvolvimento do indivíduo. Tal fato decorre, sobretudo, do processo de constitucionalização do meio ambiente no Brasil, concedendo a elevação de normas e disposições legislativas que visam promover a proteção ambiental. Não é possível esquecer que os princípios e corolários que sustentam a juridicidade do meio ambiente foram alçados a patamar de destaque, passando a integrar núcleos sensíveis, dentre os quais as liberdades públicas e os direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente” (THOMÉ, 2012, p. 116).

A construção do direito ao meio ambiente enquanto direito de todos exige uma perspectiva republicana de bem comum, enquanto bem da comunidade, que não se ajusta com perfeição às teses liberais. A construção – e não a declaração – do direito ao meio ambiente exige um fundamento ético que não se funda na competição, mas antes na solidariedade. Exige uma construção ética que pensa a figura do outro, não como adversário, mas como parte da construção por todos de um projeto comum de humanidade. (SCARPI, 2008, p. 77-78)

Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança ambiental, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos ambientais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado

constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a conjugação dos direitos sociais e dos direitos ambientais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial socioambiental, “precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie, no sentido de uma proteção do homem contra a sua própria ação predatória” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 116).

A exemplo do que ocorre com o conteúdo do superprincípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade ambiental como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção. Arrimado em tais corolários, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado “mínimo vital” ou mesmo com o “mínimo de sobrevivência”, na proporção em que este último tem seu sentido atrelado à garantia da vida humana, sem necessariamente compreender as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida dotada de certa qualidade.

O conteúdo normativo ventilado pelo direito ao mínimo existencial deve receber modulação à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, inclusive numa perspectiva evolutiva e cumulativa. Destarte, é

natural que novos elementos, decorrentes das relações sociais contemporâneas e das novas necessidades existenciais apresentadas, sejam, de maneira paulatina, incorporados ao seu conteúdo, eis que o escopo primordial está assentado em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, sendo indispensável o equilíbrio e a segurança ambiental. Nesta esteira, com o escopo de promover a conformação do conteúdo do superprincípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso o alargamento do rol dos direitos fundamentais, os quais guardam ressonância com a concepção histórica dos direitos humanos, porquanto a tendência é sempre a ampliação do universo dos direitos fundamentais, de maneira a garantir um nível cada vez maior de tutela e promoção da pessoa, tanto em uma órbita individual como em aspectos coletivos.

Ademais, o processo histórico-constitucional de afirmação de direitos fundamentais e da proteção da pessoa viabilizou a inserção da proteção ambiental no rol dos direitos fundamentais, de maneira que o conteúdo do mínimo existencial, até então restrito à dimensão social, deve necessariamente compreender também um mínimo de qualidade ambiental, no sentido de encampar o mínimo existencial ecológico, que assume verdadeira feição socioambiental. Ao se adotar os paradigmas ventilados pelo artigo 225 da Constituição Federal, é verificável que a promoção da sadia qualidade de vida só é possível, enquanto desdobramento da vida e saúde humanas, dentro dos padrões mínimos estabelecidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, num ambiente natural com qualidade ambiental.

O ambiente está presente nas questões mais vitais e elementares para o desenvolvimento das potencialidades humanas, além de ser imprescindível à sobrevivência do ser humano como espécie natural. Desta feita, com o intento que se contribuir para a construção de uma fundamentação do mínimo existencial ecológico e, em uma perspectiva mais ampla, socioambiental, é adotado, portanto, uma compreensão alargada do conceito de mínimo existencial, com o escopo de alcançar a

ideia de uma vida com qualidade ambiental. “A dignidade da pessoa humana, por sua vez, somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 120), o que, com efeito, passa, por imperioso, pela qualidade, equilíbrio e segurança do ambiente em que a vida humana se encontra sediada.

É possível salientar que com a adoção do mínimo existencial socioambiental, configura verdadeira ampliação do rol dos direitos fundamentais, notadamente no que concerne à sua dimensão sociocultural, abarcando novas demandas e desafios existenciais provenientes da matriz ecológica. Trata-se, com efeito, do processo de reestruturação do Estado e juridificação de questões peculiares, estendendo a incidência do direito a questões florescidas na contemporaneidade, objetivando emprestar uma visão normativa ao tema, utilizando, como filtro de análise, a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e sua densidade no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta senda, incumbe ao legislador promover a ampliação do rol dos direitos fundamentais, garantindo, via de consequência, o alargamento do conjunto de prestações socioculturais indispensáveis para assegurar a cada indivíduo uma vida condigna e a efetiva possibilidade da inserção na vida econômica, social, cultural e política, refletindo um processo dinâmico e fortemente receptivo ao contexto.

Nesta esteira, a edificação e fortalecimento dos valores atrelados ao mínimo existencial socioambiental inauguram um novo patamar, no qual aspectos essenciais da tutela ambiental e de outros direitos. Desta feita, com o intento que se contribuir para a construção de uma fundamentação do mínimo existencial ecológico e, em uma perspectiva mais ampla, socioambiental, é adotado, portanto, uma compreensão alargada do conceito de mínimo existencial, com o escopo de alcançar a ideia de uma vida com qualidade ambiental. O piso mínimo vital de direitos que deve ser assegurado pelo Estado a todos os indivíduos, dentre os quais insta salientar o direito

à saúde, para cujo exercício é imprescindível um ambiente equilibrado e dotado de higidez, como afirmação dos valores irradiados pela democracia e justiça social.

#### **4 O RECONHECIMENTO DA QUARTA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DIREITOS GENÉTICOS E A INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO MÍNIMO**

É de amplo conhecimento que a sociedade atual tem, como algumas de suas principais características, o avanço tecnológico e científico, a difusão e o desenvolvimento da cibernética, consequências do processo de globalização. Ocorre que tais perspectivas trouxeram situações inovadoras e que não correspondem aos fundamentos das gerações mencionadas anteriormente. Trata-se de um cenário dotado de maciça difusão de conhecimento e informações, bem como fluída alteração de paradigmas, notadamente os relacionados ao desenvolvimento científico e biológico. Em meio a esse contexto, para a regularização das situações decorrentes das transformações sociais, surgiram os Direitos de Quarta e Quinta Dimensão, os quais serão estudados doravante. Particularmente à Quarta Dimensão de Direitos, um dos seus principais idealizadores foi Bonavides, para o qual “são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade” (2007, p. 571).

Com o passar do tempo, as descobertas científicas proporcionaram, dentre muitos avanços, o aumento na expectativa de vida humana, vez que, ao homem, tornou-se possível alterar os mecanismos de nascimento e morte de seus pares. Sendo assim, a proteção à vida e ao patrimônio genético foi incluída na categoria dos direitos de quarta dimensão. Em consonância com Motta e Barchet (2007, p. 153), atualmente, tais direitos referem-se à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia, e envolvem, sobretudo, as discussões sobre a vida e morte, sempre pautadas nos preceitos éticos. É fato que o fenômeno globalizante foi responsável por

conferir um robusto desencadeamento de difusão de informações e tecnologias, sendo responsável pelo surgimento de questões dotadas de proeminente complexidade, os quais oscilam desde os benefícios apresentados para a sociedade até a modificação do olhar analítico acerca de temas polêmicos, propiciando uma renovação nos valores e costumes adotados pela coletividade.

Como bem destaca Lima Neto (s.d., s.p.), o florescimento dos direitos humanos acampados pela quarta dimensão só foi possível em decorrência do sucedâneo de inovações tecnológicas que deram azo ao surgimento de problemas que, até então, não foram enfrentados pelo Direito, notadamente os relacionados ao campo da pesquisa com o genoma humano. Para tanto, carecido se fez a estruturação de limites e regulamentos que norteassem o desenvolvimento das pesquisas, tal como a utilização dos dados obtidas, com o escopo de preservar o patrimônio genético da espécie humana. Dentre os documentos legais que se dedicam à regulamentação das pesquisas científicas relacionadas à vida humana, cumpre-se mencionar, primeiramente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano, criada pela Assembleia Geral da UNESCO em 1997. Conforme esclarece Motta e Barchet (2007, p. 153), é necessário consolidar os direitos de quarta geração, pois assim serão delineados os fundamentos jurídicos para as pesquisas científicas, no sentido de impor limites a estas e de garantir que o Direito não fique apartado dos avanços da Ciência. Vieira complementa esse entendimento, ao afirmar que: “a lei deve assegurar o princípio da primazia da pessoa aliando-se às exigências legítimas do progresso de conhecimento científico e da proteção da saúde pública” (1999, p. 18).

Já no âmbito dos sistemas constitucionais, surgiu uma estruturação quanto aos direitos fundamentais que seja, direitos humanos, da cidadania, dos direitos constitucionais e da dignidade humana, que por sua vez possuem uma hermenêutica ampla. Devido ao pluralismo das reflexões a nova tendência de direitos fundamentais, decorre uma gama de entendimentos nesse sentido, salientando essa questão em relação a Genética, resultante das alterações promovidas no ramo da Engenharia

Genética, na Biomédica, na Bioética e no Biodireito. Consoante José Alfredo de Oliveira Baracho (s. d., s. p.), houve uma antecipação por parte do pacto fundamental da humanidade em algumas áreas do conhecimento, principalmente onde se envolve pluralismo de conhecimentos e interdisciplinaridade, pois verifica-se que a Ética, Medicina e Técnica ocupam o mesmo tipo de raciocínio de forma a se saber sobre os efeitos da ciência no que tange a possibilidade de vida futura. Diante a análise comparativa dos diplomas constitucionais modernos, pode-se observar que todas convergem no quesito de ressaltar a tutela contra as ameaças das genéticas. Usando como pilar um referendo, a Constituição da Suíça versa sobre várias matérias relacionadas a genética, especificamente, a humana:

- Art. 24: 1. O Homem e o seu ambiente estão protegidos contra os abusos da tecnologia genética e da reprodução.
2. A Federação adotará normas sobre a utilização do patrimônio germinal e genético humanos. Ela assegurará normas sobre a utilização do patrimônio germinal e genético humanos. Ela assegurará a proteção da dignidade humana, da personalidade e da família e guiar-se-á em especial pelos seguintes princípios:
- a) as intervenções no patrimônio genético dos gâmetas e dos embriões humanos são inadmissíveis;
  - b) O patrimônio germinal e genético não humano não deve ser transferido para o patrimônio genético humano ou fundido com ele;
  - c) As técnicas de reprodução assistida só podem ser empregados, quando a infertilidade ou o perigo de transmissão de uma doença grave não puderem ser afastados de outro modo, mas não para produzir na criança determinadas características ou fazer investigação. A fecundação de óvulos humanos fora do corpo da mulher só é permitida nas condições a estabelecer por lei. Só podem ser desenvolvidos fora do corpo da mulher tantos óvulos quantos os que lhe poderem ser imediatamente implantados.
  - d) A dádiva de embriões e todas as formas de maternidade de substituição são inadmissíveis.
  - e) Não deve ser feito qualquer comércio com o patrimônio germinal humano e com produtos de embriões.
  - f) O patrimônio genético de uma pessoa só deve ser investigado, registrado ou revelado com o seu acordo ou com fundamento numa disposição legal.

g) O acesso da pessoa aos dados sobre a sua ascendência deve ser garantido (BARACHO, s.d., s.p.).

Nesse liame, Portugal e Alemanha estão com seus diplomas constitucionais voltados para a análise e alteração artificial das informações hereditárias, de igual forma aos problemas relacionados a genética humana e a procriação assistida. Outrossim, ante as inovações biotecnológicas advindas do Parlamento europeu ao versar sobre a identidade genética germinal do ser humano, que por sua vez é considerado um bem jurídico fundamental, significa que tal identidade goza de proteção constitucional. Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho (s.d., s.p.), a genética está diretamente ligada a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, no que se refere as transformações da técnico-ciência, eis que a dignidade da pessoa humana se configura valor intrínseco devido a cada indivíduo, sob o prisma autonomia ética, fundada na obrigação geral de respeito à pessoa, elencada de deveres e direitos correlatos.

Já no Brasil, com o advento da Constituição Federal do ano de 1988, foram elencados os direitos fundamentais, chamados também de direitos constitucionais, como exemplo a dignidade da pessoa humana, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e direito a vida. No tocante da dignidade da pessoa humana, esse está diretamente ligado a evolução, por isso seu conceito não goza de precisão, vez que acompanha a modernidade abrangendo uma série de direitos e deveres fundamentais com o escopo protetivo quanto aos atos degradantes e desumanos, de forma a garantir o mínimo existencial para se obter uma vida saudável, bem como de viabilizar usa convivência interpessoal, consoante aduz Fernanda Martinotto (2011, p. 62). Outrossim, o direito à vida que se perfaz em todas as declarações internacionais, tendo em vista que é considerado o mais importante, pois dele se exercem todos os outros direitos. Nesse sentido, verifica-se que o direito ao meio ambiente é bem indispensável à sadia qualidade de vida, como cediço, está previsto no art. 225 da Constituição Federal.

