

**Caderno Jurídico da Escola Superior
do Ministério Público do Estado de São Paulo
Ano 1 - Vol 1- n.º 2 - Julho/2001**

BIOÉTICA
E
BIODIREITO





ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Diretor:

Rodrigo César Rebello Pinho

Assessores:

Dalva Teresa da Silva,
Francisco Antonio Gnipper Cirillo,
Ricardo Barbosa Alves
Waléria Garcelan Loma Garcia

Coordenador Editorial:

Ricardo Barbosa Alves

Jornalista Responsável:

Rosana Sanches (MTb 17.993)

Capa:

Luís Antônio Alves dos Santos

LOGO DA IMESP

IMPrensa Oficial do Estado

Diretor Presidente:

Sérgio Kobayashi

Diretor Vice-Presidente:

Luiz Carlos Frigerio

Diretor Industrial:

Carlos Nicolaewsky

Diretor Financeiro e Administrativo:

Richard Vainberg

Coordenador Editorial:

Carlos Taufik Haddad

Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo

R. Minas Gerais, 316 - Higienópolis
CEP 01244-010. Telefones: (11) 3017-7776,
3017-7777; fax: (11) 3017-7754.
e-mail: esmp@mp.sp.gov.br

Imprensa Oficial do Estado

R. da Mooca, 1.921 - Mooca - CEP 03103-902. Tel.
(11) 6099-9446; fax.: (11) 6692-3503.
www.imprensaoficial.com.br
imprensaoficial@imprensaoficial.com.br
SAC 0800-123401

ÍNDICE

1. Apresentação.....	7
<i>Rodrigo César Rebello Pinho</i>	
2. Introdução.....	9
<i>Ricardo Barbosa Alves</i>	
3. Participantes da obra.....	15
4. Clones, Gens e Imortalidade.....	17
(O futuro da reprodução humana assistida: aspectos jurídicos e bioéticos)	
<i>Maria Celeste Cordeiro Leite Santos</i>	
5. Questões Jurídicas da Fertilização “in vitro”	37
<i>Maria Helena Diniz</i>	
6. “Será Mesmo que Dominamos o Genoma?”.....	51
<i>Zan Mustacchi</i>	
7. Animais e Bioética: Uma Reflexão Filosófica.....	59
<i>Laerte Fernando Levai</i>	
8. Eutanásia na Holanda: um Paradigma de Desenvolvimento.....	79
(Holanda relativiza o conceito de vida: em 2002 entra em vigor a nova regulamentação)	
<i>William Terra de Oliveira</i>	
9. Aids, um Enfoque Bioético.....	93
<i>Genival Veloso de França (I)</i>	
10. Eutanásia, um Enfoque Ético-político.....	109
<i>Genival Veloso de França (II)</i>	

11. Abortamento Eugênico e Bioética: Algumas Reflexões.....	131
<i>Lauro Luiz Gomes Ribeiro</i>	
12. A Natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso.....	149
<i>Antônio Herman Benjamin</i>	
13. Norma Brasileira da Ética em Pesquisa com Seres Humanos.....	173
<i>Júlia Maria Martins de Souza Felipe e Tiyo Sakurai</i>	
A Resolução 196/96.....	177

APRESENTAÇÃO

Seguindo a mesma orientação do primeiro número – dedicado a dois temas específicos –, o Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público volta seu foco para duas disciplinas que vêm provocando a inquietação de pesquisadores dos mais variados setores do conhecimento humano: a *bioética* e o *biodireito*.

É com grande satisfação que apresentamos os trabalhos de duas das mais conceituadas estudiosas destes temas na atualidade: as professoras Maria Helena Diniz e Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Merecem igual destaque os trabalhos do professor Genival Veloso de França, dono de vasta obra doutrinária sobre esta palpitante temática. Honra-nos também receber e divulgar a produção científica dos colegas de Ministério Público Antônio Herman Benjamin, Lauro Luiz Gomes Ribeiro, Laerte Fernando Levai e William Terra de Oliveira. Finalmente, buscando um indispensável diálogo interdisciplinar, trouxemos a contribuição do geneticista Zan Mustacchi e das médicas Júlia Maria Martins de Souza Felipe e Tiyo Sakurai.

Nossa expectativa, com mais esta publicação, é contribuir para o amadurecimento de reflexões ainda embrionárias, sobretudo no que concerne à intervenção do Ministério Público nas mais diversas situações conflituosas geradas pelo impressionante avanço da ciência e da tecnologia nas últimas décadas, que exigirá muito daqueles que se propõem a zelar pela defesa da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis.

São Paulo, setembro de 2001.

Rodrigo César Rebello Pinho,
Procurador de Justiça,
Diretor do CEAF-ESMP

INTRODUÇÃO

No crepúsculo do século XIX, o físico britânico William Thomson –o lorde Kelvin– teve a ocasião de bradar aos quatro ventos uma afirmação bombástica e premonitória: a partir daquele instante, a ciência –particularmente a física– não teria mais nada a descobrir. A confirmar-se o vaticínio de Kelvin, a missão do cientista do século XX seria apenas ratificar e desenvolver os princípios que a física dos séculos precedentes havia desvendado.

É compreensível, até certo ponto, o rompante triunfalista do genial criador da teoria dos circuitos oscilantes. Afinal de contas, desfilaram pelo século de Nietzsche e Schopenhauer alguns dos cérebros mais privilegiados de todas as épocas. Charles Darwin, dando feição naturalista às milenares observações de Anaximandro e Empédocles, nocauteou a velha concepção fixista, trazendo ao mundo o célebre *The Origin of Species*; o paradigma evolucionista abalou as estruturas do pensamento cristão, que se demorava na idéia de que os seres vivos são imutáveis –única concepção tida por compatível com a versão bíblica da criação. Michael Faraday descobriu a indução eletromagnética, ensejando a invenção do dínamo, do transformador e do motor elétrico. Louis Pasteur penetrou o imo do mundo microscópico, derrubando a tese da geração espontânea e decifrando o enigma de enfermidades que dizimavam coletividades inteiras. Jean-Martin Charcot incentivou os progressos da neurologia, abrindo espaço para que seu assistente, ninguém menos que Sigmund Freud, mergulhasse a sonda investigativa nos meandros desconhecidos da psique humana.

No entanto, esta enxurrada de descobertas verdadeiramente prodigiosas jamais poderia converter-se num passaporte para que os profetas de plantão pegassem carona na ilusória sensação de que a ciência, naquele momento histórico, já equacionara todos os problemas do Universo. Talvez a maior e mais nociva das puerilidades humanas seja a pretensão de enxergar em cada período da História, em cada ideologia, em cada descoberta científica, a cristalização de alguma coisa definitiva, realizada, completa, sem lacunas. Os açodados videntes do século XIX pareciam desconhecer a exclamação de espanto de Heráclito de Éfeso, que assistia, pleno de estupefação, à gloriosa ascensão da cultura helenística: *Panta rei!* Tudo passa. Tudo flui, nada persiste, nem permanece o mesmo. Tudo está em constante movimento, tal qual proclamou a

teoria atômica de Leucipo, propalada por seu discípulo, Demócrito, há quase 2.500 anos. Esse fabuloso dinamismo universal será a descoberta mais fascinante da física do século XX, a física da relatividade einsteiniana, a física quântica, nascida do trabalho exaustivo e genial de Max Planck, Niels Bohr, Erwin Schrodinger, Wolfgang Pauli, Werner Heisenberg e Paul Dirac. No apagar das luzes do século XIX, ninguém poderia, em sã consciência, supor que pouco mais de vinte anos seriam suficientes para que as concepções clássicas do mecanicismo newtoniano, com seus objetos sólidos, partículas impenetráveis e leis rigorosamente determinísticas, ruíssem fragorosamente diante das incertezas que assinalam o mundo subatômico, o universo da dualidade onda-partícula.

Fracassaram as previsões daqueles que apostaram numa ciência dotada da função mesquinha de sacramentar as deduções dos grandes gênios da geração do século retrasado. Ao contrário do que eles supunham, não faltaram descobertas verdadeiramente extraordinárias no século XX, especialmente nas áreas relacionadas à saúde. As vacinações em massa erradicaram doenças que dizimavam coletividades inteiras. Christian Barnard realizou o primeiro transplante cardíaco. Os antibióticos reduziram sensivelmente as mortes por doenças infecciosas. A puericultura e a educação fizeram despencar os índices de mortalidade infantil. A expectativa de vida, que era de 29 anos para o homem de Neanderthal, e de 35 em 1750, saltou para 75 anos nos dias de hoje nos países desenvolvidos. As alianças entre a biologia molecular e a informática, que ganharam visibilidade por conta do anúncio do seqüenciamento do genoma humano, apontam para uma medicina de alta precisão num futuro próximo; a humanidade tem à disposição, enfim, uma ciência capaz de descobrir técnicas que poderão representar a cura das principais moléstias que se abatem sobre o homem. Foi tamanho o entusiasmo com o avanço tecnológico que alguém chegou a afirmar que em 50 anos o termo câncer poderá ser conhecido apenas como uma constelação. Existem até aqueles que sonham com a interferência humana no telômero –nome dado a uma certa estrutura cromossômica–, a fim de desenvolver a técnica que poderá abrir as comportas para a imortalidade do homem.

Questiona-se, entretanto, a contribuição de todo este edifício tecnológico para a felicidade humana. Parece incontroverso que o desenvolvimento da ciência não foi acompanhado de um correlato desenvolvimento de referenciais éticos. Prova disso é que bilhões e bilhões são gastos na construção de artefatos bélicos ou no desenvolvimento de projetos que assegurem a conquista do espaço, ao mesmo tempo

em que crianças subnutridas morrem de fome nos quatro cantos da Terra. Parte significativa de cientistas e engenheiros trabalha nas forças armadas, desperdiçando enorme soma de energia e talento para projetar e fabricar armamentos para destruição em massa dos semelhantes. "A mesma esquizofrênica humanidade capaz de enviar instrumentos a um planeta para estudar a composição de suas rochas assiste indiferente à morte de milhões de pessoas pela fome" –lembra o escritor José Saramago, em seu discurso de recebimento do Prêmio Nobel de Literatura, em 1998. E sentencia o emérito escritor lusitano: "Chega-se mais facilmente a Marte que ao nosso próprio semelhante".

A ciência e a tecnologia se apegam demasiadamente à busca obstinada da multiplicação dos lucros e das comodidades materiais. Como bem asseverou o dalai-lama, esses avanços extraordinários "parecem ter trazido pouca coisa além de melhorias numéricas. Em muitos casos, o progresso não significou muito mais do que um maior número de casas opulentas em mais cidades com mais carros circulando entre elas". E arremata o lídimo representante do pensamento que desce das colinas meditativas do Tibete, balizando os princípios fundamentais de uma ética para o novo milênio: "Decerto alguns tipos de sofrimento diminuíram, principalmente com relação a algumas doenças. Mas tenho a impressão de que não houve nenhuma melhora significativa geral". Vai na mesma esteira a inquietação do pensador italiano Pietro Ubaldi: "Os resultados práticos do progresso acabaram indo às mãos do homem ainda não moralmente desperto, sem preparo, insuficientemente sábio para fazer bom uso do novo poder. Foi o mesmo que pôr a faca em mão de criança".

Seguindo a mesma ordem de reflexões, Albert Einstein, em seus *Escritos da maturidade*, lamentou que as mentes de nosso tempo tenham alcançado descobertas que possibilitam cruzar os mares e os céus –poupando a humanidade de todo trabalho muscular extenuante e decretando o fim da escravidão no planeta– , e que ensejam enviar mensagens a qualquer parte do mundo através de ondas eletromagnéticas, mas sejam, a um tempo, responsáveis por uma distribuição de riquezas desorientada e pelas regulares invectivas bélicas e terroristas, no mais das vezes sem motivo razoável. Este fenômeno tem uma explicação: "A inteligência e o caráter das massas são incomparavelmente inferiores à inteligência e ao caráter dos poucos que produzem algo de valioso para a comunidade". Assim, pesquisas perspicazes e trabalhos científicos valorosos promoveram uma bifurcação inadmissível: as invenções libertaram o homem do trabalho físico e produziram maior bem-estar; por outro lado, introduziram

em sua vida vazio e inquietação, tornando-o escravo de seu ambiente tecnológico e criando meios para a sua própria destruição em massa. Resumo da ópera: o cientista tem pela proa o que Einstein chama de "trágico destino": ajudar a fabricar os mais hediondos métodos de aniquilação.

O desenvolvimento da ciência e da tecnologia, em suma, rendeu ensejo a sentimentos contraditórios: esperança e receio se entrelaçam e tiram o sono do homem do terceiro milênio. É por isso que se abrem à frente do cientista –como bem disse o físico Fritjof Capra– dois caminhos muito distintos, que podem nos conduzir *ao Buda ou à bomba*. Os cientistas juraram de pés juntos que seriam capazes de melhorar a qualidade de vida da criatura humana; pressagiaram a vitória sobre a lei da gravidade e a descoberta dos mistérios do espaço sideral; anunciaram que, por meio das descobertas da biologia molecular e da engenharia genética, debelariam as doenças com a mesma eficiência que consertam as engrenagens das máquinas forjadas no rastro da Revolução Industrial. Paradoxalmente, ao lado desse relativo progresso, o desenvolvimento desenfreado trouxe ao mundo a devastação do meio ambiente; produziu cientistas com pendores pretensamente deíficos, que se julgam capazes de alterar impunemente a ordem natural das coisas; e tornou viável a possibilidade de o líder de alguma superpotência acordar de mau humor e resolver mandar o planeta para os ares manuseando um simples botão de controle remoto.

É no epicentro deste ciclone que aparece a *bioética*, suscitando interrogações, sugerindo respostas, mediando conflitos, indignando-se com desigualdades num terreno em que o desenvolvimento da ciência pode alcançar dimensões tanto alvissareiras quanto verdadeiramente apocalípticas. É justamente na seara da biotecnologia que os dilemas éticos tendem a tangenciar a dramaticidade; é nesse campo que os avanços da técnica tornarão mais tênue a linha divisória entre a ciência e o terror. Como deverá a Humanidade lidar com a pesquisa científica com seres humanos? E a pesquisa com animais? O sofrimento dos seres não-humanos pode continuar sendo tratado como a dimensão frívola de um assunto sério? A relação médico-paciente deverá pautar-se ainda pelos tradicionais postulados hipocráticos? Ou será que os princípios estabelecidos pelo Sábio de Cós estarão sujeitos a uma nova leitura, mais atual e condizente com os avanços da ciência médica? Devem existir limites à autonomia de um paciente terminal? É válido o chamado *testamento vital*, anunciado como solução satisfatória para os problemas da fase terminal? Será que eugenia e genética estão, de fato, mais próximas hoje em dia do que no Terceiro

Reich? Como deverá ser encarada a Aids sob um enfoque bioético? A técnica de clonagem humana pode ser eticamente tolerada? Estas são apenas algumas das questões que freqüentemente vêm à superfície no campo de batalha deste novo e fascinante setor do conhecimento humano.

Mas o que é bioética? Quais são os contornos desta nova disciplina que invade os círculos acadêmicos e permeia a vida social, escancarando uma fisionomia multifacetada e interdisciplinar? Seja ela uma ciência, um movimento social ou um ramo da filosofia, a bioética repercute com grande intensidade não só nas áreas biomédicas, mas também na política, na economia, na filosofia, na antropologia, nas religiões, no direito. Felicíssimo o neologismo empregado por Van Rensselaer Potter em seu célebre "*Bioethics: Bridge to Future*", lançado em janeiro de 1971. Ao edificar uma ponte entre valores éticos e fatos biológicos, o oncologista e biólogo da Universidade de Wisconsin talvez nem imaginasse que a expressão por ele criada iria se perenizar e conquistar o mundo. Mas se a origem do termo *bioética* não é das mais controvertidas, o mesmo não se pode dizer de sua natureza, de sua extensão, de seu conteúdo, de seus paradigmas, de seu estatuto epistemológico. De consensual emerge apenas a idéia central de que a bioética abarca uma série de reflexões filosóficas e morais sobre a vida, especialmente no campo das ciências médicas. Quanto ao mais, reconhecendo embora os avanços significativos ocorridos nas últimas décadas na formulação de suas bases teóricas, não há dúvida de que a bioética será, no século XXI, campo fértil para as mais acaloradas discussões em torno de situações conflituosas que certamente levarão o homem a pensar –tal qual o naufrago de Ortega y Gasset, que se obrigou a aprender a nadar movido por irresistível estado de necessidade - e voltar o foco para seus propósitos existenciais remotos, reintroduzindo na arena dos embates filosóficos meditações que, nos últimos tempos, acabaram se perdendo no turbilhão das preocupações puramente cientificistas.

Na esteira destas reflexões, irrompe à força viva a noção de *dignidade da pessoa humana* –fundamento do Estado Democrático de Direito–, e da necessidade imperiosa de preservá-la surge o papel indispensável do *biodireito*, ferramenta da máxima importância na efetiva imposição de limites a determinados procedimentos tecnocientíficos. Ao jurista incumbirá o árduo desafio de demarcar o campo de atuação do cientista, opondo diques a toda e qualquer prática atentatória à dignidade humana; missão difícil, que pressupõe inaudita coragem para afrontar interesses de todos os matizes, sobretudo econômicos.

O Ministério Público não pode ficar alheio a toda esta efervescência cultural, filosófica e jurídica. O poder do homem sobre a vida de seus semelhantes, que agora desce do plano da mera abstração filosófica, carece de controle —e naturalmente surge a questão sobre *quem* terá o dever de exercer essa atividade controladora. Decerto a sociedade espera de nossa instituição uma atuação destacada e positiva nas questões bioéticas e biojurídicas, seja lançando mão dos instrumentos mais tradicionais de intervenção, seja buscando, através da reflexão doutrinária, fomentar a criação de mecanismos capazes de obstar as já esperadas arremetidas contra a ordem jurídica e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ricardo Barbosa Alves
Promotor de Justiça,
Assessor do CEAF/ESMP

PARTICIPANTES DA OBRA

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos é professora associada da Faculdade de Direito da USP, livre docente em Direito Penal na FDUSP, doutora em Filosofia do Direito pela PUC/SP, membro da Sociedade Internacional de Bioética, coordenadora da Comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, e autora do livro *“O Equilíbrio do Pêndulo – A Bioética e a Lei”*.

Maria Helena Diniz é titular de Direito Civil da PUC-SP e professora de Direito Civil Comparado, de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito nos Cursos de Pós-Graduação da PUC-SP.

Zan Mustacchi é médico especialista em Genética Médica – Pediatria, professor adjunto de Genética na UNIP, chefe do Departamento de Genética do Hospital Infantil Darcy Vargas (HIDV), membro do Down Syndrome Medical Interest Group (DSMIG) e diretor clínico do CEPEC-SP.

Laerte Fernando Levai é 4.º promotor de Justiça de São José dos Campos, autor do livro *“Direito dos Animais - o direito deles e o nosso Direito sobre eles”*.

William Terra de Oliveira é promotor de Justiça em São Paulo e doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, na Espanha.

Genival Veloso de França é professor visitante da Universidade Estadual de Montes Claros (MG), professor titular de Medicina Legal nos Cursos de Medicina e de Direito da Universidade Federal da Paraíba, professor de Medicina Legal da Escola Superior da Magistratura da Paraíba e autor dos livros *“Comentários ao Código de Ética Médica”* e *“Direito Médico”*.

Lauro Luiz Gomes Ribeiro é promotor de Justiça em São Paulo, designado para o Grupo de Atuação Especial de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência.

Antônio Herman Benjamin é procurador de Justiça em São Paulo, mestre em Direito pela University of Illinois College of Law, fundador do BRASILCON e do Instituto “O Direito por um Planeta Verde”. Entre outros livros publicados, coordenou *“Dano Ambiental. Prevenção, Reparação e Repressão”* e foi co-autor de *“Estudo Prévio de Impacto Ambiental”*.

Júlia Maria Martins de Souza Felipe e Tiyo Sakurai são médicas da Divisão de Biologia Médica do Instituto Adolfo Lutz - SP.

CLONES,

GENS

E

IMORTALIDADE

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos

CLONES, GENS E IMORTALIDADE

O FUTURO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ASPECTOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS

1. Breve resenha histórica

A experimentação com seres humanos, sujeitos de inovações, tem sido feita ao longo dos séculos, sem grandes cogitações ou revelações.

A necessidade de se criarem mecanismos de controle, porém, tornou-se premente após os abusos cometidos nos campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial, e resultou no *Código de Nuremberg (1947)*. O aumento do número de situações abusivas levou a *Organização Mundial de Saúde* a rever esse documento e a promulgar a nova regulamentação conhecida como a Declaração de Helsinque em 1964, seguida da II, em 1975, da III, em 1983, IV, em 1989, e da V, em 1996.

No âmbito da bioética é importante ressaltar o relatório Belmont (*The Belmont Report: ethical guidelines for the protection of human subjects, 1978*).

Desde a década de setenta, os grandes avanços científicos e tecnológicos levaram o Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas, juntamente com a Organização Mundial de Saúde, a elaborar as *Diretrizes Internacionais para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos, em 1981*. Esse documento foi traduzido e editado pelo Ministério da Saúde do Brasil, em 1985 (revisto em 1993). Em 13 de junho de 1988, o Conselho Nacional de Saúde edita a *Resolução n.º 1*, que prevê as normas para a pesquisa em Saúde. Hoje vigora no país a *Resolução 196/96*, do Conselho Nacional de

Saúde, dispendo expressamente sobre as *Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos*; cumpre as disposições da *Constituição Federal do Brasil*, de 1988, e da legislação correlata, especialmente as *Leis n.º 8.974*, de janeiro de 1995, sobre o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, e a *n.º 9.279/96*, relativa à propriedade industrial. Vigora ainda a resolução n.º 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, e tramitam no Congresso Nacional vários projetos de lei sobre a matéria, entre eles: o PL 3.638/93, do deputado Luiz Moreira, o PL 2.855/97, do deputado Confúcio Moura, e, o mais discutido, o PL 590/99, do senador Lúcio Alcântara.

Comparativamente, a *Resolução 1.358/92*, do C.F.M., não menciona a clonagem e, entre os projetos citados, apenas o de 97, do deputado Confúcio Moura a proíbe, considerando o procedimento como *crime*. Nesse sentido, também a *Lei de Biossegurança Nacional (8.974/95 e Decreto 1.752/95)* proíbe a clonagem, no art. 8.º:

“É vedado, nas atividades relacionadas à OGM: (...) II – a manipulação genética de células germinais humanas” e no art. 13 “Constituem crimes: I – a manipulação genética de células germinais humanas”.

A *Instrução Normativa CTNBio n.º 8, de 9 de julho de 1997*, em seu artigo 1.º, dispõe: “art. 1.º - Para efeito desta Instrução Normativa, define-se como:

(...) IV – *Clonagem em humanos* – processo de reprodução assexuada de um ser humano;

(...) V – *Clonagem Radical* – processo de clonagem de um ser humano a partir de uma célula, ou conjunto de células, geneticamente manipulada(s) ou não.