Dentre os direitos supramencionados, temos o direito à identidade genética considerado um direito fundamental implícito no âmbito jurídico-constitucional brasileiro, bem como ressalta Fernanda Martinotto (2011, p.63), esta atua, portanto, como cláusula de caráter geral que tutela as manifestações essenciais da personalidade humana.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Brasil, por sua vez, apresentou diversas normas com o intuito de estatuir a tutela jurídica do patrimônio genético no âmbito nacional abrangendo todas as esferas – humanas, animais, vegetais e microbiológicas –, e com o advento da Constituição Federal de 1988, o Poder Público se voltou para o bem jurídico em estudo, como também as modificações sociais decorrentes do avanço científico e tecnológico (MONTENEGRO; COLUCCI, 2015, p. 188), de modo a garantir interesses difusos, coletivos e individuais ao evitar degradação ao meio ambiente e efetivar os direitos do homem, para isso, resguardando o mínimo existencial à qualidade de vida e assim não haja violação ao direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Sendo o direito à vida considerado primordial, considerado pré-requisito ao exercício dos demais direitos, como também por estar expresso na Carta Magna que esse direito deve ser dado de maneira plena, ou seja, com direito a uma vida digna, dotada de saúde e desfrutando de um meio ecologicamente equilibrado, devendo sempre o preservar para a presente e futuras gerações. Igualmente, atendendo também o princípio da dignidade da pessoa humana, visando condições favoráveis ao indivíduo quanto a sua vida, existência, integridade de forma geral e liberdade, abarcando o meio ambiente sadio e equilibrado, como também o direito ao patrimônio genético mínimo.

Devido a não regulamentação em relação a fiscalização e as punições no exercício das atividades envolvendo manipulação genética, a Lei de Biossegurança

veio como uma satisfação aos anseios no que tange a segurança dessas atividades e ainda, em caso de violação, esta prevê as sanções. Nesta senda, a Lei supracitada incentiva as empresas a elevar as pesquisas com materiais genéticos e criando tecnologias voltadas aos problemas nacionais, tendo esse incentivo corroborado pela Lei Maior. Portanto, aquele que, de alguma forma, estiver envolvido em pesquisas com materiais genéticos deve sempre se atentar ao estabelecido, tanto na Constituição Federal, como também na Lei de Biossegurança, pois é nela que estão previstas as sanções, que podem onerar o pesquisador ou até mesmo comprometer sua atividade.

#### **REFERÊNCIAS:**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 05 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 dez. 2016.**

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 134.297-8/SP. Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22 nov. 1995, p. 30.597. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.**

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** COUTINHO, Carlos Nelson (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

MARTINOTTO, Fernanda. **Direito e genoma humano: Proteção da biodiversidade face às pesquisas genéticas no direito brasileiro.** Disponível em <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/617/Dissertacao%20Fernanda%20Martinotto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 17 dez. 2016.

MONTENEGRO, Doulgas Herrera; COLUCCI, Maria da Glória. **A tutela jurídica do patrimônio genético brasileiro.** Disponível em <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwizrdf1t-rQAhXGC5AKHTStB9k4ChAWCCswAg&url=http%3A%2F%2Fperiodicos.unicesumar.edu.br%2Findex.php%2Frevjuridica%2Farticle%2Fdownload%2F3902%2F2587&sg=AFQjCNExxSZKsbkAP2DcoZXmcs8e3Qd8ng&sig2=Uzb4SEuk4BpRM90xj2cj6g&vm=bv.141320020,d.Y2I>>. Acesso em 12 dez. 2016.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Biodireito e tutela jurídica do patrimônio genético. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3847, 12 jan. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26345>>. Acesso em 06 dez. 2016.

ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. O meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 14, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10795&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10795&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 05 dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

**Pequenos Escritos Interdisciplinares: Bioética, Biodireito & Dimensões Contemporâneas do Direito**  
**Volume 01**

---

SCARPI, Vinicius. Equidade Intergeracional: Uma Leitura Republicana. In: MOTA, Maurício (coord.). **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

WINCKLER, Cristiane Gehlen. Da preservação do patrimônio genético humano à luz da teoria dos direitos fundamentais. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. **ANAIS...**, Fortaleza, jun. 2010. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3864.pdf>> Acesso em 06 dez. 2016.

## NOVOS CONTEXTOS, NOVOS DIREITOS: REDES SOCIAIS E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Alencar Cordeiro Ridolphi<sup>21</sup>  
Tauã Lima Verdan Rangel<sup>22</sup>

**Resumo:** Este trabalho tem por objetivo analisar as relações jurídicas que estão envolvidas no contexto das interações humanas através das redes sociais. Dentre estas relações, destaca-se a proteção e a violação de Direitos da Personalidade humana. Os Direitos da Personalidade são aqueles direitos básicos e fundamentais para a realização do indivíduo enquanto pessoa humana e para o exercício de seus direitos e deveres enquanto cidadão. Assim, os Direitos de Personalidade protegem direitos subjetivos como a integridade, privacidade, honra, intimidade, dentre outros. Nas redes sociais, a personalidade humana encontra um ambiente propício para sua ampla manifestação, mas também corre constantes riscos de violações. Por tal motivo, faz-se importante analisar a influência das redes sociais no ordenamento jurídico e como as leis podem ser utilizadas para a proteção da Personalidade como um bem jurídico tutelado pelo estado. Através de uma pesquisa qualitativa, de caráter indutiva e analítica, baseada na revisão de artigos acadêmicos e literatura de doutrinadores jurídicos que tratam do assunto proposto, foi possível desenvolver um artigo teórico abordando a tutela dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, as inovações jurídicas advindas das redes sociais e a influência destas redes na tutela destes direitos de personalidade. Como resultado, este artigo pode observar o complexo cenário de aplicação do direito nas redes sociais, pois é um ambiente de difícil regulação e controle pelo Estado e, por outro lado, a lei precisa

---

<sup>21</sup> Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade de Bom Jesus do Itabapoana. Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Membro do Grupo de Pesquisa: “FACES e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade do Direito”. alencar\_cr@yahoo.com.br

<sup>22</sup> Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “FACES e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua\_verdan2@hotmail.com

encontrar limites de atuação para no intuito de criar proteções não acabar violando outros direitos fundamentais, como o direito a Liberdade, por exemplo.

**Palavras-chave:** Direitos de Personalidade; Redes Sociais; Privacidade.

## **1 INTRODUÇÃO**

O fenômeno das Redes Sociais virtuais se tornou universal, dificilmente se encontra alguém que tenha escapado do seu raio de influência. Estes novos espaços de interação humana cresceram e crescem como instrumentos de comunicação, informação e também de socialização, reproduzindo no meio virtual interações que, até então, eram mais restritas às interações humanas interpessoais de forma física. A expansão destas redes levanta uma série de considerações éticas, morais e legais, pois, na carona das postagens, curtidas e comentários, vão também uma série de informações pessoais dos indivíduos que utilizam estas ferramentas. Estas informações, dados, possuem significativo valor, não apenas para a contínua expansão das redes, mas também valor de mercado. Vão também significativa carga de projeção do que pensamos sobre o outro, sobre grupos sociais, política, estilo de vida, dentre outras formas de materialização do pensamento humano. Há uma lógica de mercantilização das relações humanas e dos dados pessoais dos indivíduos com objetivos que vão desde o aspecto económico até aos aspectos políticos (COSTA, 2012).

Costa (2012), destaca o potencial manipulador das redes sociais. Nela se cria uma cultura de espetáculo e se transformaram em mais um meio de manipulação e controle de massas. A lógica de mercado no mundo virtual insere-se em ambientes antes mais individualizados, como a cultura do corpo e da imagem individual e a utilização das informações pessoais para fins publicitários, além da constante cultura de vigilância do outro e dos modelos apresentados e representados pelo outro. Os usuários das redes sociais têm a necessidade de serem vistos, lidos, emitir opiniões, comentados, debatidos, ou seja, expondo-se constantemente, em

relação aos seus gostos, preferências, relacionamentos e, assim, traçando um perfil de comportamento e personalidade.

Tal volume de informações e interações tem provocado significativas transformações no modo de vida contemporâneo, alterando padrões e referências sociais, financeiros, urbanísticos, de comunicação, de produção, psicológicos, dentre outras alterações. A vida conectada a aparelhos como computadores e smartphones transforma estes instrumentos em verdadeiras carteiras de armazenamento digital de identidade do usuário, criando o contínuo fluxo de informações que não ficam restritas apenas aos donos destes equipamentos e usuários das redes sociais.

Mas as chamadas redes sociais são redes especialmente criadas para a sociabilidade, para a interação entre pessoas nelas conectadas. De maneira geral, são programas de comunicação por computadores em que cada usuário se conecta a partir de um convite pessoal, preenchendo cadastro individual pelo qual traça um perfil de gostos, tendências, hábitos e informações pessoais; imagens, parentescos, participação institucional e interesses, que vão de relacionamentos afetivos a jogos e entretenimento (COSTA, 2012, p. 97).

Diante do contexto apresentado sobre as redes sociais, é possível ter uma melhor ideia de como este fenômeno pode influenciar e se relacionar com o direito. Assim como as redes sociais, o direito é algo criativo e que se desenvolve com os processos culturais e históricos das sociedades, deste modo, não poderia ficar de fora desta inovação nas relações humanas. Vale destacar que, recentemente, diversos movimentos políticos surgiram de movimentos organizados através das redes sociais e transformaram a política em diversas regiões do mundo, consequentemente, modificaram o curso da vida de inúmeras pessoas. Neste sentido e conforme muito bem abordado por Soares e Gênova (2016), “O direito enfrenta diversos desafios e se vê na função de preencher as lacunas que surgem. Deve o direito entender e acompanhar as novas tecnologias, de forma a manter a paz social e o Estado Democrático de Direito”.

A necessidade de o Direito entender e lidar com as transformações sociais é extremamente relevante para o cenário das redes sociais, um ambiente em que tende a virtualizar as personalidades, vontades e pensamentos humanos. Estas redes se transformaram em uma extensão da cognição e dos simbolismos humanos. E, apesar das facilidades trazidas, elas podem funcionar como uma faca de dois gumes. Elas aproximam pessoas, mas também as expõem e as separam. Elas facilitam o compartilhamento de ideias, tanto construtivas como destrutivas, elas favorecem o lazer, mas também reforça uma cultura do supérfluo, da imagem e de vigilância, aprisionando. E, com tudo isso junto, ela alimenta e retroalimenta um gigantesco conglomerado de informações personalizadas sobre cada indivíduo que nelas circulam.

Apesar de ser uma extensão virtual da vida e do pensamento humano, as redes sociais representam um desafio ao direito justamente no que compete à manutenção do Estado Democrático de Direito, garantia dos Direitos Fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um ambiente que não reflete exatamente as relações jurídicas até então travadas e é um local onde a lei e o Estado têm maiores dificuldade de regulamentar e controlar. Neste ponto, insere-se ainda outra questão relevante: até aonde vai o poder de controle e regulamentação do Estado na internet, como um todo, e especificamente nas redes sociais, sem que ele esteja interferindo nos direitos e liberdades individuais e coletivos, como a livre expressão e manifestação de pensamento, livre exercício de profissões, dentre outros? Para Soares e Gênova (2016) este ambiente virtual também deve ser um espaço que se faz cumprir garantias constitucionais, como a vedação do anonimato e a tutela contra a violação de direitos básicos relativos à privacidade e intimidade da pessoa.

Ora, quando se fala exposição da vida individual, utilização e comercialização de imagens e dados pessoais dos indivíduos, há necessariamente que se falar em estruturas que esbarram no Direito de Personalidade das pessoas. Estes direitos não podem e não devem ser tolhidos pelo Estado (como o próprio direito de fazer parte de uma rede social e nela se manifestar), mas também não podem ser violados

livremente por terceiros (como a utilização dos dados das informações criadas por estes usuários nestas redes, ou usar-se da liberdade para agredir e atacar outras pessoas no meio virtual). A situação mostra-se mais complexa do que se pode imaginar.

Mas afinal, o que seriam os Direitos da Personalidade e porque eles estariam intrinsecamente relacionados com a realidade das Redes Sociais virtuais? Os Direitos da Personalidade são extraídos da Dignidade da Pessoa Humana como valor fundamental no ordenamento jurídico brasileiro e expressamente previsto na Constituição Federal do Brasil. Deste meio, extrai-se os Direitos de Personalidade, que são frutos da influência do direito francês e germânico do Pós-Segunda Guerra Mundial, por conta das repercussões negativas do nazismo contra a individualidade das pessoas e contra a humanidade em geral. Para Farias e Rosenvald (2017), “considerando que a personalidade é um conjunto de características pessoais, os direitos da personalidade constituem verdadeiros direitos subjetivos, atinentes à própria condição da pessoa”. Os autores destacam que estes direitos são atinentes à defesa e livre disposição de diferentes aspectos da pessoa, seja físico, psíquico, intelectual, sexual, ou outros quaisquer. “Os direitos da personalidade estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 183-184).

Farias e Rosenvald (2017), destacam que os direitos de personalidade estão diretamente correlacionados com as liberdades públicas; liberdade de imprensa; liberdade de expressão; direitos autorais e de imagem; proteção da imagem da pessoa morta; direito à vida; direito à integridade física, psíquica e intelectual; dentre outros que, em suma, contribuem para o sentimento de realização pessoal do indivíduo e para o exercício de sua vida em sociedade. Por si só este parágrafo é suficiente para explicar a correlação entre os Direitos da Personalidade e o universo das Redes Sociais. Tendo estes direitos como a tutela do estado sobre as condições e capacidades individuais de realização da pessoa humana na vida em sociedade,

estende-se o ambiente de relacionamento humano para as redes sociais e a elas também se estende a abordagem sobre os direitos de Personalidade.