Art. 2.º - Ficam *vedados* nas atividades com humanos:

I – a manipulação genética de células germinais ou totipotentes;

II – experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de clonagem.

Segue-se a *Instrução Normativa CTNBio n.º 9, de 10/10/97 – Anexo – Normas sobre Intervenção Genética em Seres Humanos*, que, em seu Preâmbulo, considera:

a) todo experimento ou manipulação genética em humanos como Pesquisa em seres humanos, enquadrando-a na Resolução 196/96,

do Conselho Nacional de Saúde, e obedecendo aos princípios de autonomia, não maleficência, beneficência e justiça;

b) Somente serão consideradas propostas de intervenção ou de manipulação genética em humanos aquelas que envolvam células somáticas. É *proibida* qualquer intervenção ou manipulação em células germinativas humanas (...)

É importante ressaltarmos ainda a *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem*, do comitê Internacional de Bioética da UNESCO, de 1997, cujo art. 11, ao se referir às *Pesquisas com o Genoma Humano*, dispõe: “(...) art. 11 – não serão permitidas práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem reprodutiva em seres humanos (...)”, a *Declaração de Manzanillo*, de 1996, revista em 1988, que destaca a importância do *Convênio do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade do Ser Humano em relação às aplicações da Biologia e da Medicina*, que declara em seu considerando n.º 2 b – que o genoma humano constitui patrimônio comum da humanidade como *uma realidade* e não como uma expressão meramente simbólica.

2. Introdução

Em junho de 1982, o secretário de Estado da Saúde e Serviços Sociais da Grã-Bretanha nomeou Mary Warnock, conceituada filósofa da Universidade de Oxford, para presidir um Comitê de Inquérito sobre Fertilização Humana e Embriologia. O relatório resultante foi dividido em duas partes. A primeira parte examina os vários procedimentos possíveis para o nascimento de bebês de casais inférteis, considerando o potencial e avançado desenvolvimento da Medicina, ciência e biotecnologia. A segunda parte focaliza os benefícios obtidos pela sociedade com esses procedimentos e considera que precisam ser aplicados *procedimentos penais* para a salvaguarda de direitos e inclui considerações éticas fundadas na razão. “A ênfase da nossa argumentação será ora na primazia dos interesses da criança e valores familiares, ora nos direitos individuais de cada sociedade”, advertia Warnock (*Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embriology*, jul. 1984).

Em Moral, não existe um *simples e correto* ponto de vista. A lei, não obstante, não pode ser apenas a expressão moral. O *utilitarismo* de certos procedimentos permite-nos calcular os *custos e benefícios*.

Conjugado ao *princípio da responsabilidade*, o *princípio da precaução*, conhecido dos juristas e filósofos, aparece como o ponto de equilíbrio na autorização (ou não) de experimentações científicas como a *Clonagem Humana*.

Para Treinch, “o mundo da precaução é um mundo onde há uma interrogação, onde os acontecimentos são colocados em questão. No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo, considerado em si mesmo, e a falta de conhecimento científico sobre o perigo. A precaução visa a gerir a espera pela informação. Ela nasce da diferença de tempo entre a necessidade imediata da ação e o momento no qual nossos conhecimentos científicos vão se modificar.”

Nesse contexto, o *Relatório Warnock* dedicou o Capítulo 12 a *Recomendações sobre os possíveis e futuros desenvolvimentos em experimentação humana* (ou manipulação genética da espécie humana). Especificamente sobre a *Clonagem* – procedimento dedicado a produzir seres com um núcleo integrado por genes idênticos aos do organismo, a partir do qual a clonagem foi realizada, com o objetivo de lograr seres geneticamente idênticos. Como tal, a clonagem tem sido vedada por todas as legislações.

Para Albin Eser (*Ingeniería genética y reproducción assistida*), a divisão artificial de células é eticamente justificável somente quando os valores humanos ficam incólumes. Precisamente o contrário ocorre na produção de clones múltiplos, já que aí podemos formar um número indefinido e indivíduos com um genótipo idêntico, suprimindo assim o caráter *individual e único* de um sujeito em potencial.

A lei alemã de Proteção aos Embriões (artigo 7.º) ao reconhecer a importância fundamental da inviolabilidade genética, pune a clonagem com sanção penal (*Embryonenschutzgesetz Eschgt*). “Quem cause por meios artificiais a formação e ulterior desenvolvimento de um embrião humano, que possua a mesma informação genética que o outro embrião, feto, de pessoa viva ou morta, será punido com reclusão de até 5 anos ou multa”.

Também a *Lei Espanhola n.º 35*, de 22 de novembro de 1988, considerou, em seu artigo 20, letra h, uma infração muito grave “criar clones ou vários seres humanos idênticos”. Do mesmo modo, a *Lei 42/1988 sobre Doação e Utilização de Embriões e*

Fetos Humanos, ou de suas Células, Tecidos e Órgãos, dispõe, no artigo 22, que “serão castigados com a pena de prisão de um a cinco anos e inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão e ofício de seis a dez anos quem fecunde óvulos com qualquer fim distinto da procriação. E o artigo 22.2, especificamente, incrimina: “Com a mesma pena se castigarão a criação de seres humanos idênticos por clonagem e outros procedimentos dirigidos à seleção da raça”.

Esse instrumento jurídico internacional funda-se na necessidade de proteger a identidade do ser humano, de preservar o caráter aleatório de sua combinação genética natural e seu caráter único, assim como impedir sua instrumentalização.

Os genes, as menores unidades de transmissão dos caracteres hereditários, constituem um *patrimônio da humanidade*. Em 12 de janeiro de 1998, dezenove países europeus firmaram um protocolo na *Convenção Européia de Bioética*, para proibir a clonagem de seres humanos (art. 1.º - “toda intervenção que tenha por fim criar um ser humano idêntico a outro vivo ou morto”).

Jean Michaud comenta que após vários anos de reflexão, a França promulgou várias leis no âmbito da bioética, com vistas a prevenir os perigos para a integridade da espécie humana (Lei 94.548, de 1.º/07/94; Lei 94.653, de 29/07/94; Lei 94.654, de 29/07/94). Condena *eugenia* e proíbe a patenteabilidade do conhecimento total ou parcial do gen humano, bem como a clonagem. O direito francês, como o alemão, é uma das poucas legislações que trata especificamente da terapia gênica de célula somática, não aceitando a terapia da linha germinal.

Na Itália, o Projeto de 8 de junho de 1992 pronuncia-se a favor da tutela da vida humana desde o seu início, castigando a lesão de embriões ou fetos e a alteração da estrutura genética, bem como a produção de híbridos e a clonagem (art. 5.º). O Comitê Nacional de Bioética Italiano aprovou (1990) um documento intitulado *Terapia gênica*, no qual examina os problemas éticos e jurídicos suscitados pela possibilidade de se aplicar no indivíduo a engenharia genética com a finalidade de corrigir enfermidades hereditárias. O comitê opõe-se frontalmente à aplicação de terapia genética em células germinais.

A Convenção do Conselho da Europa, a resolução da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 8 de março de 1995 (1995/82), as resoluções da Organização Mundial de Saúde, em especial a de 14 de maio de 1997, e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e a dos Direitos do Homem, da UNESCO, de

1997, não permitem práticas contrárias à dignidade humana (...) “tais como a clonagem reprodutiva dos seres humanos. Os estados e as organizações internacionais competentes são convidados a cooperar na identificação de tais práticas e a determinar, no âmbito nacional ou internacional, as medidas apropriadas a serem tomadas para assegurar o respeito pelos princípios expostos nesta Declaração”(art. 11).

A Inglaterra, em julho de 2000, anunciou que permitirá a clonagem humana para fins de terapia.

Íntima é a correlação das disciplinas éticas e legal.

Como vimos, o Brasil, a Alemanha, a Austrália, a Dinamarca e a Espanha proíbem expressamente a clonagem humana.

Recentemente, a França anunciou, por intermédio do primeiro ministro Lionel Jospin, que está redigindo uma nova lei que permite a pesquisa no embrião humano para ajudar a corrigir defeitos genéticos de nascença e doenças. Para tanto, seria permitida a retirada de células tronco de embriões de entre 7 a 12 dias, que não forem destinados à reprodução assistida, para serem transferidas para pacientes que sofram de doenças incuráveis como diabete ou o mal de Alzheimer (*Reuters e EFE*, in: *Jornal o Estado* de 29/11/2000, pág. A14).

3. A arte do possível

O impacto da biotecnologia e, em particular, da revolução genética em nossa vida acentuou-se quando, em 1993, os professores Robert Stillmann e Jerry Hall, da Universidade George Washington, nos Estados Unidos, anunciaram a clonagem de embriões humanos (*New York Times*, 01/11/93). Segundo os cientistas apontados, chegou-se à clonagem como tentativa de ampliar as possibilidades *de fertilização in vitro*. Não pensaram em levar adiante a evolução de mais do que um embrião monozigótico, de tal modo que os clones não passaram da fase embrionária (duas a oito células de um único embrião).

O procedimento usado é conhecido como “*cellmass division*” ou “*embryo splitting*”. Foi usado o “*twin*” (gêmeo) para biópsia, evitando-se danos e procedimentos invasivos. Quantos múltiplos de uma constituição genética particular podem ser criados?

4. Indivíduos, múltiplos e variação genética

A clonagem não produz cópias idênticas do mesmo indivíduo. Ela apenas produz cópias idênticas do mesmo *genótipo*. *Gêmeos “naturais”* não são distintos dos “*artificiais*”. Há objeções quanto à clonagem pela criação de indivíduos idênticos separados pelo *tempo* (já que podem ser implantados em diferentes ciclos, talvez anos, como por exemplo, os filhos de Mr. E Mrs. Wright, cujos “twins” nasceram com um espaço de dezoito meses, graças a técnicas de procriação humana assistida, na Inglaterra. Podemos chamá-los de gêmeos?). O bebê não pode ser reduzido a seus pais, não a “*o que é*” o clone, senão a “*quem é*”? Essa visão fundamenta-se na distinção jurídica entre *coisa e pessoa* (sujeito e objeto).

Filhos da Ciência, frutos de um instante do futuro, o tempo virtual.

5. Usando embriões clonados em benefício de outros (*siblings*)

É eticamente dúbio o procedimento que sacrifica um elemento para salvar outro. É diversa a situação em que tiramos uma célula ou duas para biópsia embrionária da que tiramos a célula para criarmos um clone? Antes do estágio de 32 células, temos um número viável de embriões em potencial. Esses embriões podem ser recombinados em um outro embrião viável.

6. Substituição nuclear (transferência nuclear)

Em julho de 1996, em Roslin, na Escócia, nasce *Dolly*, uma amistosa ovelhinha da raça *Finn-Dorset*. A equipe de Ian Wilmut e Keith Campbell conseguiu uma cópia idêntica de uma ovelha mais velha, a partir de uma célula retirada de sua glândula mamária cultivada *in vitro*. Outros clones famosos de Roslin, as ovelhas *Megan* e *Morag*, nasceram um ano antes dela, em 1995.

O procedimento de transferência nuclear inclui: preparação de um ovócito enucleado (citoplasto), isolamento da célula doadora ou do núcleo doado, ativação do citoplasto, fusão celular, cultura do embrião, transferência do embrião para um útero

hospedeiro. Outros procedimentos foram usados em Honolulu, pelo grupo de Ryuzo Yanagimachi, para clonar camundongos (Wakayama et alii, 1998). Eles o clonaram a partir de células *cumulus* que circundam o óvulo no ovário (MAGIC). Através desse método produziram 22 fêmeas de camundongos saudáveis que, depois, foram cobertas e reproduziram.

As aplicações práticas desses procedimentos em animais são: a pesquisa, produzir variedades de laboratórios mais puras; a pecuária e outras áreas de criação doméstica pela replicação de animais de elite; a preservação de espécies; a multiplicação de tecidos, em vez da de indivíduos inteiros para serem utilizados na medicina humana; clínicas reprodutivas humanas etc.

7. Variação sobre o tema: a clonagem de tecidos

No final de 1998, o *Human Fertilization and Embryology Authority*, em um relatório conjunto com o *Human Genetics Advisory Commission*, autorizou a tecnologia de clonagem para cultivar tecidos humanos que fossem usados para recuperação. As células seriam usadas para criar um embrião e depois as células do jovem embrião seriam cultivadas para fornecer tecido geneticamente idêntico ao do doador. O embrião propriamente dito seria “sacrificado” (até 14 dias). Os médicos, destarte, poderiam começar a ativar e a desativar genes conforme desejassem. Ao mesmo tempo, os biólogos estão desenvolvendo maneiras de induzir células cultivadas a crescerem dentro e em torno de moldes, de modo que se formem “fac-símiles” de órgãos humanos. A Roslin – Bio – Med, a nova companhia de biotecnologia do Instituto Roslin, vem trabalhando nesse campo.

8. Clonagem com transferência genética: a produção de drogas de valor farmacêutico

“*Pharming*”, a criação extensiva de animais transgênicos, é exemplo desse caminho.

Sem dúvida, a ciência avança num ritmo estonteante e há ainda uma imensidade de coisas a serem descobertas. Quanto tempo levará para que os seres humanos completos possam ser clonados rotineiramente?

Para Ian Wilmut:

“(…) Consideramos a clonagem de ser humano como uma temível manobra diversionária: supérflua, como procedimento médico e, de maneira geral, repugnante”. (...) “A clonagem humana está agora no espectro de possibilidades futuras –e nós, mais do que quaisquer pessoas, contribuimos para que lá fosse colocada. Gostaríamos que não fosse assim, mas é e continuará sendo enquanto a civilização existir”. (*The Second Creation, 2000*).

9. Apenas mais uma tecnologia reprodutiva?

A reprodução não ocorre com facilidade entre os seres humanos. Todavia, a clonagem não é projetada para auxiliar a reprodução sexual normal. Ela é um exercício de replicação. A fertilização é substituída por outro processo: o de transferência nuclear. Crucial é o fato de que a clonagem *não produz indivíduos geneticamente singulares*. O sacrifício da singularidade nos leva a perguntar se são indivíduos clonados realmente idênticos ou apenas semelhantes?

Os genes não são tão constantes como imaginamos. Eles são sujeitos a mutações. Além disso, eles operam em constante diálogo com o *ambiente* que os circunda. Gêmeos idênticos podem dividir um mesmo útero, mas não ocupam a mesma parte do útero. Há probabilidade de as diferenças serem ligeiras, mas, a despeito disso, pode haver diferenças físicas e até funcionais.

O clone ancestral pai ou mãe e o clone criança estão em pontos diferentes de seu programa genético. Deixando de lado as diferenças de mutação e expressão, eles estão operando permutações diferentes de seus genes, retiradas de pontos diferentes, no programa. Funcionalmente, a qualquer momento dado no tempo, eles serão pessoas muito diferentes. Por outro lado, a influência dos genes é difundida. A criança clonada estaria operando no mesmo programa genético em que seu clone progenitor ainda estivesse, e poderia esperar, no mínimo, que se restabelecesse ou se recriasse a pessoa que fora seu pai ou sua mãe.

Em suma, a clonagem pode produzir um conjunto de indivíduos quase indistinguíveis. Contudo, esses podem ser visivelmente diferentes, sendo que os clones

genotípicos diferem mais do que os outros que são gêmeos idênticos convencionais.

Richard Seed, formado em física, em 1998, lançou uma campanha para clonar um ser humano. Faltavam-lhe fundos, mas, em meados de 1999, anunciou que clonará sua esposa.

Um desejo equivocado de *imortalidade* contagia muitos. Ainda assim, será que justifica a clonagem de seres humanos? A engenharia de linhagem germinativa acha que há uma grande probabilidade de acontecer no século XXI.

10. Direitos humanos, deveres humanos

Os recentes conhecimentos sobre o *genoma humano* e suas aplicações repercutiram em todos os seres, dado que o genoma é uma constante comum a todos. Em relação às intervenções genéticas humanas, abre-se uma nova perspectiva: a dos “*deveres humanos*” para com outros membros da espécie humana, derivados da solidariedade e da responsabilidade coletiva.

O controle e a prevenção de algumas ações relacionadas com o genoma humano comportam a declaração legal de sua licitude. Uma vez estabelecido este marco é preciso delimitar os bens jurídicos, valores ou interesses, que podem se ver afetados por essas intervenções.

Em qualquer caso, não se pode aspirar a soluções definitivas, primeiro porque ainda não são suficientemente conhecidos os resultados a que podem dar lugar as aplicações derivadas desse conhecimento. Em segundo lugar, porque o que na atualidade pode se mostrar como indesejável, pode não ser percebido assim no futuro.

As correntes humanistas das últimas décadas deram especial *reconhecimento à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade*, como valores individuais do ser humano. A maior parte dos bens jurídicos de titularidade individual, como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade de decisão ou autodeterminação, a intimidade, podem se ver comprometidos pela clonagem. Perfilam-se outros de caráter coletivo: a inalterabilidade e inatingibilidade do *patrimônio genético* do ser humano, para garantir a própria *integridade e diversidade* da espécie humana; a identidade e a irrepetibilidade característica do ser humano, como garantia de sua individualidade; a *dotação genética*, de linha genética masculina e feminina e a própria sobrevivência da espécie humana

como tal. Além desses, há ainda os bens jurídicos de natureza difusa (interesses difusos), que se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. O manejo ecológico das espécies tem por base a proteção da diversidade biológica.

Diversidade designa a riqueza do conjunto dos seres vivos (biocenose), localizada em determinada área (biotopos). A clonagem põe em questão o equilíbrio ecológico da espécie humana.

11. O “direito de clonar e ser clonado”

Em face dessas realidades, e pensando para além delas, não está excluído que se desenvolvam atividades mais ou menos clandestinas, é natural que se reflita sobre o enquadramento jurídico dessas novas técnicas e sobre alguns procedimentos, como a clonagem, em particular.

Sendo um problema básico de cidadania, ele requer humildade para que se faça escutar a voz de todos os cidadãos.

O artigo 226, § 7.º, da Constituição Federal Brasileira, consagra o direito fundamental de “constituir família”. Trata-se do *direito fundamental de procriar* e de ver a prole juridicamente reconhecida. A questão que nos interessa é, porém, diferente: é a de saber se há um direito à *autoprocriação* ou *replicação* própria ou de terceiros, por meio do recurso das novas técnicas biomédicas.

É fácil dizer que o preceito não foi elaborado com essa última acepção. Trata-se apenas de uma faceta de um pretense direito subjetivo ao que é possível tecnologicamente. A questão seria tida como *privada* e não serão bem aceitas mais do que os vagos limites da licitude, estabelecidos, aliás, com generosidade.

A *Família e o Estado* vivem em permanente tensão dinâmica que, segundo a matéria de que se trata, se resolva mais a favor dos critérios particulares dos indivíduos ou segundo as exigências do interesse público. Não se estranha que, nesse assunto particular, a tensão se torne aguda.

Segundo a tradição cultural, a reserva da intimidade da vida familiar não pode excluir o Estado e a lei de uma intervenção extensa, nessa matéria. Na Europa e no

nosso país, o Estado não fixou barreiras longínquas da legalidade, deixando à mera consciência dos cientistas o poder de fixar o que é lícito e bom.

O *direito à identidade pessoal* releva entender-se que conhecimento das raízes genéticas e de sua dotação é tão forte que outros interesses não justificam sua restrição.

O Direito Penal limita-se a tutelar a dignidade humana e a defender a liberdade da decisão individual.

Em outro artigo do Código Civil afirma-se que, nas ações relativas à filiação, são admitidos, como meio de prova, os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados.

Quem são os pais do ser clonado? Na inflação de pretensos direitos, não tem sentido, no caso, interpretar a expressão “direito ao filho”, contra a sociedade ou a espécie humana. Continuar a espécie –continuar-se– é a “liberdade das liberdades” e o recurso da clonagem não cabe no exercício da liberdade constitucional de procriar.

12. Artificial Life – Clones e Imortalidade

Para Christopher Langton, a vontade de “*purificação dos genes*” pertence à vontade de “*purificação do planeta*”. Fala-nos de seres artificiais “purificados” de toda doença possível, em um mundo absolutamente perfeito. Em sua utopia, a higiene aparece como fator dominante de regulação social, permitindo a recriação de Adão, no Paraíso, antes do pecado, através do artefato tecnológico. A clonagem do indivíduo perfeito aparece nessa lógica utópica da saúde perfeita ou de um “Chernobyl biológico”. Como vimos, a clonagem pode nos tornar imortais. De que forma os gens são “imortais”? Nossos gens provêm do mais antigo ancestral humanoíde e esses gens provêm da mais antiga forma de vida na Terra. Transmitem-se para as próximas gerações pelo conhecido método de reprodução. Essa é uma espécie de “imortalidade”. Sob certo aspecto é esse o sentido da palavra “reprodução”.

As partes envolvidas pela *clonagem humana* são:

- a) os indivíduos que desejam a clonagem própria ou de terceiros, outra pessoa viva ou morta, como um filho morto, por exemplo;
- b) a equipe técnico-científica, que dispõe dos meios para realizar essa vontade;

c) o ser humano que resultar clonado: o clone.

Pode suceder que as duas primeiras partes coincidam. Por outro lado, até que a clonagem se converta em uma técnica viável e efetiva para a reprodução humana, temos que incluir todas as mulheres e embriões humanos que sofreram experimentação.

a) O ponto de vista do clonador ou a extensão do direito à reprodução - O ponto de partida da clonagem com fins reprodutivos é a vontade de alguém que quer clonar outro. Existe um “direito da pessoa à *auto-reprodução*”, ou à “*reprodução alheia*”, pela técnica de clonagem, ou existe, ao contrário, o direito de ser concebido sob determinadas condições?

Poderia o Direito criar a situação de “*órfãos biológicos*”? Não pode haver paternidade nem maternidade sem reprodução sexual. A clonagem, como mecanismo de reprodução assexual, *faz desaparecer ambas as figuras (pai, mãe)*.

A falta de pais biológicos não é a única conseqüência desse processo. A pessoa clonada está geneticamente predeterminada pela vontade do clonador. Suas características genéticas não serão aleatórias, mas conseqüência de uma eleição julgada útil para o clonador. O criar clones para a utilidade do clonador, ou da sociedade, é uma instrumentalização humana intolerável, que abre as portas ao “*Admirável Mundo Novo*”, de Huxley.

O ser humano tem o direito a que seu patrimônio genético seja *único, irrepetível e não predeterminado* por alguém. Isso não mostra que seja justificada a intervenção genética na linha germinal, com finalidade estritamente terapêutica. O problema delicado consiste em determinar quais são as patologias que justificariam esse tipo de intervenção.

Na atualidade, o *Convênio dos Direitos Humanos e a Biomedicina* proíbem qualquer modificação do genoma humano que afete a descendência.

b) O ponto de vista do agente da clonagem. Os limites à liberdade de investigação - A segunda parte envolvida na clonagem é a equipe científica capaz de levá-la a termo. Aqui, o conflito se daria entre a liberdade de investigação e a proteção da dignidade humana. Assegura-se que as tecnologias –sendo a clonagem mais uma – são em si mesmas neutras e que sua valoração depende dos objetivos perseguidos.