Neste contexto, este trabalho tem por objetivo melhor abordar a correlação do direito contemporâneo com a realidade, cada vez mais presente e influente das redes sociais no cotidiano da vida das pessoas, sem pretensão de exaustão do assunto, vista a sua abrangência e complexidade. Através de uma pesquisa qualitativa, de caráter indutiva e analítica, baseada na revisão de artigos acadêmicos e literatura de doutrinadores jurídicos que tratam do assunto proposto, foi possível desenvolver um artigo teórico abordando a tutela dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, as inovações jurídicas advindas das redes sociais e a influência destas redes na tutela destes direitos de personalidade.

## **2 A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A existência da pessoa humana é tratada como um Objeto de Direito, tutelado pelo Estado brasileiro. O indivíduo deve ser respeitado de maneira incondicional, em suas particularidades biológicas, físicas, culturais, sociais, psicológicas. A personalidade não é encarada no ordenamento jurídico pátrio como um mero direito e dever de obrigação. Trindade (2009, p. 88), aborda em seu livro que a personalidade “é um conceito sobre o qual se apoiam os direitos a ela inerentes”, que o indivíduo detém desde o momento da expectativa de vida, com a concepção. Os Direitos da personalidade podem ser extraídos de um direito mais abrangente, que é a dignidade da pessoa humana, mas também servem de influência à uma serie de outros direitos no exercício da vida civil, como o direito à vida, ao nome, à honra, à imagem, integridade. E, quando se positiva ou se interpreta tais direitos, não significa que suas finalidades são limitadas, pelo contrário. A existência destes direitos não diz respeito apenas à sua garantia, mas refere-se, principalmente, à sua real utilidade e aplicabilidade. Deste modo, o Estado é responsável por regular relações sociais que,

além de manter a vida, garantir o nome e a honra, por exemplo, tenha condições também de garantir uma vida com dignidade, um nome condizente com as condições do indivíduo, a proteção de sua honra e de sua imagem contra ataques de terceiros e assim por diante.

Neste cenário, a própria norma expressa no Direito Constitucional brasileiro e as interpretações extensivas de direito, através de um árduo processo hermenêutico concretista, possibilitam compreender o caráter de fundamentalidade e importância existente na proteção aos direitos da personalidade no Ordenamento jurídico brasileiro. Como fundamentação desta afirmação, basta a observação da letra crua da norma constitucional positivada em diversos Artigos da Constituição. Tais como a proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana presente já no Artigo 1º, incisos II e III, respectivamente. Também podem ser citados os incisos IV e V, com garantias à livre iniciativa e ao pluralismo político, como fundamentação à proteção da personalidade.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação, promovendo o bem a todos, são objetivos fundamentais da República, expressamente previstos no Artigo 3º da Carta Magna. O extenso rol, e não exaustivo, dos direitos e garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição Federal, ressaltando a proteção aos direitos e deveres individuais e coletivos, como a igualdade, liberdade, segurança, propriedade, crença, imagem, comunicação, associação civil, honra, dignidade, dentre vários outros. Também são protegidos os direitos sociais, dos trabalhadores, famílias, instituições, cargos, dentre uma série de outras proteções em diversos locais da Constituição que reforçam o entendimento de um conceito maior que o próprio direito ali expresso: a personalidade. Todos estes direitos (e muitos outros), são condições básicas e necessárias para o exercício da cidadania e a realização pessoal dos indivíduos e se relacionam diretamente com o conceito de personalidade.

O atual código Civil Brasileiro reconhece os Direitos da Personalidade, expressamente, em seu Capítulo II, entre os Artigos 11 a 21, em que regula aspectos

como a natureza jurídica destes direitos, a proteção civil, a responsabilização civil, as disposições dos direitos de personalidade, a proteção da vida privada e outros aspectos relativos à personalidade humana. As personalidades e capacidades jurídica dos indivíduos são precipuamente reguladas entre os Artigos 1º e 10º da mesma Lei. (BRASIL, 2002).

A Lei Civil traz proteções e garantias para a proposição de ações judiciais no caso de violação destes direitos de personalidade, mesmo que seja apenas ameaça de violação. A norma inclusive preserva os direitos de personalidade *post mortem*, em honra da imagem do *de cuius* e de sua família. Através da leitura da Lei é possível perceber que os direitos de personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis pelo indivíduo e insuscetíveis de limitação voluntária, com as exceções apenas aos casos previstos em leis, como o da exploração da imagem, da propriedade, propriedade autoral e outros. O indivíduo é protegido contra disposição voluntária do corpo para atos que coloquem em risco sua integridade física, salvo em casos de necessidade médica ou para os casos de pesquisas científica autorizados pela lei (BRASIL, 2002).

Para o tema em debate, é de significativa relevância a redação dos Artigos 17 ao 21 do *Códex Civil*, que prevê a proteção à utilização indevida do nome da pessoa para promover desprezo público; utilização sem autorização para propagandas de cunho comercial; publicação, exposição e utilização indevidas da imagem da pessoa que possam atingir sua honra e integridade ou para fins comerciais e a proteção da vida privada (BRASIL, 2002).

É justamente entre estas proteções que podem ser encontradas as maiores relevâncias do direito para a vivência da realidade nas redes sociais, onde nomes, imagens, opiniões, e intimidade são publicados compartilhados, armazenados para diversos fins que vão muito além da autonomia da vontade do indivíduo. Muitas vezes são utilizados, até mesmo sem qualquer conhecimento da pessoa, justamente para os casos em que a lei busca proteção: propaganda indevida, finalidade comercial, desonra, desrespeito e outras. Toda e qualquer violação destes direitos, mesmo que no meio virtual, são passíveis de ações civis reparatorias em conformidade com a

previsão do Artigo 12 da Lei Civil, sem prejuízo a outras sanções aplicáveis em conformidade com a lei.

A proteção ao direito da personalidade não está presente apenas no âmbito da vida civil, também há uma série de previsões penais que tipificam crimes ou infrações penais que possam ferir bens jurídicos atrelados ao conceito de personalidade do indivíduo. Para este estudo, merecem destaque os Crimes contra a honra (calúnia, difamação, injúria - do Artigo 138 ao 145); crimes contra a liberdade individual como o Crime de Divulgação de segredo (Artigo 153); Crimes contra a propriedade imaterial, através dos Crimes contra a propriedade intelectual (Artigo 184); Crimes contra o sentimento religioso (Artigo 208), sem contar outros dispositivos da Lei Penal, bem como possíveis de encontrar em leis especiais que também têm como objeto a proteção de um bem jurídico ligado à personalidade do indivíduo.

Conforme visto acima, os crimes mencionados são crimes passíveis de serem cometidos em redes sociais, especialmente os crimes contra a honra. São crimes tipificados com a finalidade de proteger o indivíduo de lesões contra situações que afetem à sua realização pessoal no convívio em sociedade. Pois, conforme bem abordado por Gomes (2010), a personalidade é um atributo intrínseco ao ser humano e não pode ser violado, merecendo especiais proteções por parte do Estado.

Uma questão, porém, merece destaque. Gomes (2010), chama atenção para o exercício destes direitos de personalidade. Ser sujeito de direitos de personalidade, todos os indivíduos são, entretanto, não significa que o exercício destes direitos possa ser praticado indiscriminadamente. O Estado, enquanto ente regulador das relações sociais, tem por dever regulamentar as condições e limites destes exercícios, justamente para que não sejam estes direitos invocados de forma inequívoca. Aqui vale a observância de dois jargões, ou mesmo princípios muito utilizados no meio jurídico: “o direito de um termina quando começa o direito do outro” e, “tudo é lícito desde que a lei não proíba”.

Em consonância com análises feitas por Roselvald (2017) e Gomes (2010), o Estado precisa regulamentar as atividades humanas para que um indivíduo não

exceda seus direitos sobre outro indivíduo, suportando-se sobre o argumento de que estaria agindo sobre a proteção de seus valores, interesses, honra, crenças e outros. O Direito não pode ser lesivo e nem servir de base para a vingança privada. A proteção jurídica dos direitos da personalidade refere-se à garantia de seu exercício e, ao mesmo tempo, à proteção contra a lesão, ensejando responsabilidade sobre o ofensor, seja civil ou criminalmente falando.

Apesar de os direitos da personalidade serem, em regra, ligados a aspectos subjetivos, a sua materialização e, principalmente, a sua violação podem ter reflexos objetivos, mais precisamente em bases patrimoniais. A responsabilização pode cair sobre o patrimônio (Direitos Reais) do ofensor, como a responsabilização civil em indenizar por danos morais ou nos casos de crimes contra a honra previstos no direito penal, por exemplo. Nos casos de violações criminais, a repercussão da violação de um direito de personalidade pode ser ainda mais gravoso, ensejando em penas restritivas de direitos ou até mesmo privativas de liberdade.

### **3 A INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS NA TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

Como pode ser observado na seção anterior, os direitos de Personalidade se ramificam em diferentes formas de proteção da lei civil, penal, além da constitucional. As redes sociais, nesse sentido, funcionam como espaço de interação social, abrangendo as possibilidades de manifestação, bem como de violação aos direitos de Personalidade. Nem só de interações intencionais vivem as redes sociais. Elas funcionam como um gigantesco sistema de coleta e armazenamento de dados que podem ser compilados com o objetivo de traçar perfis pessoais, de grupos sociais e favorecer campanhas publicitárias, movimentos sociais e políticos. Tudo isso em uma velocidade e precisão jamais vistas antes e, na grande maioria das vezes, sem qualquer consentimento ou autorização por parte dos usuários. Neste caso, em

específico, existe uma notável violação à proteção da intimidade e da vida privada, positivada no Artigo 21 do Código Civil.

O recente caso do escândalo de comercialização de dados envolvendo o Facebook é um exemplo do que acima foi exposto. Uma empresa parceira da rede social Facebook, obteve dados pessoais de mais de cinquenta milhões de usuários e utilizou para o direcionamento personalizado de mensagens e propagandas políticas nas últimas eleições dos Estados Unidos da América. O objetivo da empresa era “compilar perfis psicométricos que classificam as pessoas por tipo de personalidade, de modo a que pudesse encaminhar a elas mensagens políticas com maior probabilidade de influenciar suas decisões” (HUCHLER, 2018). O caso é preocupante e gerou um escândalo global na rede social citada, pois, a mesma empresa pode estar envolvida com repercussões políticas em outros países e, havia inclusive a suspeita de que poderia ser aplicada ferramenta similar durante as próximas eleições no Brasil.

De acordo com a reportagem do Jornal Folha de São Paulo, de 25 de março de 2018, editada por Hannah Huchler, que veiculou estas informações, o modelo de funcionamento do Facebook é baseado em um modelo de negócios voltado para a publicidade direcionada aos seus usuários, com pouca atenção à proteção da privacidade das pessoas. Ora, como já mencionado neste estudo, a privacidade é uma das manifestações dos Direitos de Personalidade. Este modelo não é exclusividade do Facebook, o Google também utiliza, com ostensiva vigilância sobre o comportamento dos usuários na internet, como a observação sobre o que se pesquisa na rede, localização da pessoa, compras, comentários, relacionamentos, dentre outras inúmeras possibilidades de armazenamento de dados que possam melhor estruturar a formação de um perfil sobre a personalidade do indivíduo.

Outra questão que afeta a vida nas redes sociais e que tem impactos legais penais, além de civil, são crimes praticados contra a honra individual, por exemplo. Devido à facilidade de informações e imagens de terceiros, é fácil a utilização de dados de outras pessoas para se fazer perfis falsos, com objetivos diversos como, vasculhar a vida alheia, ou cometimento de injúrias, difamação e calúnias. Outro

problema muito identificado são atentados ao Direito ao Esquecimento, não só de fatos já ocorridos com a pessoa, mas também em relação ao não armazenamento de dados pessoais do indivíduo pelas redes sociais após este excluir sua conta. (VERÍSSIMO, 2012). Este autor chama a atenção para a proteção da privacidade e da honra individual nas redes sociais, contra aos administradores destas redes e também contra outros usuários. A liberdade de expressão não pode ser livremente invocada para permitir que os usuários denigrem a imagem um do outro, ou se utilizem de imagens e dados pessoais sem autorização.

No Brasil, a Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet ou Constituição da Internet, é um reflexo desta influência do mundo digital no mundo jurídico. Esta lei tem por objetivo trazer e disciplinar as responsabilidades quanto a utilização da internet, dos prestadores de serviços de internet e pelas empresas de conexão de usuários, como é o caso das redes sociais.

[...] foi imperativo que o Poder Legislativo e a sociedade civil se movimentassem para a aprovação de um instrumento regulatório que pudesse contribuir para o livre exercício da cidadania e do direito à manifestação e informação na rede, sem descuidar de resguardar as mais diversas garantias e direitos fundamentais constitucionalizados. O Marco Civil da Internet surgiu, portanto, mais do que como legislação regulatória, também como instrumento de cidadania e de desenvolvimento da personalidade (TAVEIRA, 2017, s.p.).