Todavia, a experimentação nesse campo exige o sacrifício de muitos embriões humanos e a utilização de várias mulheres (instrumentalização e desproteção do embrião).

Em todo o caso, o resultado que oferece a técnica em si é a de um ser geneticamente idêntico a outro, desprovido de pais biológicos. Não parece que tal resultado seja neutro, porque afeta um terceiro: o novo ser humano. Por isso, quando orientada a reprodução humana para a *clonagem*, *não se exerce aí um direito, mas uma atividade ilícita*.

Como a dignidade humana aparece configurada como um direito universal, não se pode esgrimi-la como limite à liberdade científica. A garantia institucional de um núcleo inviolável constitui limite à liberdade científica e tecnológica (*minimum invulnerável*), que todo estatuto jurídico deve assegurar.

c) O ponto de vista do ser humano clonado: o direito a uma determinada forma de concepção - O dilema que se propõe é: será irrelevante para um ser humano ser geneticamente idêntico a outro, por decisão de um terceiro, e não possuir pais biológicos? Ou, em outros termos, a unicidade da dotação genética, mais a paternidade e a maternidade biológicas são essenciais ao ser humano? Devem ser tutelados juridicamente?

Desde logo, se a resposta é afirmativa, a tutela deve-se centrar precisamente no momento da concepção.

O filho a ser concebido tem direito a ser fruto de uma reprodução sexual, que é a única que outorga uma filiação biológica e não atenta contra o *princípio da igualdade na concepção*. O novo ser humano não pode ser “fabricado” com um propósito ou fim. O modelo clonado resulta de um processo de reprodução, uma propriedade, em que um fornece matéria e o outro elabora. Ele nada mais é que um programa preconfigurado pelas expectativas daqueles que elegeram sua dotação genética. As vítimas dessa situação sofrem um autêntico “aprisionamento genético”, que é uma das formas mais invasivas de atentar contra a liberdade. A liberdade é irredutível a qualquer manipulação.

Não pretendemos justificar uma sanção irreversível dos tratamentos terapêuticos na linha germinal, assunto a que já nos referimos. Uma coisa é realizar uma terapia gênica para evitar o desenvolvimento posterior de uma enfermidade, e

outra é *projetar e criar um ser humano*, com um determinado código genético. Supostamente, quando falamos de terapia gênica não incluímos a eliminação de embriões pré-implantatários. Isso não é terapia, porque não cura, mas é sim acabarmos com uma vida humana incipiente.

A reprodução sexuada produz indivíduos geneticamente diferentes. A clonagem, em consequência, constitui um procedimento dirigido a produzir seres com um núcleo integrado por genes idênticos aos do organismo a partir do qual a clonagem foi realizada. Tem como objetivo lograr seres geneticamente idênticos.

A clonagem humana, como método de auto-reprodução ou de reprodução de terceiros (um filho morto), é contrária à natureza da pessoa humana, sendo vedada pela maioria das legislações vigentes.

A Convenção de Oviedo (12/01/98), celebrada em Paris, elaborou um “*Protocolo de Clonagem*”. Esse protocolo foi firmado por dezenove Estados. Um dos pontos a ressaltar é que:

(...) “Proíbe-se qualquer intervenção que tenha por objetivo criar um ser humano geneticamente idêntico a outro, seja vivo ou morto”.

“Para os efeitos deste artigo, a expressão ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano significa compartilhar com o outro a mesma carga nuclear genética”.

Conclusões

Contra a clonagem humana não se pronunciaram apenas autoridades religiosas, teólogos, políticos e filósofos da categoria de Hans Jonas, mas também relevantes homens da Ciência. Para citar um só exemplo: o legendário James Watson, que, em 1953, junto com Francis Crick, descobriu a dupla hélice do DNA, e é um dos responsáveis pelo Projeto Genoma Humano, nunca olhou com bons olhos esse assunto. Já em 1971, escreveu um artigo: “*Moving towards the clonal man: is this what we want?*”, advertindo sobre a possibilidade de que, em um prazo de 20 ou 50 anos, fosse viável a reprodução clônica da espécie humana.

A Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida, de 1988, da Espanha, tem relação com o caso concreto que estamos examinando, no artigo 20.B.2, letras “K” e “L”:

(...) “criar seres humanos idênticos, por clonagem e outros procedimentos dirigidos à seleção da raça; e a criação de seres humanos por clonagem ou qualquer das variantes, ou qualquer procedimento capaz de originar vários seres humanos idênticos constituem delitos.”

Também o Código Penal Espanhol, de 1995, no seu artigo 162:2, prevê:

“Com a mesma pena se castigarão a criação de seres humanos idênticos por clonagem e outros procedimentos dirigidos à seleção de raça”.

a) O bem jurídico protegido é de carácter coletivo: a *identidade e a irrepitibilidade do ser humano e a intangibilidade do património genético*. Não devemos esquecer a importância da *diversidade biológica*, com garante, a longo prazo, à sobrevivência das espécies, no caso, a humana.

b) Há também uma projeção individual, enquanto tal lesão comporta, ao mesmo tempo, um atentado à *dignidade* das pessoas afetadas. No caso em que cheguem a nascer.

O primeiro tipo não compreende as práticas de clonagem em si mesmas, que se realizem sobre um óvulo mediante sua enucleação e a introdução de um novo núcleo de uma célula somática, o que poderia dar lugar ao tipo de *manipulação genética*.

Clones: filhos sem pais, nem humanos, nem animais, nem sequer divinos!

À vista do exposto, podemos concluir que o direito dos pais a se reproduzirem tem um conteúdo de *direito-dever*. Direito que consiste em ninguém poder impedir ou obrigar um casal a procriar, mas que não exclui satisfazer a ânsia de reprodução a qualquer preço. Tem também uma dimensão de *dever*, que inclui, em primeiro lugar, o *princípio da filiação*, que assegura a existência de um pai e uma mãe biológicos e de um código genético original.

A liberdade de investigação tem como limite o respeito aos direitos, o que veda a clonagem humana.

Além disso, não se sabe a idade da pessoa clonada (se a cronológica ou a da pessoa da qual se extraiu a informação genética), nem a evolução vital dessas pessoas, se serão estéreis (ou não). A possibilidade da eugenia, a redução da diversidade genética humana, o desequilíbrio ecológico das espécies, a criação de bancos de órgãos de seres humanos clonados são fatores que não podem ser descartados.

Por outro lado, Higuera Guimera atenta para casos difíceis de serem avaliados, nos quais a clonagem não só seria legítima, mas também lícita, na Espanha. Concretamente, trata-se do recurso à técnica de divisão gemelar para garantir o êxito da fecundação *in vitro*, quando a mulher tem problemas de ovulação, e para praticar sem riscos o diagnóstico pré-implantatório do embrião.

Finalmente, a clonagem não é uma intervenção curativa, sequer alternativa. Cria uma situação assimétrica entre o homem e a mulher. A mulher pode se “auto-reproduzir”, o que será impossível para o homem, podendo mesmo se chegar à extinção total da figura masculina. A clonagem produz alterações, ou até mesmo cancela, as relações parentais e familiares conhecidas.

A consciência de ser a cópia genética de outro indivíduo humano poderá sufocar a autenticidade, a peculiaridade do próprio ser. A clonagem humana deve ser posta, por tais motivos, em um plano qualitativamente diverso do da clonagem animal.

**Maria Celeste Cordeiro Leite Santos,
Professora da Faculdade de Direito da USP,
Livre Docente em Direito Penal FDUSP**

BIBLIOGRAFIA

WAKAYAMA Teru, Perry AC, et alli – Full – Term development of mice from enucleated oocytes injected with cumulus cell nuclei, in: *Nature*, 394:369-374, 1998.

WILMUT, Ian et CAMPBELL, Keit. *The Second Creation*. Trad. Ana Deiró, Rio de Janeiro, Objetiva, 2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Imaculada Concepção. Nascendo “in vitro” e morrendo “in machina”*. Aspectos históricos e bioética da procriação humana assistida no Direito Penal Comparado. São Paulo, Ed. Acadêmica, 1993.

_____. *O Equilíbrio do Pêndulo. A Bioética e a Lei. Implicações Médico Legais*. São Paulo, Ícone Editora, 1998.

MINTIER, Brigitte Feuillet – *L’Embryon Humain Approche Multidisciplinaire*. Paris, Economica, 1996.

HEYMANN – DOAT – *Genétique & Droits de L’Homme*. Paris, Univ. Paris Sud, 1998.

QUESTÕES

JURÍDICAS

DA FERTILIZAÇÃO

"IN VITRO"

Maria Helena Diniz

Maria Helena Diniz

QUESTÕES JURÍDICAS DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

A ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), que consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmem na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião. Com a ectogênese surgem certas *situações inusitadas* como, por exemplo:

a) fecundação de um óvulo da esposa com espermatozoides do marido, transferindo-se o embrião para o útero de outra mulher;

b) fertilização *in vitro* com sêmen e óvulo de estranhos, por encomenda de um casal estéril, implantando-se o embrião no útero da mulher ou no de outra;

c) fecundação, com sêmen do marido, de um óvulo não pertencente à mulher, mas implantado no seu útero;

d) fertilização, com espermatozoides de terceiro, de um óvulo não pertencente à esposa, com imissão do embrião no útero dela;

e) fecundação na proveta de óvulo da esposa com material fertilizante do marido, colocando-se o embrião no útero da própria esposa;

f) fertilização, com espermatozoides de terceiro, de óvulo da esposa, implantado em útero de outra mulher;

g) fecundação *in vitro* de óvulo da esposa com sêmen do marido, congelando-se o embrião, para que, depois do falecimento daquela, seja inserido no útero de outra, ou para que, após a morte do marido, seja implantado no útero da mulher ou no de outra.

Essa nova técnica para criação de ser humano em laboratório, mediante a manipulação dos componentes genéticos da fecundação, com o escopo de satisfazer o desejo de procriar de determinados casais estéreis e a vontade de fazer nascer homens no momento em que se quiser e com os caracteres que se pretender, entusiasmou a Embriologia e a Engenharia Genética, constituindo um grande desafio para o Direito e para a Ciência Jurídica pelos graves problemas jurídicos que gera; sendo imprescindível não só impor limitações legais às clínicas médicas que se ocupam da reprodução humana assistida, mas também estabelecer normas sobre a responsabilidade civil por dano moral e patrimonial que venha a causar.

Necessário será refletir sobre essa técnica conceptiva, apontando as conseqüências jurídicas que aquelas situações poderão criar, sem contudo, olvidar os remédios para sua possível solução, apresentando algumas sugestões *de lege ferenda* para minimizar, em pequena escala, seus efeitos tão negativos. Isto é assim porque, com a fertilização assistida, no porvir, poder-se-á ter uma legião de seres humanos feridos na sua constituição psíquica e orgânica, e além disso, o anonimato do doador do material fertilizante traz em seu bojo a possibilidade de incesto e de degeneração da espécie humana. Essa conquista científica não poderá ficar sem limites jurídicos, que dependerão das convicções do legislador, de sua consciência e de seu sentimento sobre o que é justo. Urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-a na medida do possível. O ideal seria que se evitasse rebaixar o mistério da concepção, divorciando-o de um ato de amor, convertendo-o em um experimento de laboratório, o que pode trazer graves conseqüências para o casal, e para o filho, futuramente, com traumas, incestos etc... Dever-se-á, no nosso entender, coibir a inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de ordem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade. É preciso que o filho seja transcendência genética de seus pais, permitindo-se, somente, a inseminação artificial homóloga *inter vivos*, em mulher casada ou em união estável, com autorização do marido ou do companheiro, desde que não haja risco à incolumidade da gestante e do nascituro e seja absolutamente necessária por motivos terapêuticos.