Conforme abordado por Taveira (2017), o desafio da lei consiste justamente em criar um ambiente legalmente regulado para evitar excessos e abusos, sem interferir nas liberdades individuais dos usuários, como a liberdade de expressão. Neste sentido, merecem destaque algumas considerações trazidas pela lei ao que se refere aos conteúdos postados na internet:

- a) O provedor de aplicações de internet não pode ser responsabilizado por conteúdos postados por terceiros e também não podem promover censura prévia de conteúdo. Mas, podem ser responsabilizados em caso de

descumprimento de ordem judicial para retirada de conteúdo, cabendo inclusive ações de tutela antecipada para tentar acelerar a retirada de conteúdo danoso. Ou ainda, nos casos que envolvam exposição de nudez ou sexo, sem autorização dos envolvidos, deverão retirar o conteúdo do ar mediante a provocação do ofendido, não necessitando de ordem judicial para tal fato.

- b) Os provedores de aplicações poderão remover conteúdos que entenderem violadores de seus termos de serviços e políticas de privacidade.

Para Taveira (2017), o Marco Civil da Internet não trouxe grandes inovações na regulamentação das atividades postadas nas redes, notadamente nas redes sociais, não deixando clara a participação ou o papel de responsabilização das empresas prestadoras de serviços.

De acordo com dados obtidos no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, em 2017 cerca de 58% da população brasileira tinha alguma conta em rede social, sendo mais de 100 milhões de brasileiros inseridos nesta realidade de interações humanas virtuais, em um ambiente onde questões ligadas à legitimidade de informações, anonimato, privacidade, liberdade de expressão, dentre outros aspectos, tomam proporções e capacidades gigantescas.

#### **4 CONCLUSÃO**

A discussão em torno dos direitos de Personalidade é de extrema importância quando o debate envolve novos contextos sociais, como ocorre com a utilização das redes sociais. Estas ferramentas da internet se tornaram mais que um meio de interação social virtual, mas uma verdadeira extensão do pensar e do padrão de vida das pessoas. Assim, a cada clique, a cada informação, imagem, curtida, texto postado nas redes sociais as pessoas estão deixando uma série de informações pessoais, padrões de comportamento, que favorecem a compilação de dados para o

mapeamento de perfis pessoais e perfis de grupos sociais. Estes dados podem ser usados, sem o consentimento de seus donos e fomentadores, para interesses comerciais, políticos e institucionais diversos. As redes sociais propiciam também um ambiente que facilita a prática de violações civis e penais entre os próprios usuários, através da emissão de opiniões, utilização de imagem, veiculação de informações, que possam afetar a vida íntima, a honra e a integridade de terceiros.

Assim, as redes sociais tornaram-se um ambiente de desafio para a manutenção e proteção de direitos relacionados com os direitos de personalidade de seus usuários, necessitando de maior esforço estatal na tutela destes direitos. Entretanto, o esforço regulatório do Estado sobre estas atividades na internet esbarra em questões delicadas, como a própria violação à outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão.

Contudo, deve existir ponderação nos esforços legislativos e na interpretação das normas pelo judiciário para manter um ambiente em que se respeite a liberdade de expressão sem ferir os direitos de personalidade de terceiros, pois, um direito não pode ser invocado como justificativa para subjugar outros direitos. A regulamentação de atividades na internet deve traçar os limites legais e os critérios de responsabilização, tanto aos usuários infratores quanto às empresas infratoras, sem significar censura, ou qualquer outra cessação de direitos. Mais uma vez pode se dizer que o Direito encontra-se em constante evolução, de acordo com a própria evolução das relações sociais.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.  
Acesso em: 07 abr. 2018

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº. 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Provedores, redes sociais e conteúdos ofensivos: o papel do STJ na definição de responsabilidades.** Superior Tribunal de Justiça. 2017. Disponível em: <  
[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Provedores,-redes-sociais-e-conte%C3%BAdos-ofensivos:-o-papel-do-STJ-na-defini%C3%A7%C3%A3o-de-responsabilidades](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Provedores,-redes-sociais-e-conte%C3%BAdos-ofensivos:-o-papel-do-STJ-na-defini%C3%A7%C3%A3o-de-responsabilidades)>. Acesso em: 08 abr. 2018.

COSTA, Maria Cristina C. **No que você está pensando? Redes sociais e sociedade contemporânea.** Dossiê Redes Sociais. Revista USP. Nº. 92. São Paulo, 2012. P. 86-99. Disponível em: <  
<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/34891/37627>>. Acesso em 28 mar. 2018.

FARIAS, Cristiano C.; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** parte geral e LINDB. Ed. Juspodvm. 15 ed. Salvador, 2017.

GOMES, Daniela V. **Algumas considerações sobre os direitos da personalidade.** Jus.com. 2010. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/17343/algumas-consideracoes-sobre-os-direitos-da-personalidade>>. Acesso em 07 abr. 2018.

KUCHLER, Hannah. **Escândalo ameaça modelo do Facebook.** Jornal Folha de São Paulo. 2018. Disponível em: <  
<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/escandalo-ameaca-modelo-do-facebook.shtml>>. Acesso em 08 abr. 2018.

SOARES, Kely Francelino; Gênova, Leonardo. **Redes sociais: aspectos jurídicos.** Fundação Educacional do Município de Assis. 2016. Disponível em: <  
<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1311401298P647.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

TAVEIRA, Rafael de Oliveira. **Regulação da internet: considerações sobre o marco civil.** Conteúdo Jurídico. 2017. Disponível em: <  
<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,regulacao-da-internet-consideracoes-sobre-marco-civil,58032.html>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia jurídica para operadores de Direito.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VERÍSSIMO, Joana; MACIAS, Maria; ROGRIGUES, Sofia. **Implicações jurídicas das redes sociais na internet: um novo conceito de privacidade?**. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. 2011/2012. Disponível em: <  
<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/escandalo-ameaca-modelo-do-facebook.shtml> >. Acesso em 08 abr. 2016.

## BIOÉTICA E BIODIREITO: A BIOTECNOLOGIA E A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO POST MORTEM*

Amilton Lengruber Ferreira<sup>23</sup>  
Sangella Furtado Teixeira<sup>24</sup>  
Tauã Lima Verdan Rangel<sup>25</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como escopo analisar a evolução da humanidade no que se refere a revolução trazida pela biotecnologia, principalmente no campo da fertilização *in vitro post mortem*. Questões estas, que aduzem questionamentos até então nunca postos por qualquer ramo da sociedade contemporânea. Na seara da fertilização *in vitro*, seu estudo torna algo de grande relevância, visto que, além de auxiliarem no conhecimento da biotecnologia, esclarecem dúvidas e informações para os cidadãos na verificação de direitos e responsabilidades.

**Palavras-Chave:** Biotecnologia, Fertilização *in vitro*, sociedade.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

---

<sup>23</sup> Bacharel em Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade de Bom Jesus do Itabapoana. Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Membro do Grupo de Pesquisa: “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade do Direito”.

<sup>24</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC; Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes UCAM; Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá. Membro do Grupo de Pesquisa: “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade do Direito”. E-mail: sangellafurtado@hotmail.com.

<sup>25</sup> Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua\_verdan2@hotmail.com

A bioética divide-se em três tempos evolutivos, segundo o Professor Van Rensselaer Potter (1998) citado por Goldim (2003), caracteriza o primeiro estágio como sendo o da Bioética Ponte, o segundo como o da Bioética Global e o terceiro, e atual, como o da Bioética Profunda. A bioética é uma ciência que surgiu na década de 1970. Em seu período inicial conforme salienta Jose Roberto Goldim (2003), deu-se o nome de Bioética ponte, visto que se originou como meio de libertação e interação do problema ambiental com a saúde pública, dando um aspecto interdisciplinar entre as relações da terra, e privando pela ética.

Nas palavras de William Saad Hossne (2007, p.102), ética distingue-se de moral, e tem como essência a bioética. Na ética, o "valor" é pessoal, cabendo a "escolha" a cada um de nós, oposto da moral, onde não são "escolhidos" individualmente e sim pela sociedade, cabendo acatá-los enquanto cidadãos, são consagrados pelos usos e costumes. Segundo o supramencionado autor, a bioética-ponte constitui um processo de reflexão e de juízo sobre situações onde pode eventualmente valores estejam em conflito. Seu exercício pressupõe liberdade como direito, condição, faculdade e poder.

Nesse retrospecto, mais à frente em 1988 surgia a bioética global, cujo núcleo era a bioética ponte, entretanto, na visão de seu pioneiro, o Professor Potter, a função de ponte exigiu o encontro da ética médica com a ética do meio ambiente numa escala mundial para preservar a sobrevivência humana, deste modo, entendia o termo global mais adequado, visto que ampliava as relações de saúde pública com as de ordem ecológica. Sobre a questão, Goldim (2003), em seu magistério, assevera que houve grande embate acerca da terminologia contemplada, isto porque, para outros nomes como Professores Alastair V. Campbell e Solly Benatar, a interdisciplinaridade existente até então passaria a ser caracterizada como "imperialismo", ante o caráter homogêneo e uniforme dos termos mundiais.

Nessa linha evolutiva, em 1998 como forma de resgatar a essência desta ciência surge a Bioética Profunda, que se define, incluindo a vida, a saúde e o ambiente como área de reflexão. Segundo Leocir Pessini (2001, p.152), nesta fase o

objetivo é entender o planeta como grandes sistemas biológicos entrelaçados e interdependentes, em que o centro já não corresponde ao homem como em épocas anteriores, mais que própria vida do homem é somente um pequeno elo da grande rede da vida.

O maior objetivo deste instituto é propor uma reflexão axiológica, bem como a elaboração de normas para regular as relações que o desenvolvimento da ciência médica traz para a sociedade. É uma ciência que se direciona para o campo da Medicina, onde se preocupa com a moral e ética ligada à área da ciência da vida e da saúde, vinculando-se ao Biodireito. Nesse contexto, Sauwen, em sua obra, preconiza que:

[...] a Bioética que pode ser conceituada como o "estudo interdisciplinar, ligado à Ética, que investiga, nas áreas das ciências da vida e da saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular" (SAUWEN, 1997, p.10).

Complementando o sobre citado, Leite (1998, p. 109) dispõe que a bioética nasceu da "necessidade de um controle da utilização crescente e invasora de tecnologias cada vez mais numerosas e afinadas nas práticas biomédicas". A bioética, portanto, é o veículo interdisciplinar que irá discutir a moral e a ética dentro dessa relação de concepção de vida, buscando regular a prática medicinal, com objetivo de tutelar direitos e garantias fundamentais do cidadão. Nesse sentido, Norberto Bobbio (1992) preceitua:

A reflexão bioética nada mais é do que um antigo esforço em reconhecer o valor ético da vida humana. Tendo por fim a cidadania plena, ela se consolida mediante a incorporação dos direitos de quarta geração e de quinta geração. (BOBBIO, 1992, p.67).

Nesse escopo, o referencial fundamental da Bioética é preservar a dignidade humana de acordo com princípios que apontem para uma conduta ética em relação à vida. Noutro viés, o Biodireito é um ramo do saber que, se relacionando com outros

ramos do Direito buscando estudar as associações entre tais ciências e os avanços tecnológicos. Sobre o tema ressalta a Doutrinadora Maria Helena Diniz:

Biodireito, por fim, é a ciência jurídica que estuda as normas jurídicas aplicáveis à bioética e à biogenética, tendo a vida como objeto principal, não podendo a verdade científica sobrepor-se à ética e ao direito nem sequer acobertar, a pretexto do progresso científico, crimes contra a dignidade humana nem estabelecer os destinos da humanidade (DINIZ, 2003, p.8).

Deste modo, o Biodireito estabelece peculiaridades referentes às garantias fundamentais, a exemplo da dignidade da pessoa humana e o direito de liberdade, mais especificamente a liberdade da atividade científica, que deverá se ater a ética. Em suma, o Biodireito é a positivação jurídica de permissões de comportamentos médico-científicos, e de sanções pelo descumprimento destas normas.

Outrossim, com os avanços biotecnológicos vêm se permitindo através dos tempos, que o homem domine a sua própria vida, sobretudo no que concerne à reprodução. Esse é o reflexo da atuação incisiva da tecnologia em tempos modernos, o que proporciona para Medicina amplo desenvolvimento. Entretanto, o desenvolvimento da ciência modificou muitos conceitos já formulados, como, por exemplo, o de família e a ela vinculados, conceitos de maternidade, paternidade e parentesco.

Segundo Maria Helena Diniz (2009), tal fato sobrelevou-se quando surgiu o instituto da reprodução assistida, prática que está cada vez mais presente no dia a dia, sobretudo aos casais que por alguma deficiência não conseguem gerar filhos e acabam alternativamente escolhendo a via da procriação artificial. Em tom de complemento, Leite (1995, p.14), dispõe que a procriação artificial, também chamada de reprodução medicamente assistida, é um conjunto de técnicas através das quais se permite a reprodução sem haver conjunção carnal.

Dentre as técnicas de reprodução assistida, tratar-se-á da chamada Fecundação *in vitro*, que é uma técnica de reprodução assistida através da qual se dá a

fecundação do óvulo *in vitro*. Segundo Jussara Maria Leal de Meirelles pode ser definida como:

[...] consiste, basicamente, em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório e, após algumas horas ou em até dois dias, realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio (MEIRELLES, 2000, p. 18).

Em complemento, Genival Veloso de França assevera que:

Para este procedimento, é utilizada a técnica de Fertilização *in vitro* (FIV), permitindo que a fertilização e o desenvolvimento dos óvulos em estágio inicial ocorram fora do corpo humano para posteriormente serem transferidos para o útero da mulher. (FRANÇA, 2001, p. 225).

Entende-se desta forma que os gametas masculinos e femininos são previamente recolhidos e colocados em contato *in vitro*, ou seja, em tubos laboratoriais para sua preservação. Posteriormente, o embrião resultante deste ensaio é transferido para o útero ou para as trompas dando início a fecundação.

Especificamente nesta pesquisa será retratada a fertilização *in vitro post mortem*, quando o genitor por livre espontânea vontade, antes de sua morte deixa o material genético guardado através das modernas técnicas de criopreservação para eventual fecundação de sua parceira após o seu falecimento. A essa técnica dar-se-á o nome de fecundação homologa, amplamente discutida no âmbito jurídico, e, portanto, ganhará especial atenção no curso deste trabalho.

## **1 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA APLICABILIDADE MORAL E ÉTICA NO PROCEDIMENTO DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA**

Com a evolução da sociedade em conjunto com a revolução biológica desencadeada pela tecnologia, deu aso a um movimento de inovação científica no campo da reprodução humana medicamente assistida. No mesmo sentido, tendo em

vista esse avanço no campo da ciência humana, as condutas dos profissionais da área de medicina ficaram cada vez mais propícias a enfrentarem situações que contrapunham a moral e a ética, especificamente nos ramos que cuidam dos momentos de mais valor da vida de um ser humano, que é o nascimento, crescimento, reprodução e envelhecimento.

Nesse passo, não diferente do ambiente social onde existem comportamentos que não se enquadram como regular a luz da legislação, insta no campo da ciência-medicinal situações inéditas onde as condutas dos pacientes, bem como as dos profissionais de saúde são submetidas a regras e princípios, vistos os dilemas das consequências do aprimoramento técnico, como a utilização do genoma humano. Nesse contexto surge a Bioética, advinda da necessidade intrínseca do ser humano de pautar seu comportamento em normas socialmente estabelecidas e aceitas para nortear as ações dos profissionais visando o respeito à individualidade e dignidade ao ser humano. Sobre o assunto, Maria do Céu Patrão Neves discorre:

[...] é a ética aplicada à vida, um novo domínio da reflexão e da prática, que toma como seu objetivo específico as questões humanas na sua dimensão ética, tal como se formulam no âmbito da prática clínica ou da investigação científica, e como método próprio a aplicação de sistemas éticos já estabelecidos ou de teorias a estruturar. (NEVES, 1996, s.p).

A bioética prima pelo ideal de que a ética na assistência à saúde não deve estar contida em uma ação pontual, mas sim estender-se a uma postura profissional. Essa ciência se pauta em quatro principais princípios, são eles: **autonomia, não maleficência, beneficência, e justiça (grifo nosso)**. Sobre o princípio da autonomia, este refere-se à capacidade de escolha e decisão do paciente, sob pena para os médicos ou quaisquer outros profissionais da saúde que praticarem atos medicinais em desacordo com a determinação do paciente. A ilustrar a situação, neste momento cita-se a Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia, que dispõe, em um dos seus marcos, de referência ética para os cuidados ginecológicos e obstétricos:

O princípio da autonomia enfatiza o importante papel que a mulher deve adotar na tomada de decisões com respeito aos cuidados de sua saúde. Os médicos deverão observar a vulnerabilidade feminina, solicitando expressamente sua escolha e respeitando suas opiniões (FIGO, 1994, p. 10).

Não distinto dos demais casos, este princípio refere-se ao direito que o indivíduo assistido tem sobre si, a sua liberdade de escolha e poder de decisão. Segundo Beauchamps e Childress (1994), estes entendem que a autonomia é a atuação livre de interferências dos outros, além de ser livre de limitações pessoais que obstem a escolha expressiva da intenção. É a liberdade e qualidade do agente. Ademais, cumpre ressaltar que em pacientes intelectualmente deficientes e no caso de crianças, o princípio da autonomia deve ser exercido pela família ou responsável legal.

Em continuidade, no que tange ao princípio da não maleficência, esse determina a obrigação de não infligir dano intencionalmente, ou seja, o desempenho das atribuições dos profissionais de saúde não deve ocasionar nenhum dano ao paciente assistido. Segundo Beauchamp e Childress (2002), este princípio guarda relação íntima com o princípio da beneficência, ambos apregoam à obrigação ética de maximizar o benefício e minimizar o prejuízo, impondo ao profissional da área da saúde o dever de promover o bem ao paciente por meio do desempenho de suas funções. O profissional deve ter a maior convicção e informação técnicas possíveis que assegurem ser o ato médico benéfico ao paciente. Nesse sentido:

O princípio da beneficência e o da não-maleficência deriva, em parte, da velha tradição médica de proporcionar aos pacientes benefícios. Estão fundamentados nas obrigações da Ética Médica Hipocrática. Esses princípios estão expressos no *corpus hipocrático*: “Usarei o tratamento para ajudar o doente, mas jamais o usarei para lesá-lo ou prejudicá-lo”. Ao longo da história, esses princípios foram vistos como constituindo o fundamento do tratamento paternalista dispensado aos pacientes. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.9).

Ao que se percebe, a questão da moral e da ética termina por permear a todos os princípios trabalhados pela bioética, estando ambos intimamente ligados. Os autores Beauchamp e Childress (1994) distinguem a beneficência da não maleficência, aduzindo que a beneficência corresponde a uma ação feita no benefício de outros, oposto que aquele que estabelece uma obrigação moral de agir em benefício dos outros, em tempo ainda, destaca que também é importante não confundir estes dois últimos conceitos com a benevolência, que é a virtude de se dispor a agir no benefício dos outros.

Noutro giro, importante princípio a ser ressaltado é o da justiça, este preceitua que a equidade é fundamental ao desempenho da atividade técnica. Fundamenta-se na premissa de que as pessoas têm direito a terem suas necessidades de saúde atendidas livres de preconceitos ou segregações sociais. O princípio da justiça fortalece-se na Lei nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990, que dispõe: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990). A ilustrar o tema, a Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia destaca: “Ao se oferecer os cuidados de saúde à mulher, o princípio da justiça requer que todas sejam tratadas com igual consideração, independentemente de sua situação socioeconômica”. (FIGO, 1994, s.p.)

O princípio da justiça estabelece a obrigação ética de tratar cada indivíduo conforme o que é moralmente correto e adequado. Durand (2003) assevera que a atuação do médico deve ser imparcial, evitando ao máximo que aspectos sociais, culturais, religiosos, financeiros ou outros interfiram na relação médico-paciente. Os recursos devem ser equilibradamente distribuídos, com o objetivo de alcançar, com melhor eficácia, o maior número de pessoas assistidas. Ainda para o autor Guy Durand (2003, p. 156), “há justiça quando se obtém o que se merece, recebe-se o que é devido, colhe-se aquilo a que se tem direito”. Nessa perspectiva, ressalta o dever do Estado em franquiar a saúde, a pesquisa, e a prevenção, para todos aqueles que fazem parte da sociedade.

No que toca à justiça ética, segundo Guy Durand (2003) pode ser analisada sobre dois enfoques, a primeira é a justiça cumulativa, e a segunda à justiça distributiva. Aquela se refere na relação justa entre grupos, ou seja, dar o que é justo e receber o que é adequado, oposto que está se destaca pela relação de verticalidade, em que se tem autoridade e indivíduo, ela diz respeito à distribuição das vantagens e repartição dos encargos da vida social. De modo mais concreto, designa, por um lado, a distribuição equitativa dos custos e benefícios na sociedade, impostos, recursos, privilégios, e, por outro, o justo acesso a esses recursos. Segundo o supramencionado autor na bioética fala-se mais na justiça distributiva que na cumulativa.

Diante todo o exposto, conclui-se segundo Daisy Gogliano (1993), de que toda e qualquer terapêutica médica tem por fundamento e por pressuposto o respeito à dignidade humana, na tutela de direitos privados da personalidade e na relação médico-paciente, em que sobreleva o direito ao respeito da vontade do paciente sobre o tratamento; o direito do doente ou enfermo à dignidade e à integridade (físico-psíquica); o direito à informação que se deve fundar no consentimento esclarecido; o direito à cura apropriada e adequada; o direito de não sofrer inutilmente, na proporcionalidade dos meios a serem empregados, na diferenciação que se impõe entre terapêutica ineficaz e terapêutica fútil, isto é, na utilização de uma terapia racional e vantajosa, que não conduza a uma terapia violenta e indigna, respeitando a ordem principiológica aduzida.

## **2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUA ACEITAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Preliminarmente ao que toca o tema abrangido, nesta oportunidade cumpre expor que a expressão “reprodução assistida” é gênero utilizado para definir inseminação artificial, ou quer seja, a inseminação *in vitro*. Está técnica atinge o processo natural de reprodução humana, visto que não é mais necessária a presença

de ato sexual para a manipulação de uma vida. Sobre o tema, Maria Berenice Dias esclarece:

Dessa forma temos que a fecundação artificial que é resultante da reprodução medicamente assistida, é utilizada em substituição da concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos gerar (DIAS, 2009, p.333).

A distinção destas duas espécies provenientes da reprodução assistida conforme preconiza Farias e Rosenvald (2010), é realizada da seguinte forma: No que tange a inseminação artificial, está se dar por meio de procedimento que se utiliza do próprio corpo da mulher para inserir o material genético recolhido, ao reverso da inseminação *in vitro*, como próprio nome já direciona ao entendimento, se da através de um ensaio científico laboratorial, neste caso a fecundação ocorre fora do corpo humano e só são implantados os embriões posteriormente.

A reprodução assistida pode ser realizada de duas formas, a primeira homologa, quando há a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal, nesta hipótese de reprodução medicamente assistida há a presunção absoluta de que o marido é o pai da criança que foi concebida, ou heteróloga, quando se utiliza o esperma de um doador fértil, porém desconhecido para realizar a fecundação, neste caso há a presunção legal de paternidade. Segundo Maria Berenice Dias (2009), a fecundação artificial heteróloga ocorre por meio de doação de sêmen de um homem que não seja o marido, contando com a sua concordância.

Nessa esteira, como forma de sanar qualquer eventual dúvida, a primeira Jornada de Direito Civil fez constar o Enunciado 104 que reflete os seguintes termos:

104 – Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento (BRASIL, s.d).

No Brasil, segundo Moreira Filho (2002), não existe lei que ampare e regulamente a evolução da tecnologia empregada na reprodução assistida, resultando numa prática livre e sem controle governamental, sobretudo em função do brocardo jurídico segundo o qual o que não é proibido é permitido. Visto a ausência de regulamentação, o Conselho Federal de Medicina, traça os caminhos éticos a serem seguidos pelos médicos através da Resolução nº 2121/2015, que passou a disciplinar normas éticas a serem seguidas pelos médicos quanto à utilização das técnicas de reprodução humana. Extrai-se deste instrumento que o Médico deve agir sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos

De outro lado, por sua vez, o vigente Código Civil no artigo 1.597 consoante Venosa (2003, p.277) mencionou algumas técnicas de reprodução assistida, constatando sua existência, todavia, deixou de regulamentá-las, motivo pelo qual a matéria precisa ser objeto de regulamentação por lei específica. O predito dispositivo trata da presunção de paternidade na constância do casamento em relação aos filhos havidos de fecundação artificial. Segundo tal redação legal, 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. (BRASIL, 2002).

Com visto, o código civilista contempla, ainda que de maneira tímida, a fecundação artificial homóloga, inclusive a *post mortem*, e a inseminação heteróloga, desde que com prévia autorização do marido. No entanto, intensa discussão no cenário jurídico e constitui a respeito da possibilidade da fecundação que ocorre após o falecimento do marido e o direito a sucessão desta prole.

Extraí-se da leitura de Moreira Filho (2007), ser o vínculo de filiação nesse procedimento sustentado pelo consentimento deixado em vida pelo *de cuius*. Coadunando o predito, Maria Helena Diniz (2005, p.433), por sua vez, também entende que a inseminação *post mortem* exige como pressuposto o consentimento deixado em vida pelo *de cuius*, e que essa seja por meio de declaração expressa. Destarte, não bastaria a manifestação tácita para constituir a relação paterno-filial, de modo que a maioria da doutrina e o Enunciado 106<sup>26</sup> do Conselho de Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil de 2002, exigem autorização escrita do *de cuius*.

Noutro viés, consoante a Carta Constitucional, é vedada qualquer discriminação entre os filhos, sejam advindos ou não de técnicas de reprodução assistida. Nessa perspectiva a partir de uma filtragem Constitucional, a criança resultante de inseminação *post mortem* mesmo não existindo manifestação de vontade evidentemente possui direitos sucessórios. Todavia, como visto tem-se concedido apenas a sucessão testamentária e não a sucessão legítima. Deste modo, segundo Venosa (2003, p. 283) não havendo testamento para beneficiar a sua prole eventual, os filhos concebidos *post mortem* com sêmen congelado do *de cuius* não seriam herdeiros.