Apesar de sermos contrários a essas novas técnicas de reprodução humana assistida, temos consciência de que o jurista não poderá quedar-se inerte ante essa realidade, ficando silente diante de tão intrincada questão, nem o legislador deverá se omitir, devendo, por isso, regulá-la, rigorosamente, se impossível vedá-la. Por isso,

apresentamos, nessas páginas, algumas de nossas reflexões sobre a técnica ZIFT, por causar maior número de problemas ético-jurídicos do que o método GIFT.

Realmente, a técnica FIVET (fecundação *in vitro* com transferência de embrião) acarreta seríssimas questões ético-jurídicas, tais como:

1) desequilíbrio da estrutura básica do casamento, visto que a procriação deixa de ser obra pessoal e indelegável dos esposos, não mais tendo função biológica e institucional, porque a reprodução humana assistida fará com que o fundamento genético não coincida com o institucional;

2) ausência de consentimento do marido que poderá ser motivo justificador da separação judicial, configurando-se a injúria grave, uma vez que a paternidade forçada atinge a integridade moral e a honra do consorte, fazendo-o assumir um dever indesejado. Por tal razão, seria imprescindível a exigência de anuência escrita, com impressões digitais ou firma reconhecida, da mulher e do marido, devidamente esclarecidos do processo a que se submeterão;

3) possibilidade de uma criança nascer de genitor morto, por ter sido utilizado esperma congelado de pessoa já falecida, ainda que seja o marido de sua mãe, ou por ter havido fecundação *in vitro* de óvulo de mulher morta, ou por ter ocorrido o óbito de mãe genética antes que o embrião congelado seja colocado no útero de mãe biológica. É preciso evitar tais práticas, pois a criança, embora possa ser filha genética, por exemplo, do marido de sua mãe, será, juridicamente, extramatrimonial, pois não terá pai, nem poderá ser registrada como filha matrimonial em nome do doador, já que nasceu depois de 300 dias da cessação do vínculo conjugal em razão de morte de um dos consortes. E, além disso, o morto não mais exerce direitos, nem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o matrimônio se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por técnica conceptiva *post mortem*, pois não estava gerado por ocasião do óbito de seu pai genético. Conseqüentemente, de *lege lata*, será filho extramatrimonial. Por isso, necessário será que se proíba legalmente a reprodução humana assistida *post mortem*, e se, porventura, houver permissão legal, dever-se-á prescrever quais serão os direitos do filho, inclusive sucessórios;

4) modo de obtenção do sêmen, sendo de boa política legislativa a estipulação das formas de coleta do líquido seminal, vedando, por exemplo, que seja obtido durante relação sexual do marido com outra mulher;

5) uso de violência contra a mulher, induzindo-a à prática da fertilização assistida por dolo do marido ou por erro médico, fazendo-a crer que se trata de sêmen de seu cônjuge, quando, na verdade, é de terceiro. Denunciado o engano, ter-se-á injúria grave e poderá mulher alegar estupro científico para pleitear o aborto legal;

6) arrependimento do casal, do marido ou da mulher após a realização da fertilização *in vitro*, sugerindo o aborto; ou depois do nascimento da criança, gerando infanticídio, abandono, maus tratos e rejeição. Com isso, a fecundação assistida transformar-se-á num agente de destruição familiar, podendo trazer, ainda, a possibilidade de se mover ação negatória de paternidade ou maternidade, alegando, por exemplo, que houve dolo ou coação. Daí se exigir consenso irretratável dos esposos que se submeterem a essa técnica conceptiva, tendo-se em vista que a vontade procriacional é deles e não do doador do material fertilizante. Deveras, o doador dos gametas os cede sem pensar no filho, tendo um fim impessoal, como quem doa sangue ao banco de um hospital. É preciso que a lei requeira aquele consentimento irretratável para impedir o desconhecimento da filiação voluntariamente assumida ao anuir a fertilização assistida. Há quem entenda, como Holleaux, que tal anuência somente poderá ser revogável até o momento da fecundação; feita esta não mais será possível negar a filiação da criança; logo, a posterior pretensão impugnatória seria uma conduta desleal e contraditória, ante a deliberação comum dos consortes, decidindo que aquele filho deveria nascer. Daí propomos ao legislador que adote a *doutrina dos atos próprios* de Díez-Picazo, que se baseia no princípio geral de direito fundado na boa-fé e na lealdade de comportamento, dando-se prevalência ao elemento constitucional e não ao genético, evitando-se que haja uma filiação incerta, talvez impossível de se estabelecer, devido ao segredo profissional médico;

7) falsa inscrição no Registro Civil, ante a presunção legal de que é filho do marido o concebido durante o casamento;

8) condições físicas do doador, impondo rigoroso exame médico e controle periódico do material fertilizante, para que não haja transmissão de doença ou de psicoses hereditárias;

9) eventualidade do doador do sêmen, da doadora do óvulo ou da que cedeu o ventre, saindo do anonimato, pretender como seu o filho, reclamando-o judicialmente. Como solucionar tal pretensão? Deveria o doador do material fertilizante ou do útero

assumir ato próprio, não podendo reconhecer como seu filho advindo de técnica conceptiva, pois quem faz tal doação deverá aceitar que a criança não é sua institucionalmente. Com isso o concebido, por exemplo, com óvulo doado ou gerado em ventre cedido não seria filho institucional da doadora do óvulo, nem da receptora do embrião alheio, mas da que idealizou a fertilização *in vitro*. Parece-nos que se deveria vedar qualquer reclamação judicial da paternidade ou da maternidade de filho concebido com seu material fertilizante ou gestado em seu útero, pois ao doá-lo renunciou a qualquer direito sobre a criança;

10) conflito de maternidade e de paternidade, uma vez que na fecundação na proveta a criança poderá ter: duas mães, uma institucional e outra genética; dois pais, o institucional, que será o marido de sua mãe, que anui na fertilização *in vitro cum semine alieno*, e o genético, ou seja, o doador do elemento viril fertilizante, que não terá responsabilidade jurídica pelo ser que gerou; três pais e três mães, ou melhor, pai e mãe genéticos (os doadores do óvulo e do sêmen), mãe e pai biológicos (a que gestou em seu ventre e seu marido) e mãe e pai institucionais (os que a encomendaram à clínica), sendo os responsáveis legalmente por ela, por terem feito o projeto de seu nascimento. Dever-se-ia, então, elaborar um novo conceito de maternidade ou de paternidade? Diante do problema da determinação da maternidade na fertilização *in vitro*, se, por exemplo, o óvulo não for o da esposa, mas de uma doadora, quem será a mãe, a doadora ou a esposa em cujo útero foi implantado o óvulo de outra, fecundado pelo esperma do marido? Dever-se-á presumir que *partus sequitur ventrem*? E se outra mulher vier a suportar a gestação, mediante doação temporária de útero, de quem será o filho? Da mulher que cedeu o óvulo ou da mulher que o gestou ao emprestar seu ventre, por ter suportado o parto? A quem o Judiciário deverá entregar a criança? Se o óvulo da esposa for fecundado na proveta por esperma de terceiro, quem será o pai? O marido ou o que concedeu seu sêmen? Poderia o doador ser tido como pai, se deixou seu material fertilizante num banco de esperma, para que este o usasse como bem entendesse, fecundando qualquer mulher? Por isso, julgamos que deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher. O filho deverá ser, portanto, daqueles que decidiram e quiseram o seu nascimento por ser deles a vontade procriacional;

11) anonimato do doador e do receptor do material genético e da que cedeu o ventre, sob pena de responsabilidade civil e criminal, embora isso traga graves problemas como o da violação do direito de identidade da criança e o da possibilidade de incesto e conseqüente degeneração da espécie humana. Ora, *anonimato* não quer dizer que se deva *esconder tudo*, logo, nada obsta que se revele ao filho que adveio de reprodução humana assistida, os antecedentes genéticos do doador, sem contudo revelar a sua identidade ante a exigência do sigilo profissional. Bastante conveniente seria que houvesse estipulação legal do direito do filho obter informações sobre o doador, mas não de sua identidade, até atingir a idade nupcial. Há países, como Inglaterra e Espanha, que admitem ao filho o direito de saber sua origem ao completar a idade de 18 anos. Nos países nórdicos e na Alemanha, ante o princípio geral do direito à própria identidade e da ascendência genética, todas as pessoas têm o direito de saber quem são seus ancestrais, para verificar se há alguma tara que possa ser transmitida a seus descendentes;

12) possibilidade de chantagem por parte de técnicos e funcionários do serviço de fertilização humana assistida, que só poderá ser evitada numa clínica idônea e controlada pelo Conselho Federal de Medicina;

13) determinação do começo da vida e da personalidade jurídica. A personalidade jurídica inicia-se com o nascimento com vida, mas a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção; logo, o fator determinante do momento da existência do ser humano será a concepção, ou seja, a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. O embrião humano é um ser com individualidade genética, dotado de alma intelectual e de instintos. É um ser humano *in fieri*, merecendo proteção jurídica, mesmo quando ainda não implantado no útero ou crioconservado. Por isso, deverá haver tutela jurídica desde a fecundação do óvulo em todas as suas fases (zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto);

14) possibilidade do uso de técnicas para obtenção de embrião geneticamente superior ou com caracteres genéticos já predeterminados, como, por exemplo, seleção de sexo, aperfeiçoamento de determinada raça. É possível, cientificamente, mediante diagnóstico genético pré-implantatório, detectar defeitos genéticos em embriões, selecionando-se os melhores, surgindo uma perigosa espécie de eugenia, que poderá levar, como diz Testart, a um *liberalismo biológico*, fazendo com que as pessoas economicamente privilegiadas possam ter prole melhor, pois os bons embriões serão preservados e reimplantados e os ruins eliminados, surgindo, então, uma *competição*

entre seres humanos desde a fecundação, vencendo o *melhor*. Mas qual seria o *melhor*? Ninguém, entendemos, poderá prever quais os caracteres mais úteis para a humanidade, porque o homem vale pelo que é e não pelo seu aspecto físico. Com isso, não mais se cogitará em *ter* um filho, mas sim em *dar-se* um filho sem defeitos genéticos ou com tais caracteres, colocando-se uma etiqueta no bebê antes mesmo de seu nascimento, como se fosse uma mercadoria. É preciso, portanto, que haja lei proibindo: a) alterações nos caracteres genéticos do embrião, mediante intervenção no seu *genoma*; b) destruição de embrião humano rejeitado por quem o encomendou por apresentar algum defeito; c) experiências eugenésicas para a criação de uma super raça, tendo em vista seus caracteres biológicos;

15) experimentações com embriões humanos para a consecução de fins alheios à procriação. Se o embrião é um ser humano potencial, tendo todos os seus caracteres somáticos e psíquicos, não poderá ficar à mercê da vontade de cientistas, que terão o poder de decidir sobre sua vida ou morte, ou seja, se viverá, se será destruído, ou se será utilizado em audaciosas experiências. Por tal razão, urge que se regulamente a manipulação de embrião humano fora do útero, proibindo e punindo: a) criação de seres híbridos; b) transplante de embrião humano para útero de outra espécie animal e vice-versa; c) experimentações com embrião humano para atender a finalidades cosmetológicas ou para fabricação de armas biológicas de extermínio; d) clonagem, isto é, a formação de embriões idênticos mediante a subdivisão de um embrião humano primitivo, por meio de processos químicos e físicos; e) criação de embriões com esperma de diferentes homens para sua transferência ao útero de uma só mulher; f) implantação uterina, ao mesmo tempo, de embriões oriundos de óvulos de mulheres diferentes; g) uso de material genético de cada doador para mais de uma fertilização; h) manutenção de embrião em proveta, além de quatorze dias;