### **3 REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E SUAS ESPÉCIES: INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA, HOMÓLOGA E HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Depreende-se da leitura de Lopes (2000. p. 585), que a forma mais simplista da conceituação de inseminação artificial, seria dizer que é a introdução no organismo feminino, de espermatozoides, através de técnicas artificiais. Gasparotto e Ribeiro (2008, p. 357) aduzem que a inseminação artificial consiste na técnica de

---

<sup>26</sup> Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

fecundação intracorpórea homologa ou heteróloga, na qual o espermatozoide é retirado de seu doador (o próprio marido ou de um terceiro) e posteriormente introduzido na cavidade uterina da mulher, de maneira artificial. Ou extracorpórea com a fecundação *in vitro*. Sobre o assunto Gasparotto e Ribeiro (2008) dispõe que a fecundação *in vitro* consiste na técnica de fecundação na qual o óvulo e o espermatozoide são previamente retirados de seus doadores e são unidos em um meio de cultura artificial localizado em vidro especial.

Destacam-se, nesse sentido, que os supramencionados procedimentos de reprodução humana assistida estão presentes cada vez mais no dia a dia da medicina, e projetam múltiplos pontos de vista na seara do Direito, além de tudo é um tema que estimula valoráveis debates acerca da capacidade hereditária do filho nascido após a morte de seu pai biológico, contudo, sua análise neste momento visa tão somente à distinção entre os institutos em voga, que em síntese guardam apenas uma diferença peculiar que reside na origem do material biológico destinado a fecundação.

A inseminação artificial homóloga está prevista no inciso III do art. 1597 do Código Civil Brasileiro de 2002, que dispõe acerca do reconhecimento da filiação. Para Ferraz (2009, p. 44) a inseminação artificial homóloga: “Foi a primeira técnica de reprodução humana praticada pelos médicos [...]”. Consiste na implantação do material fecundante, ou seja, do espermatozoide do marido ou companheiro no útero da mulher. Nesse sentido, conceitua Venosa (2006, p. 240), que “denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro [...]”. É, portanto um procedimento que utiliza somente o material biológico dos pais, vinculando a filiação biológica a afetiva. Em complemento, conforme elucida Lopes, a inseminação artificial homóloga pode ser entendida como:

[...] na introdução de espermatozóides do esposo de qualquer segmento do aparelho genital feminino. Tal procedimento é feito após preparo laboratorial do sêmen. Pode ter lugar em um ciclo espontâneo ou após estimulação da função ovatoriana com indutores da ovulação (LOPES, 2000, p.585).

Não abarcando muita dificuldade em sua definição, a inseminação artificial homóloga é, portanto, o procedimento que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida por meio da cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges. Para Gustavo Tepedino (2004, p. 475) a procriação homóloga ocorre normalmente mediante a introdução do sêmen diretamente na cavidade uterina da mulher ou por meio de inseminação *in vitro*, nesse caso a fecundação irá ocorrer fora do corpo da mulher e posteriormente o embrião será implantado no útero feminino. Assim, ambas as hipóteses estão contempladas no art. 1.597<sup>27</sup> do Código Civil, em que se acompanhou a verdade biológica para determinar a paternidade.

Outrossim, com o avanço da ciência, outra novidade se a vista, que é a possibilidade de que a fecundação venha a ocorrer após o falecimento do marido. Por sua vez, tratando da paternidade deflagrada por este processo, Lôbo (2009, p. 201), esclarece que antes do Código Civil de 2002 a presunção que se tinha era apenas com relação ao filho nascido na constância do casamento, em que o pai era o marido e a segunda presunção tradicional é que se atribui a paternidade ao marido da mãe em relação ao filho nascido dentro dos 300 dias após a morte do marido. O predito autor também destaca que esse prazo estabelecido poderá ser superado, ocorrendo a fecundação em um prazo diferente, visto que a presunção da paternidade do falecido deve prevalecer, desde que se prove que foi utilizado seu gameta. O objetivo deste procedimento não é fazer apologia ao a fertilização post mortem, ao reverso, é preservar a escolha enquanto em vida de um dos sujeitos da relação familiar.

Sob a perspectiva da reprodução assistida na modalidade homologa *post mortem*, Machado (2008) aduz que se baseia na implantação do material fecundante (sêmen criopreservado) do marido ou companheiro, no útero da mulher, sendo que, à

---

<sup>27</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 out. 2017. Art.1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [omissis] 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.

época da fecundação, o marido ou companheiro já se encontrava falecido, vindo a gerar um filho de pai pré-moriente. Ao analisar este instituto deve ser esclarecido que em determinados países como, por exemplo, a Espanha, este procedimento é vedado, segundo o artigo 9.2 da lei 14/2006, verificando assim que nem todos aceitam pacificamente a possibilidade de inseminação *post mortem*.

Ademais, nos termos da Resolução nº 2.121/15, em se tratando de inseminação homologa há a necessidade de autorização prévia, escrita e expressa do doador para se submeter às técnicas reprodutivas, e ainda, de igual forma deverá haver o consentimento de todos os envolvidos no projeto parental, devendo o consentimento ser livre, esclarecido, escrito e expresso. Nesse aspecto, ressalta Farias e Rosenvald (2016, p.596) que fortuitamente inexistindo o consentimento, requisito essencial a todo processo, a presunção de paternidade elencada nos termos do artigo 1597 do Código Civil, deixa de existir. No entanto não afastará a possibilidade de investigação de paternidade para o reconhecimento da filiação com base no critério biológico.

Nesse sentido, cita-se a passagem 106 da Primeira Jornada de Direito Civil, que solidificou o entendimento de que:

106 – Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, **sendo obrigatório**, ainda, que haja **autorização escrita** do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.(BRASIL, s.d) (grifo nosso).

Essa posição é compartilhada por Maria Berenice Dias (2009), e Paulo Lôbo (2009), que enfatizam que apesar do marido ter fornecido o sêmen em vida não significa que ele queria consentir que essa fecundação viesse a ser realizada após o seu falecimento. Tal posição encontra-se fundamentada no princípio da autonomia da vontade, haja vista que o princípio da autonomia dos sujeitos, que é um dos fundamentos do biodireito, condiciona que a utilização do material genético deixado

pelo falecido deve necessariamente ter um consentimento expresso para que realize a inseminação após o seu falecimento.

Esse procedimento tem suscitado grandes discussões no âmbito dos direitos sucessórios, cerne deste trabalho, e que serão oportunamente tratadas nos capítulos subsequentes. Noutro viés, no que tange a concepção artificial heteróloga, estase baseia na utilização de material genético doado por terceiros que em regra deverá ter sua identidade preservada, Marques (2003) destaca características importantes que devem ser observadas neste processo, quais sejam: A gratuidade, não podendo ter fins lucrativos, a licitude, que advém da gratuidade, e a mais importante delas que é o anonimato dos doadores e receptores. Sobre o conceito de inseminação artificial heteróloga, Lopes discorre: “[...] obedece [a]os (*sic*) critérios técnicos semelhantes àqueles levados a efeito na inseminação artificial homóloga. Exceção, faz-se, quanto a origem da amostra seminal no caso oriunda de um doador”. (LOPES, 2000, p. 586).

Nessa linha, segundo Maria Berenice Dias (2009, p.235) a fecundação artificial heteróloga ocorre por meio de doação de sêmen de um homem que não seja o marido, contando com a sua concordância. Sobre o tema ilustra Fernandes (2000, p.58) que por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga “a matre”, quando o gameta doador for o feminino, *a patre*, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores.

Deste modo, será heteróloga a reprodução assistida em que o espermatozoide ou o óvulo utilizado na fecundação, ou até mesmo ambos, forem provenientes de terceiros, que não aqueles que serão os pais socioafetivos da criança gerada. Destaca-se, portanto, que o método usado nos dois tipos de reprodução assistida é semelhante e é com a origem do sêmen que poderá ser capaz de conceituar se a inseminação será homóloga ou se será heteróloga.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, é inquestionável a evolução das técnicas de reprodução humana e seus profundos impactos na sociedade, principalmente no caso de fertilização *in vitro post mortem*, ao lado de todas as divergências no surgimento do assunto, especificamente nas questões éticas, que precisam de suporte legal. Os cidadãos necessitam ser informados e estar cientes das escolhas tanto na esfera social como individual, o assunto não esgota apenas na seara jurídica, refutando a outros ramos da ciência, da sociologia, psicologia e da tecnologia aliados a medicina. A grande dificuldade está presente na falta de pesquisa e estudos sobre o assunto, o que leva a questionar a credibilidade das informações, um descaso com a preparação de um assunto cada vez mais corriqueiro das famílias, as quais buscam neste e em outros procedimentos suporte para seus problemas. Assim, o ramo do direito deve se ater de forma concisa para amparar atuar contundentemente a essas novas situações fáticas e acompanhar o desenvolvimento social.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação Artificial *post mortem* e o Direito Sucessório**. Disponível em: <[www.esmape.com.br/downloads/mat\\_prof\\_mariarita/prof\\_maria\\_rita\\_7.doc](http://www.esmape.com.br/downloads/mat_prof_mariarita/prof_maria_rita_7.doc)>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BEAUCHAMP Tom L.; CHILDRESS James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 4ed. New York: Oxford, 1994.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo; Loyola, 2002.
- BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. COUTINHO, Carlos Nelson (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Conselho Regional de Enfermagem**: Bioética e legislação ética na assistência de enfermagem. Disponível em: <<http://apps.cofen.gov.br/cbcent/sistemainscricoes/arquivosTrabalhos/I37535.E10.T6582.D6AP.pdf>>. Acesso em 15 out. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 2.121/2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>>. Acesso em 15 out. 2017.

**Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[HTTP: www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso: 22 ago. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. v. 6. 20 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. CAMPANÁRIO, Nicolás Nyimi (trad.). São Paulo: Edições Loyola, 2003.

FERNANDES, Tycho Brahe. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 2000.

GASPAROTTO, Beatriz Rodrigues; RIBEIRO, Viviane Rocha. Filiação e Biodireito: uma análise da reprodução humana assistida heteróloga sob a ótica do Código Civil. *In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, ANAIS...*, 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/04\\_819.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/04_819.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2017.

GOLDIM, Jose Roberto. **A Evolução da Definição de Bioética na Visão de Van Rensselaer Potter: 1970 a 1998**. Porto Alegre: UFRGS, 2003. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/bioetev.htm>>. Acesso em 02 ago. 2017.

GOGLIANO, Daisy. Pacientes terminais - morte encefálica. *In: Revista Bioética*, v. 1, n. 2, p. 1-7. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/493/310](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/493/310)>. Acesso em 15 out. 2017.

HOSSNE, William Saad. A bioética – ponte para liberdade. Disponível em: <[https://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/54/Bioetica\\_ponte\\_para.pdf](https://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/54/Bioetica_ponte_para.pdf)>. Acesso em 15 out. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *In: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): portal eletrônico de informações*, s.d. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf)>. Acesso em 15 out. 2017.

LOPES, Joaquim Roberto Costa; FEBRASGO. **Tratado de Ginecologia: 63**. Aspectos Éticos da Inseminação Artificial. Rio de Janeiro: Revinter, 2000.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos**. Belo Horizonte: Juruá Editora, 2008.

MARQUES, Alessandro Brandão. Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4267>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

NEVES, Maraia do Céu Patrão. A fundamentação antropológica da bioética. *In: Revista Bioética*, Brasília, 1996. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/indez.php/revista\\_bioetica](http://revistabioetica.cfm.org.br/indez.php/revista_bioetica)>. Acesso em 15 out. 2017.

PESSINI, Leocir Barchifontaine. **Problemas atuais de Bioética**. 5 ed. São Paulo: Editora Loyola, 2001.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

SAUWEN, Regina Fiuza. HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito "in vitro"**. Da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen, 1997

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracajú, n. 3, p. 23-44, 2002.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

## O DIREITO SUCESSÓRIO NO CASO DE FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL *IN VITRO POST MORTEM*

Amilton Lengruber Ferreira<sup>28</sup>  
Sangella Furtado Teixeira<sup>29</sup>  
Tauã Lima Verdan Rangel<sup>30</sup>

**Resumo:** O presente estudo consiste em desenvolver discussões acerca dos grandes questionamentos no que se refere a sucessão nos casos de fertilização *in vitro post mortem*, amparado por direitos fundamentais, de família e constitucionais. A concepção *post mortem*, remete a várias problemáticas, com relação ao concebido e os demais herdeiros. A falta de norma específica e a enorme divergência torna a tarefa árdua para garantir os que precisam de proteção de seus direitos fundamentais.

**Palavras-Chave:** Concepção, Herdeiros, Direitos Fundamentais.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Preliminarmente, em tese de considerações iniciais acerca do assunto em análise, cumpre reafirmar que a relação de parentesco estabelecida entre pai e filho é

---

<sup>28</sup> Bacharel em Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade de Bom Jesus do Itabapoana. Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Membro do Grupo de Pesquisa: “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade do Direito”.

<sup>29</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC; Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes UCAM; Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá. Membro do Grupo de Pesquisa: “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade do Direito”. E-mail: sangellafurtado@hotmail.com.

<sup>30</sup> Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua\_verdan2@hotmail.com

concebida pelo ordenamento jurídico, reconhecendo a filiação da prole eventual, ou seja, do filho havido por inseminação artificial após a morte do doador do material genético, assim valendo-se a este de todos os direitos pessoais, como, por exemplo, o sobrenome familiar. Nesse sentido, preceitua o artigo 1597, III<sup>31</sup>, do Código Civil, que ainda que falecido o marido, o filho concebido por fertilização artificial terá direito ao reconhecimento da filiação.

Como visto, a relação de filiação é reconhecida pelo ordenamento jurídico mesmo após a morte do pai biológico, no entanto, no que tange aos direitos sucessórios ainda há grande resistência quanto à legitimidade do filho concebido *post mortem* na ordem de vocação hereditária. Isto porque, o Código Civil em atual vigência no ordenamento jurídico dispõe consoante ao artigo 1798<sup>32</sup> que só serão legitimados a suceder as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão, ou seja, quando do falecimento do autor da herança. Desta forma, sobressai a discussão referente à legitimidade na ordem de vocação hereditária do feto concebido *post mortem* por inseminação artificial, visto que por presunção legal este goza da natureza de “filho” como prole eventual.

Nesta seara, em que se discute a capacidade sucessória na escala sucessória, imperioso lembrar que no momento da morte do autor da herança abre-se a sucessão, com a consequente transmissão imediata dos bens do espólio. Isto decorre como visto do postulado de *saisine*, que impõe a transferência imediata de todo acervo hereditário, impedindo que as relações jurídicas não se ausentem de titularidade, ainda que breve. São capazes de suceder, os herdeiros legítimos e testamentários.

A partir deste panorama, como mencionado em capítulos anteriores, à técnica de reprodução assistida não é regulamentada pela norma civil, sendo esta silente

---

<sup>31</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 25 ago. 2017. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [omissis] **III**- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

<sup>32</sup>*Ibid.* **Art. 1.798**. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

quanto ao procedimento que da origem a reprodução humana *in vitro*, bem como, não regulamenta aspectos sucessórios das proles que eventualmente poderão ser concebidas. Desta forma, tendo em vista essa lacuna legislativa, doutrinadores e juristas vão se posicionando sobre a possibilidade de suceder do filho póstumo. Nesse sentido, correntes doutrinárias tecem suas razões sobre o tema.

Em análise aos posicionamentos, segundo Gama (2003, p.100), o filho havido posteriormente a morte do genitor por fertilização *in vitro* não merece se habilitar no rol de sucessores tanto legítimos quanto testamentários, isto porque, o direito brasileiro deveria vedar a técnica de reprodução assistir *post mortem*, o que iria impossibilitar ao legislador criar lacunas, evitando esse tipo de discussão. No entanto, segundo Venosa (2009) este posicionamento é superado, visto que mesmo não sendo permitida a técnica de reprodução assistida, esta ainda poderá existir mesmo em desacordo com a normativa legal vedando a atividade de reprodução humana homologa, não podendo afastar o direito daquela criança em respeito à dignidade da pessoa humana.

A título de ilustração e conhecimento, ressalta-se a visão de Gama sobre o tema aqui debatido:

No estágio atual do direito brasileiro não há como se admitir a legitimidade do acesso da viúva ou da ex-companheira (por morte do ex-companheiro) à técnica de reprodução assistida homologa *post mortem*, diante do princípio da igualdade de direitos entre os filhos. (GAMA, 2003, p. 100).

De acordo com este doutrinador, violaria o princípio da igualdade de filhos a concepção havida após a morte, de outro filho que enquanto em vida do autor da sucessão não foi concebido para participar da linhagem hereditária, colando em eminente insegurança jurídica os demais filhos que quando da abertura da sucessão já eram vivos ou estavam concebidos. Desta forma, defende Gama (2003) que é defeso o filho póstumo participar da divisão da comunhão dos bens deixado pelo extinto.

Não obstante, no que toca a próxima corrente doutrinária, esta enfatiza que é direito do filho havido por inseminação *post mortem* suceder a todos os direitos, desde que, por testamento, caracterizando-o como capaz na ordem de sucessão legítima. Nesse diapasão, visto que se afigura como filho aquele concebido e nascido *post mortem* ao seu genitor, cabe a este a sucessão legítima, desde que autorizado sua concepção por instrumento de vontade, dando-o aptidão para herdar.

Nesse sentido, segundo Diniz (2009, p.550), ao filho póstumo é alçado o direito legítimo de suceder os bens deixados pelo falecimento ulterior de seu genitor, mas isto ocorrerá somente por testamento, e se respeitado o prazo observado de dois anos para sua concepção, como elenca o artigo 1800 do Código Civil. Na visão desta autora, não há outra forma senão a testamentária para que este possa gozar daquilo que foi pertencente ao seu genitor. Entendimento também apregoadado pelo artigo 1.799, I do Código Civil, o qual versa que “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (BRASIL, 2002).

De outra banda, outra corrente que vem ganhando espaço, está pautada na eventual desigualdade de tratamento existente entre os filhos, visto que ao embrião concebido *post mortem* só é permitido suceder com a presença de testamento, fragilizando assim a relação consanguínea entre as proles nascidas em quanto em vida do autor da herança. Sem dúvida alguma que essa solução propícia um tratamento desigual entre os filhos, vez que os filhos adotivos, naturais e os havidos por inseminação artificial heteróloga e até de fecundação *in vitro* terão direito à sucessão legítima, enquanto os filhos havidos de inseminação artificial homóloga *post mortem* somente terão direito à sucessão testamentária. Essa corrente se assenta na Constituição Federal que veda a desigualdade entre filhos. De acordo com Dias, veja-se:

Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798) e até a pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do

herdeiro por ter sido concebidos *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão de quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor (DIAS, 2008, p. 117).

Em complemento, salienta Albuquerque Filho (2007, p. 6-7) que a fundamentação de que o filho havido por inseminação após a morte do autor da herança prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes é frágil e não deve prosperar, uma vez que não se pode excluir do rol dos legitimados o filho que veio a ser concebido ou nascido por fertilização *in vitro* após o falecimento do autor da sucessão. Ademais, merece o filho póstumo tratamento em pé de igualdade com os demais herdeiros, não necessitando pra isso da existência de qualquer documento que atribua a ele legitimidade, visto que sua própria natureza de filho já é suficiente ao seu reconhecimento na sucessão hereditária, figurando como herdeiro legítimo necessário.

## **1 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS ESPÉCIES SUCESSÓRIAS: SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA E POSSÍVEL DESIGUALDE ENTRE FILHOS**

A ordem de vocação hereditária é estabelecida consoante a sistemática civil. No atual ordenamento jurídico, como já apreciado em momento pretérito, existem herdeiros classificados como legítimos, e de outra banda como testamentários. No que toca aos sujeitos legítimos este são estabelecidos em razão de determinação legal, noutro giro os testamentários são aqueles que herdaram por designação de vontade do extinto, que em vida lavrou um instrumento público ou particular destinando certa parte de seus bens a determinado indivíduo.

O vigente Código Civil, do ano de 2002, trata o assunto em seu artigo 1798, estabelecendo que são capazes de suceder as pessoas vivas ou concebidas no momento da morte do autor da herança. Nessa perspectiva, o filho póstumo não goza de capacidade sucessória para se habilitar a receber o que seria seu de direito se antes da morte de seu pai biológico tivesse nascido. Sob este parâmetro, com foco a solucionar a controvérsia que então se constituía, a redação do artigo 1799 do Código

Civil estabelece que mesmo os nascidos pós-morte de seu pai poderão suceder, desde que, este em vida deixe um testamento determinando a legitimidade do filho póstumo.

Nessa toada, insta-se a discussão sob a capacidade sucessória do filho havido posteriormente ao falecimento do seu pai biológico por meio da inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a esta prole é garantida o direito de herança somente por testamento. Assim sendo, sob os aspectos do direito comparado cumpre esclarecer brevemente algumas características que norteiam cada uma das espécies sucessórias, buscando ao final destacar princípios constitucionais para solucionar eventuais problemas decorrentes de tais procedimentos.

A sucessão legítima tem guarita nos termos do artigo 1829<sup>33</sup> do Código Civil de 2002, Sílvio Rodrigues (2009) preceitua ser uma sequência de preferencial entre sujeitos, que a própria legislação a determina a herdar. A ordem é determinada pela distância hereditária entre os sujeitos, sendo que os herdeiros mais próximos sempre afastaram os mais remotos. São legítimos os filhos, esposa, na ausência de filhos, os pais em concorrência com o cônjuge, e na falta de ascendentes o cônjuge se sobrevivente. Não existindo qualquer destes anteriormente citados, o acervo hereditário é destinado aos parentes colaterais. Sob o assunto preceitua Diniz:

Com a morte de alguém, verificar-se-á, primeiramente, se o *de cujus* deixou testamento indicando como será partilhado seu patrimônio. Em caso negativo, ou melhor, se faleceu sem que tenha feito qualquer declaração solene de última vontade; se apenas dispôs parte dos bens em testamento válido; se seu testamento caducou ou foi considerado ineficaz ou nulo ou, ainda, se havia herdeiros necessários, obrigando a redução da disposição testamentária para respeitar a quota reservatória, a lei promoverá a distribuição, convocando certas pessoas para receber a herança, conforme ordem estabelecida, que se

---

<sup>33</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 25 ago. 2017. Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

denomina *ordem de vocação hereditária*. Em todas essas hipóteses ter-se-á sucessão legítima, que é a deferida por determinação legal. (DINIZ, 2006, p.103).

A sucessão legítima pode dizer-se que é um ato de vontade presumido, cujo sua constituição é derivada da lei. Desta forma, na inexistência de testamento expreso por parte do falecido, a destinação dos bens do espólio respeitará o elencado pelo Código Civil. Nesta seara afirma Diniz (2007, p.17) “a sucessão legítima é regra, enquanto que a testamentária, seria exceção no Direito Brasileiro”. Esta relação de verticalidade entre herdeiros é oriunda do direito civil antigo, onde foi pauto entorno da proteção da Família e a proteção de seus bens, garantido a destinação dos bens na ausência do pater de famílias a seus sucessores sanguíneos. Deste modo, legítimo é herdeiro designado por determinação legal.

De outro lado, o que se refere à sucessão testamentária, o autor Pereira (2005, p.13) conceitua como sendo “aquela que se dá em obediência à vontade do defunto, prevalecendo, contudo, as disposições legais naquilo que constitua *ius cogens*, bem como no que for silente ou omissa o instrumento.” Deste modo, está é caracterizada pela presença de um ato solene de última vontade do autor da herança, denominado de testamento, assim leciona Almeida (2003). De acordo com Gonçalves (2007) o testamento é um ato que somente o autor da herança tem capacidade de figurar como parte, juntamente com duas testemunhas que confirmaram sua vontade, ou seja, o liame subjetivo de deixar bens para depois de sua morte para determinada pessoa ou instituição jurídica. Se durante a vida subsistir à vontade, é facultado ao testador revogá-lo, exaurindo-se a expectativa de direito até então constituída.

Salienta Diniz (2006) que o testamento reafirma o direito de propriedade, visto que por ele o testador pode destinar seus bens a pessoas desconhecidas, atribuindo-lhes condições especiais para o substituírem patrimonialmente. Portanto, o testamento, é instrumento que garante a terceiro determinado pelo autor da herança, direito a habitar-se como herdeiro na sucessão de seu acervo patrimonial após a sua morte. Entretanto, com bem relembra Gonçalves (2007) o testador não

poderá destinar senão somente 50% de seus bens, visto que a outra metade caberá aos herdeiros legítimos necessários protegidos legalmente. Neste sentido:

Assim sendo, o patrimônio do de cujus será dividido em duas partes iguais: a legítima ou reserva legitimária, que cabe aos herdeiros necessários, a menos que sejam deserdados, e a porção disponível, da qual pode livremente dispor, feitas as exceções concernentes à incapacidade testamentária passiva. A porção disponível é fixa, compreendendo a metade dos bens do testador, qualquer que seja o número e a qualidade dos herdeiros. (DINIZ, 2007, p. 16).

Deste modo, ainda como preconiza a supracitada autora, a transmissão do acervo hereditário, deve se pautar sob dois critérios e/ou princípios, a saber, da autonomia de vontade, vez que a lei garante ao testador a liberdade de deixar seus bens a terceiros como extensão ao direito de propriedade, e a supremacia da ordem pública sobre a privada, uma vez que esta liberdade encontra limitação no próprio ordenamento pátrio. Com isso, como assevera a autora:

[...] protege-se a propriedade e a família, ou melhor, o interesse do autor da herança e o da família. Tendo em vista o interesse social geral, acolhe o Código Civil o princípio da liberdade de testar limitada aos interesses do *de cujus* e, principalmente, aos de sua família, ao restringir a liberdade de dispor, no caso de ter o testador herdeiros necessários, [...] hipótese em que só poderá dispor de metade de seus bens, pois a outra metade pertence de pleno direito àqueles herdeiros, exceto se forem deserdados ou excluídos da sucessão por indignidade. (DINIZ, 2006, p.176).

Deste sentido, pode extrair-se que a sucessão por testamento deve respeitar a vontade do testador e a restrição da lei. A rigor da legislação, convém lembrar ainda que por este instrumento poderá instituir a título universal, herdeiro, ou a título singular, legatário. Quando a título universal a pessoa irá, em concorrência com os demais herdeiros legítimos, participar do rateio integral dos bens do espólio, oposto que, quando a título singular, receberá somente seu legado, ou seja, o bem determinado pelo testador.