16) destinação dos embriões excedentes, pois antes da fecundação *in vitro*, a mulher é submetida a um tratamento hormonal para ter uma super ovulação, para que vários óvulos sejam fertilizados na proveta, implantando-se, porém, apenas alguns deles no útero. Como ficaria, então, a proteção jurídica dos demais? Deveriam ser utilizados em outra gestação? Seriam doados a outro casal? Possível seria sua crioconservação? Poderiam ser exterminados? Tratar-se-iam de vidas humanas sacrificadas em holocausto ao progresso científico e à criação de seres humanos em laboratório? Há juristas que admitem a sua destruição, porque enquanto não forem implantados no útero, não há viabilidade, logo não se poderia falar em aborto. Outros,

como nós, não aceitam isso por consistir em extermínio de vidas humanas, pois cada embrião já é síntese incipiente da individualidade genética de um ser humano, sua destruição seria um aborto eugenésico, uma vez que a lei resguarda os direitos desde a concepção. Surgem as questões: quem tem legitimidade para decidir sobre a vida e a morte desses seres? O direito de decidir caberá aos genitores institucionais, ao doador do material genético, ao médico, à clínica ou ao Estado? Quais os limites para a livre manipulação laboratorial, destruição ou modificação do embrião *in vitro*? Como encarar a destruição do embrião excedente? Como um aborto? Parece-nos que, se biologicamente, com a fecundação se tem um novo ser, a proteção jurídica deve alcançar o embrião, mesmo fora do útero. Se o Direito defende a vida, propugnando seu respeito, deverá protegê-la no momento em que surgir. Deveriam, então, ser preservados sob congelamento, aguardando a vez de serem usados se os primeiros não se desenvolverem ou doados a outro casal estéril? Como se pode vislumbrar, necessário será a determinação de um Estatuto Jurídico do Embrião;

17) permissão jurídica para congelamento, pois se com o embrião já se tem vida humana, diante de seu valor absoluto, como congelá-lo? Como gerar a vida e congelá-la? Quais conseqüências físicas e psíquicas adviriam desse congelamento? A quem caberia a custódia dos embriões congelados? Os pais institucionais teriam sua guarda, ficando a clínica com o seu controle? Como e quando utilizar o embrião congelado? Poderia alguém ser forçado pela lei a ser mãe ou pai, se, por exemplo, um divorciado pretender utilizar o embrião congelado, fertilizado em proveta durante a vigência do casamento, sem a anuência do ex-cônjuge? Em razão desses problemas será preciso que haja: a) reconhecimento de direitos aos embriões congelados, como o de sua custódia pelos pais, o de sua sucessão; o de seu uso racional; b) proibição de conservação de embriões, a longo prazo, em hibernação; c) vedação de banco de embriões congelados, evitando, assim, sua crioconservação com fins mercantis ou experimentais, e, se impossível for tal proibição, evitar que seu armazenamento não passe de dez anos e, em caso de morte de um dos cônjuges, o sobrevivente deverá decidir sobre o seu destino, desde que não o destrua ou comercialize;

18) da locação de útero, pois há mulheres dispostas a receber embrião alheio, mediante pagamento de altas somas, entregando o bebê àqueles que concederam o óvulo e o sêmen ou aos que efetivaram o contrato locatício. Isso não implicaria um pacto imoral, contrário aos bons costumes, que deveria ser proibido pela legislação? Lícito seria transformá-lo numa prestação de serviço da gestação, onde a gestante,

por meio de escritura pública, garantirá o direito de filiação ao casal contratante? É preciso não olvidar que, mesmo havendo proibição legal da locação de útero, sempre haverá possibilidade de que a mãe substituta venha a receber pagamento camuflado, na forma de régios presentes. Seria, então, válido o contrato gratuito de gestação, como empréstimo ou doação temporária de útero, ante a ausência de norma que o preveja, uma vez que está proibida a locação de partes de corpo humano pelo art. 199, § 4.º da Constituição Federal de 1988, por serem incomercializáveis? Injustificável será, portanto, qualquer contrato oneroso de gestação, em que o casal venha a alugar ventre ou a comprar prestação de serviço de gestação. É preciso proibir: recrutamento de mulheres para fins de locação de útero; anúncios de oferta de prestação de serviço de serviços de mãe de aluguel, sob pena de prisão e multa; locação de útero, sob pena de prisão e multa; implantação de embrião humano em mulher que não seja a fornecedora do óvulo, porque sempre haverá a dúvida sobre se justo seria entregar a criança àquela que suportou a gestação ou àquela que esgotou todos os recursos para ter um filho seu. A Resolução do Parlamento Europeu, de 16/03/89, n.º 11, pune e rejeita qualquer forma de maternidade de substituição, pela qual outra mulher *carrega* a gravidez, ou seja, de mediação comercial com mãe hospedeira, proibindo, inclusive, empresas que exerçam tal atividade. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução n.º 1.358/92, aceita o empréstimo ou doação temporária de útero apenas no âmbito familiar, num parentesco até colateral de segundo grau, vedando, portanto, qualquer tipo de pagamento. Todavia, mesmo no contrato gratuito de gestação sempre haverá a possibilidade da mãe biológica ou hospedeira arrepender-se, tentando o aborto, ou recusar-se a entregar a criança à mãe genética ou à institucional. Imprescindível será vedar ou, então, limitar, rigorosamente, a técnica *surrogate gestational mother*, ou seja, a prática do uso de mãe substitutiva;

19) consideração da prestação de serviços médicos como obrigação de meio, impondo-se: a responsabilidade civil médica contratual e subjetiva por dano patrimonial e moral na fertilização humana assistida, por exemplo, por inabilitação por transmissão de doença congênita, por uso indevido de material genético, por troca de material fertilizante do marido pelo de outra pessoa etc.; a regulamentação dos centros médicos especializados em reprodução humana; a criação de um Código de Ética Médica para controlar o emprego de técnica conceptivas, na coleta do material genético e na manipulação do embrião; a fiscalização do Ministério da Saúde; o emprego de técnicas de fertilização humana assistida que não causem dano à mulher e à criança e que

tenham probabilidade de êxito de até pelo menos 30%, como quer o Conselho Federal de Medicina do Brasil; a obrigatoriedade de registro do nome das partes, dos códigos correspondentes ao nome do doador e das fichas com todos seus elementos; a exigência de sigilo profissional; a proibição de espermateca e de banco de óvulos;

20) controle estatal da fertilização humana assistida por meio do Judiciário, exigindo-se, por meio de lei, que haja: homologação judicial do requerimento do casal pleiteando a técnica conceptiva; apresentação ao juiz de certidão de nascimento da criança fecundada artificialmente *in vitro* ou *in vivo*; incineração dos autos, cuja cópia deverá ser vedada, após o transcurso do prazo legal para ajuizar a negatória, quando admissível; segredo de justiça.

Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução humana assistida, prevaleceria, segundo alguns autores, o princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia genética. Entretanto, entendemos que, ante a ausência daquela norma, dever-se-á aplicar o art. 4.º da lei de Introdução ao Código Civil, freando-se assim, a atividade jurisdicional, que, então, só poderá utilizar-se dos princípios gerais de direito comparado ante a complexidade dessa temática.

A ciência é poderosa auxiliar para que a vida humana seja cada vez mais digna de ser vivida. Deveras, não se pode negar a ciência, que, com base em dados naturais, melhora a vida do homem na descoberta de remédios, nos transplantes de órgãos, na extirpação de tumores, nas cirurgias cardiovasculares etc., mas, quanto à *criação de vida humana em laboratório*, é preciso muita cautela, por estar em jogo a dignidade do homem; por haver coisificação do ser humano; por atingir o embrião psicologicamente, trazendo traumas, reações de ordem psíquica e por possibilitar a degeneração da espécie humana, até a possibilidade, no futuro, de relações incestuosas com o doador do material genético ou com sua prole etc... Logo, nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível. Por isso, será preciso que o Poder Legislativo aja com prudência objetiva, ponderação e bom senso, editando normas regulamentadoras das técnicas conceptivas, rejeitando tudo que for contrário à natureza das coisas e dos homens, aos valores sociais e aos da personalidade.

É mister que se tome consciência de que aqueles processos de fertilização humana assistida não trazem em si remédio algum à esterilidade, pois quem é estéril continuará a sê-lo, uma vez que, na verdade, o partícipe da *criação* é o doador, um

estranho ao casal, que tão somente coloca à disposição seu material fecundante. Como se vê, a *solução* da esterilidade residirá apenas na fecundação do consorte, mediante o uso de esperma ou de óvulo de uma pessoa que ficará incógnita.

Maria Helena Diniz
Professora de Direito Civil, Direito Civil Comparado,
Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na PUC-SP

SERÁ

MESMO QUE

DOMINAMOS

O GENOMA?

Zan Mustacchi

Zan Mustacchi

‘SERÁ MESMO QUE DOMINAMOS O GENOMA?’

Com grande impacto, surpresos, ansiosos e, de certa forma, eufóricos recebemos recentemente a seguinte informação: *O genoma humano está desvendado!!!...*

O quê? Como é? E agora? Será que dominamos realmente o segredo da vida?

Em um infeliz discurso, o ex-presidente norte-americano citou entre linhas “...dominamos o segredo de Deus!!!...” Mal sabe ele (comedor de hambúrguer, batata-frita e Coca-Cola) que estamos muito longe da sua insaciável onipotência e intransigência. Ele parece que quer ser o ‘dono do mundo’.

A verdade, ainda, ninguém domina. E se eventualmente somos ingênuos a ponto de acreditarmos que um dia dominaremos, eu lamento dizer-lhes que nem seus tataranetos viverão este dia! Mesmo considerando o avançar de exponencial progressivo do conhecimento e “domínio” da genética, que muitos afirmam: “Um ano de pesquisas, atualmente, gera informações que ultrapassam a vinte anos anteriores”.

Genoma é a coleção de genes com as instruções para produzir um ser humano. Células são estruturas que contêm, em seu núcleo, 46 cromossomos que armazenam as informações que instruem o funcionamento do organismo; cromossomos são elementos contidos neste núcleo e responsabilizam-se pelo pool de DNA com informações gênicas que são cerca de 100 mil genes, os quais se combinam para formar as características individuais e compõem o genoma humano; o DNA é a matéria-prima dos cromossomos, composta por sequências de 4 substâncias químicas, definidas como bases nitrogenadas A,T,C e G. Quando ocorre uma alteração da sequência lógica destas bases define-se um erro genético, chamado de mutação, e a consequência desta pode resultar numa doença genética.

Estima-se que existam de 3 mil a 4 mil doenças hereditárias. A doença genética ocorre a partir de uma mutação (erro), que pode ser transmitida com a reprodução do gene defeituoso dos pais para os filhos.

Já em meados do século XVII Francis Bacon pensava na ciência como um instrumento por excelência necessário para melhorar a vida da humanidade, garantindo o bem-estar dos indivíduos. Busca-se aí um elo entre o tradicional e o moderno, estando em jogo a ilusão de que a ciência é o remédio para a cura de todos os males que afligem as populações mundiais. É anunciada a possibilidade do fim da miséria humana.

Talvez seja uma mera coincidência, mas “promessas de esperança” em torno do Projeto Genoma Humano previram um futuro harmonioso e sadio para todo o planeta. Esse futuro (presente) talvez tenha começado a ser delineado já no século XVI até parte do XVIII com as freqüentes experimentações públicas, nas quais os cientistas produziram uma verdadeira espetacularização da pesquisa em andamento, muitas ocorriam em praças públicas e terminavam por reforçar e legitimar a imagem do “homem de ciência”.