Neste âmbito, superada a abordagem comparativa de ambos os institutos, pode-se dizer que o filho póstumo eventualmente seria, de alguma forma, desigualado da condição de filho, visto que sob o olhar frio da lei, ele não se instalaria como legítimo na ordem de vocação hereditária de pai biológico, podendo tornar-se somente herdeiro se não constância de instrumento solene cujo de cujus determina sua legitimação, deste modo com a prospecção dos avanços da tecnologia no que compreende a reprodução artificial, merece atenção o campo sucessório sob a exegese dos princípios constitucionais.

## **2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS**

A Constituição Feral de 1988, consagrada como instrumento de garantia da efetividade dos direitos humanos, prevê nos termos do artigo 5º que todos são iguais diante a lei, sem qualquer distinção independente da natureza. Para Silva (2004) este mandamento é o pilar do Estado Democrático de Direito. Este postulado consagra o sentimento de igualdade na sociedade, requerendo tratamento equânime para todos os sujeitos, independente de raça, cor etnia, religião e etc., possibilitando que todos vivam uma vida digna.

O princípio em análise requer do aplicador do Direito uma leitura que vá além da letra fria da lei, força o interprete a alcançar um sentimento de justiça, buscando, sobretudo o sentimento de cidadania e igualdade. De acordo com Silva (2004) a análise deste instrumento que norteia a aplicação do Direito deve se atentar a existência de desigualdades de um lado, em detrimento das injustiças que contemplam tal situação, para que desta forma consiga promover uma igualdade plena. Consoante às lições de Celso Bastos (2001), esta concepção baseia-se nas diferenças existentes entre as partes desfavorecidas por algum aspecto social, buscando atingir um patamar de igualdade entre as classes sociais desigualadas pelo sistema político e econômico. Desta forma, como apregoa José Afonso da Silva (2004,

p.218) os critérios estabelecidos na legislação, seja ela qual for, deve se atentar a fixação de parâmetros razoáveis a atender o conceito de igualdade.

Nesse viés, buscando reafirmar o predito princípio, a Carta Cidadã tem inserido no artigo 227, parágrafo 6º um dos princípios basilares nas relações familiares, o da não discriminação entre filhos, segundo este postulado é proibido qualquer ato que atente a desprivilegiar ou que julgue desatenciosa a origem da filiação, submetendo-a desrespeito e degradação. Prevê o predito artigo que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988). Complementando o texto constitucional, o artigo 1.596 do Código Civil em vigor tem exatamente a mesma redação, consagrando, ambos os dispositivos, o princípio da igualdade entre filhos.

De acordo com Rolf Madaleno (2001), a cultura brasileira necessitava de um instrumento que impunha dignidade e descendência nas relações filiais, visto que os filhos anteriormente eram difamados por uma sociedade que julgava as atitudes de seus genitores, mas em nada observava a inocência da criança. Hodiernamente, como expõe Hironaka (2000), no que toca a concepção de filiação no direito brasileiro só existem duas espécies, os filhos e aqueles que não são filhos, portanto, não há brechas para discriminações. Todos são iguais em direitos e deveres. Isto de acordo com Tartuce (2006) repercute tanto no campo patrimonial como pessoal, não sendo permitido qualquer ato que os distinga dos demais filhos, havidos na constância do casamento ou fora dele, biológico ou quer seja afetivo. Nesse viés, em vista da pluralidade de famílias existentes nos dias atuais, não existem espaço para que os filhos provenientes dessas relações sejam inferiorizados em detrimento de qualquer situação.

Segundo Loureiro (2009), em vista das recentes descobertas no campo médico tecnológico, a sociedade se submeteu a importantes avanços que refletiram na concepção moderna sobre a nova forma de filiação, qual seja, procriação artificial. Sustentada de igual forma pelo princípio da igualdade entre filhos. Dias (2009, p 67)

ênfatiza que o postulado é essencial ao desenvolvimento do Direito de família, afirmando que o princípio da igualdade entre filhos é mais que uma norma, é um mandamento Constitucional. Por sorte assim também entende Gonçalves (2009), aludindo que é o princípio edifica as relações de famílias.

Para Loureiro (2009) a igualdade entre filhos destaca-se sob duas formas, a formal e material, nesta é proibido qualquer regime jurídico que desfavoreça a prole, enquanto naquela é vedado qualquer discriminação que importe em atentar contra o respeito à pessoa, não podendo ser vitimizada em relação à origem do seu nascimento. Nesse aspecto, como afirma Dias (2009, p.65), é transmitido maior sentimento de justiça, uma vez que os filhos biológicos, não biológicos, havidos no matrimônio ou que seja fora dele, são respeitados independentemente de sua origem.

Ademais, o Direito de filiação confere aos sujeitos elevados sustentáculos pessoais e patrimoniais. Como ensina Gonçalves (2008) no campo das relações pessoais são efetivados os direitos: ao sobrenome da família, estabelecimento do poder familiar, criação de vínculos de parentesco. No que toca o aspecto patrimonial, conforme leciona Gama (2008) é de se afirmar que existam dois direitos inerentes ao sujeito, quais sejam, direito a pleitear alimentos, e de outro lado requerer sua parte na herança. Com efeitos esses institutos são contemplados isonomicamente em relação à prole, seja ela biológica ou afetiva. Segundo Gonçalves (2008) todos os filhos concorrem de forma igualitária à repartição dos bens deixados pelo autor da herança. Assim, destaca Diniz (2007, p. 476) que independente da natureza da filiação os filhos serão equiparados, existindo um direito sucessório recíproco em relação ao aspecto de parentesco constituído entre pais e filhos.

Diante o exposto, prova-se que a partir de um processo de constitucionalização do Direito de família, inserindo neste contexto o princípio da igual entre filhos, restou vedado qualquer tipo de discriminação ou restrição de direitos aos filhos havidos por qualquer meio, independentemente de sua natureza. No entanto, na parte da sucessão da prole eventual, ou seja, filho concebido *post mortem*, o Código Civil entra em

contradição com a Constituição Federal, visto que apregoa que o filho concebido após a morte de seu pai somente pode sucedê-lo se contemplado em testamento.

### **3 A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.798 ANTE A POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO LEGÍTIMA DO FILHO HAVIDO POR FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL *IN VITRO POST MORTEM***

O artigo 1798 do Código Civil elenca que se legitimam a suceder os filhos nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. Em uma leitura legalista e taxativa, aqueles concebidos e nascidos posteriormente à morte do seu genitor seriam excluídos da participação na sucessão. Isto porque, a lei é clara quando expõe que no momento da abertura da sucessão o herdeiro já deverá existir de fato ao tempo da morte do *de cuius*, ou, pelo menos, deveria estar concebido quando da abertura da sucessão para que possa ser reconhecido como nascituro e, conseqüentemente como herdeiro, figurando como prole eventual.

Nessa toada, no que tange ao campo sucessório o Código Civil de 2002 prescreve que eventualmente na existência de um filho póstumo, este só será capaz de herdar mediante a constituição de um instrumento de vontade, ou seja, sob uma ordem testamentária. Está imposição por certo desigual as condições dos filhos, e vai à contramão do preceito introduzido pela Carta Magna, que apregoa a igualdade entre filhos independentemente de qualquer natureza, exigindo tratamento isonômico e imparcial, vedando qualquer tipo de discriminação ou distinção, ou quer seja injustiças.

Esta disposição viola o sentido de igualdade apregoadado pela Carta Constitucional, visto que coloca em situação desigual o filho concebido por inseminação *in vitro post mortem*, mesmo este guardando status sob presunção legal de “filho”. Desta forma, uma vez considerado filho, este sujeito deve ser contemplado com todos os direitos e qualificações de seus irmãos nascidos enquanto da vivência do pai. Sobre o assunto, assevera, em seu escólio, Gonçalves que:

[...] se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “*concebidos na constância do casamento*”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, §6º, da Constituição Federal. (GONÇALVES, 2007, p. 58).

No entender deste doutrinador, os filhos concebidos *post mortem* do autor da herança deverão ser considerados herdeiros legítimos, visto que são pela lei classificados como filhos, não merecendo, portanto, tratamento desigual aos demais filhos havidos antes do falecimento do *de cuius*. Nesse sentido, dispõe Barbosa (2004) que de tamanha importância foi concepção do legislador em reconhecer como filhos os concebidos *post mortem* do pai. Em sentimento de crítica sobre o assunto, Euclides de Oliveira (2009) remonta que se não for para os filhos concebidos *post mortem* por inseminação artificial gozarem do seu hipotético direito patrimonial, se faz contraditório a filiação presumida dessa prole.

Segundo Oliveira (2009) o direito a paternidade se baseia na dignidade da pessoa humana, desta forma, certa a paternidade, o Direito de suceder do filho havido por inseminação artificial *post mortem* é latente. Por essa vereda, como preconiza Gonçalves (2007), na eminência de conflito entre leis, prevalece na relação de verticalidade a Constituição Federal, devendo sobrepor os preceitos fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito aos ditames infraconstitucionais, tornando aquela norma inferior nula, sem efeitos no ordenamento pátrio. Assim não há como proibir acesso a prole eventual ao nome e a herança do pai finado, conforme assevera Barbosa (2004). Pois bem, visando estabelecer parâmetros sobre o assunto o Enunciado 267 da III Jornada em Direito Civil, expõe que:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança. (BRASIL, s.d.)

Em complemento preceitua Almeida:

Os filhos nascidos de inseminação artificial homóloga post mortem são sucessores legítimos. Quando o legislador atual tratou o tema, apenas quis repetir o contido no Código Civil anterior, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos de então, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Entretanto, hoje a possibilidade existe. O legislador, ao reconhecer efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o prurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas aos privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. Isso mais se justifica quando o testamentário tem aptidão para ser herdeiro. (ALMEIDA, 2003, p. 104)

Em tempos pretéritos o legislador não tinha o conhecimento apurado para saber que em tempos modernos haveria a possibilidade de fecundação do óvulo por técnicas artificiais, deste modo, nada mais quis o parlamentar do que repetir o descrito no código anterior sobre a capacidade sucessória, resguardando, contudo, o direito do nascituro. Em vista disso, não tem sentido punir o filho póstumo cerceando-o da sua legítima. Nesse sentido, Albuquerque Filho (2011), assim se posiciona:

A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial post mortem pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos- patrimoniais- dos demais herdeiros. (ALBUQUERQUE FILHO, 2011, s.p.).

Destarte, o supramencionado posicionamento caminha em consonância com os princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, conforme

leciona Dias (2011, p.369) visto que não é negada a inseminação *post mortem* pelo ordenamento pátrio, as consequências deste ato estão a produzir efeitos no âmbito jurídico tanto pessoais como patrimoniais. Decerto, haja vista esta circunstância, não se pode permitir que direitos sejam restringidos ou limitados aos filhos concebidos por inseminação *in vitro post mortem*. Nessa mesma linha de raciocínio, Albuquerque Filho (2011) reconhece plenos efeitos à inseminação artificial homóloga *post mortem* e amplos direitos sucessórios, não se restringindo à sucessão testamentária.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se que, o desenvolvimento nas relações familiares proporcionou um envolvimento da ciência para suprir as necessidades sociais, uma delas e a fertilização concebida após o falecimento do genitor, porém a legislação não adequou para estas novas vertentes. A reprodução assistida póstuma encontra insuficiente no Código Civil Brasileiro, o que gera inúmeros questionamentos por parte do ordenamento jurídico. A divergência doutrinária em que pese a falta de norma, encontra amenizada pelo princípio da igualdade, nos termos do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, devendo, portanto, possuir uma interpretação mais específica para resguardar os filhos concebidos *post mortem*. Desta forma, mesmo diante de toda a problemática na parte individual e jurisdicional, o pensamento deve ser regulamentado sob ótica do direito civil alicerçado a Constituição, como também impondo limites para esta espécie de concepção.

### **REFERÊNCIAS**

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação Artificial *postmortem* e o Direito Sucessório**. Disponível em: <[www.esmape.com.br/downloads/mat\\_prof\\_a\\_mariarita/prof\\_maria\\_rita\\_7.doc](http://www.esmape.com.br/downloads/mat_prof_a_mariarita/prof_maria_rita_7.doc)>. Acesso em: 20 set. 2017.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil Comentado: Direito das Sucessões, Sucessão em Geral, Sucessão Legítima: arts. 1784 a 1856.** v. 18. São Paulo: Atlas, 2003.p. 22.

BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. *In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito.*** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[HTTP: www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso: 22 ago. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** v. 5. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** v. 6. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** v. 6. 20 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família.** São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro:** Direito das Sucessões. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro:** Direito de Família. v. 6. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil:** parte especial do direito das sucessões. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família:** constituição e constatação. Disponível em: <[http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com\\_content&task=view&id=26&Itemid=39](http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=26&Itemid=39)>. Acesso em: 30 ago. 2017.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de Herança:** A nova ordem da sucessão. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. 6. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2005.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil.** 20 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil.** 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil.** v. 5. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** v. 7. 25 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** VELOSO, Zeno (atual.). v. 7. 28 ed. São Paulo: Saraiva 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 23 ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Dos filhos havidos fora do casamento. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=528>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** v. único. São Paulo: Editora Método, 2011.

\_\_\_\_\_. Novos princípios do Direito de Família Brasileiro. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2006. Disponível em:  
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.