Considerado o verdadeiro iniciador da ciência moderna, Bacon preocupava-se em compreender as causas dos fenômenos naturais. A partir da verificação e da observação, o cientista era visto como capaz de desvendar os mistérios da natureza e da origem do homem que viessem a proporcionar o aprimoramento da espécie humana. Essa busca pela perfeição, não podemos deixar de ressaltar, nos remete à filosofia grega.

No diálogo entre Sócrates e Diotima, descrito por Platão no *Banquete*, a busca pela perfeição e pelo belo coloca o homem na perspectiva de alcançar o status de semideus. Platão é determinista ao colocar o nascimento como o divisor de águas entre a imortalidade, própria dos deuses, e a mortalidade.

A imortalidade e a juventude têm sido ansiosamente desejadas, desconsiderando-se todo e qualquer modelo divino que, da forma mais perfeita com a maior das incógnitas, gerou o milagre da vida. Acreditem, somos realmente imortais, pois o ‘egoísmo’ do DNA que nos foi transferido e que transferiremos para as próximas gerações é, na sua grande maioria, imutável e, portanto, uma parte de nós sempre persistirá, enfatizando a nossa imortalidade delegada pela suposta ‘força divina’.

Considerado como uma das maiores realizações da ciência em todos os tempos, o **Projeto Genoma Humano** está próximo de identificar todas as informações genéticas contidas nos cromossomos humanos. Essas informações, chamadas genes, determinam nossa vida desde a concepção. Governam o desenvolvimento do embrião e do feto, as diversas fases de crescimento e maturação de nosso corpo

e, finalmente, seu envelhecimento.

O que conseguimos com a decodificação no Projeto Genoma Humano foi conhecer a ampla variedade dos métodos que representam a posição dos genes em cada cromossomo, expresso em pares de bases com genes colocados em uma ordem atualmente bem conhecida; determinando o domínio da seqüência linear de nucleotídeos para cada um dos cromossomos humanos. Conseguimos desenvolver métodos de clivagem clínica, de replicação enzimática e de interrupção controlada por uma seqüência de DNA. A quebra ou fragmentação do DNA realizado por uma enzima, definida como DNA-polimerase, favoreceu o domínio do enigma da seqüência das quatro bases, denominadas de nucleotídeos. Estes nucleotídeos, que constituem o DNA e o RNA, são bases nitrogenadas conhecidas pelas iniciais A.G.C.T.U. (**A**denina – **G**uanina – **C**itosina – **T**imina – **U**racila, esta última sendo exclusiva do RNA). Atualmente com o advento de seqüenciamento automático e informatizado, usando marcadores específicos de bases nitrogenadas, conseguimos traduzir a inscrição das informações contidas nas moléculas de DNA. Portanto podemos “ler” com facilidade a informação contida nos genes, por meio de uma tecnologia conhecida como seqüenciamento de DNA. A seqüência de “letras” varia de gene para gene. As diferentes seqüências (com centenas ou milhares de nucleotídeos) são as “palavras” da informação genética, contidas nos genes. Os genes estão abrigados em nossos cromossomos, que seriam os “livros” dessa biblioteca da vida, existente em cada uma de nossas células, que compõem o genoma de cada cromossomo, conforme parte do modelo, onde determinou-se uma seqüência de 108.970 letras ou bases nitrogenadas, que compõem o genoma do cromossomo 21 (ver quadro à página 56).

O Genoma é o conjunto dessas informações, incluindo uma grande quantidade de DNA que não forma “palavras”: cerca de 3,5 bilhões de nucleotídeos e um total de genes funcionais estimados entre 80 a 150 mil. O conhecimento do genoma humano, que implica decifrar não só a seqüência dos genes como o controle de sua expressão (como e onde devem funcionar no organismo), está revolucionando a pesquisa científica, principalmente na prática médica.

As diferenças entre os indivíduos são, em larga medida, determinadas por pequenas variações nos genes. Algumas delas são óbvias como a cor da pele e do cabelo. Mas diferenças genéticas também influenciam, por exemplo, nossa susceptibilidade ou resistência a determinadas doenças. A informação contida nos genes pode sofrer alterações, espontaneamente ou através de agentes como as

CROMOSSOMO 21:

gatcaaagcagccacttttgccgaaggggtgcatcattcagacaaggctcatgctccaga
gagatctgttatattacactgtggattgtcaaacctgcagatctaactctctgtacctg
tgcagctaagtcagtgtatctcaaaggcatcaattaaatatttttagggttactgtgaga
taagatttaatacagattaatctaaacaagctgtcaaccagcagataacaggacctga
agacttatgacacagagaagcaattaatatggaggctcaggaataggagaaggaagtatct
gtgtgcctggagccagaagtagggatggacgcgttaaaataaattacagtaacctcccca
ttgtttgttggttaaacacttcaggcaatggttctgcatgggtatgattacagcatttt
cctcaattcataattttattctgaagcttggaaattcttctctggagtccgtccatat
cttgaagctgaaattggaaattctaactgcatctgagcaaagtccacagctgatttg
ccttttttttctgaagcaaagtcagttgagaaatccacactgcaaacctgtct
tttctcagtgattattggctattttgattccatctgcaatggtttgctccgtggtttgt
gccaacattttaaatgcttaagagtcaatcaaacgctatcttctcaaggaaaagtca
agtcaccaatctggaacattttatatttcggttgaaatgaagccttaattctgactgt
agactggctctcactcagggatgcaaacacgaatgatctttctgtatctcaaggac
cacatgccactgtgtccgcttcaacatgtgtaagaattctgctgtttgtcaaaatgc
taacaggaatgacaccaggaatatcctatagtagcttaattttaccacataaaaaac
atctcattttatgctcactggttttcatacatgcctattatgtttctttttgtccaa
actgattatcagtgttgactgtaaggtaaataaaataaccattaattagggaaaggacta
attggtccaatttgagaaatgctgataatcaaattggtgtaccttctgtattacaagt
gacattttgtaacagtttccaggttttaattatgatgagcttgacatttcaaagaactaat
taaggtttctattgtttctttgtagccaaacattttacccaaggctaccaaggaaga
aaagacaaaggcagacatctgcaattttaaagcagcttcttattcctcgctcttctct
atftactaaaaagaatatgtgttagagtggagaggggcatggtgggggaagggtgggga
agtaagggatggggagagaggaggggtgggaggaaaaacaagaccactcacttctggggt
cttggcactccaagaatgatttggtgatagtttgatgagtcatagaaaattttctggta
gatgaacaataaaaatgaatatttattcattaccatttaagaaatgtttgatgcctag
cagaagctaaggcagtggttaggtactaggacagtagtaataaatgaatagctttact
cccagagacctgcaaaatagtgaggagacaggaatatagagtaggtaagatgacacga
agaaaatacacaggtagataaacatgtagagaaaataacttatcttttatttcaagattt
caaaattatgaagtaaaagtaatttgactgtgttgagatttatgccctctattagac
gaagcctgaaatacgaagagaaatctagatcagctactgtacaataaaaataggatgga

radiações, os poluentes, produtos químicos, drogas e etc. Essas alterações – chamadas mutações – podem causar doenças genéticas e, conforme o caso, serem transmitidas através das gerações. Assim, conhecer nossos genes, saber o que cada um deles controla no organismo, entender como eles funcionam, ou silenciam, nas diversas fases de nossa vida, são informações fundamentais para o progresso da medicina.

O emprego do conhecimento sobre seqüências gênicas, aliado às tecnologias de seqüenciamento automatizado de DNA (derivados do Projeto Genoma Humano) constitui um pacote científico e tecnológico conhecido como genética genômica.

As aplicações da genética genômica já são visíveis em diversas especialidades médicas, como na oncologia. O estudo da genética do câncer progride rapidamente, com duas frentes principais: a descoberta de genes que atuam no processo de origem do tumor e das metástases e a identificação de genes que nos tornam susceptíveis ao câncer, por exemplo, o gene BCL6 e o gene BRCA2 controladores de leucemia e câncer de mama, respectivamente.

O próximo desenvolvimento na área da genética genômica é o estudo da expressão gênica diferencial, isto é: como os genes são “ligados” ou “desligados” num determinado tecido, ou na formação de um órgão, podendo-se correlacionar que o ciclo de vida e a morte celular programada (apoptose) são elementos controlados por genes, que, quando comprometidos por alguma mutação, acarretam a interferência no modelo da expressão esperada do ‘ligar’ ou ‘desligar’ o desenvolvimento de um tecido.

No futuro, a terapia será ajustada ao perfil genético do paciente, caso a caso, o que, sem dúvida, mudará as perspectivas da medicina, já na primeira década do século XXI.

A meta final deste sequenciamento molecular, definido como o paradigma do genoma humano, é criar um mapa físico que determine um conhecimento através da representação da posição dos genes em cada cromossomo. Reconhecendo-se, então, uma ordem da colocação destes, poderemos determinar padrões de normalidade e desvio dessa e, até o momento, entendo que este delineamento oferece-nos múltiplas perspectivas próximo-futuras vinculadas primariamente com o que sempre enfatizei: O mais importante é termos possibilidade de diagnósticos prematuros para que possamos elaborar modelos preventivos e oxalá um dia propor uma verdadeira

terapêutica de cura.

Zan Mustacchi,
Professor Adjunto Genética UNIP
Chefe do Departamento de Genética do Hospital Infantil Darcy Vargas,
Diretor Clínico do CEPEC-SP

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Benedito Mauro Rossi e Mauro Pinho. Livro: *Genética e Biologia Molecular para o Cirurgião*. Editora Lemar, 1999;
- Genoma, Espaço da Saúde, Fascículo de Divulgação da Enfermagem do Hospital Israelita Albert Einstein;
- Guga Dorea e Rosemary Segurado. Título: *Proposta de artigo para São Paulo em Perspectiva*. Agosto, 2000;
- Zan Mustacchi e Sergio Peres. Livro: *Genética Baseada em Evidências – Síndromes e Heranças*. CID Editora, 2000.

ANIMAIS E

BIOÉTICA:

UMA REFLEXÃO

FILOSÓFICA

Laerte Fernando Levai

Laerte Fernando Levai

ANIMAIS E BIOÉTICA: UMA REFLEXÃO FILOSÓFICA

I) Introdução

As recentes descobertas científicas na área da engenharia genética têm despertado polêmicas em todo o mundo, face às implicações éticas relacionadas com a voluntária manipulação humana sobre o natural mecanismo da vida. Interferindo na estrutura do DNA, mediante a cópia de suas moléculas, o homem já conseguiu fazer clones de animais, seres transgênicos e também híbridos. Antes de chegar a *Dolly* – a primeira ovelha clonada– os pesquisadores haviam produzido vários monstros genéticos. A literatura médica vem registrando, aliás, casos típicos de aberrações científicas, como um carneiro com cabeça de bode, um rato com orelha humana implantada no dorso, uma mini vaca capaz de fornecer quatro litros de leite por dia, ratazanas com genes de ovelha, leitões em cujos embriões se injetou hemoglobina humana e um coelho fosforescente, com genes de água-viva, para uso em performances artísticas, isso para falar apenas das experiências noticiadas pela imprensa. Na esteira do sucesso de *Dolly*, criada a partir de uma célula mamária, veio *Polly*, clone que possui DNA humano e, em seguida, o bezerro *Gene*, obtido a partir de um feto. Experimentos desse tipo desenvolveram-se em países como Estados Unidos, Inglaterra, Escócia, Alemanha e Japão, com reflexos também no Brasil, onde a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) já conseguiu clonar uma bezerra (*Vitória*) e, agora, pretende criar sua primeira vaca transgênica.

Também cachorros e gatos domésticos vêm sendo submetidos, há muito tempo, a um processo seletivo de manipulação de seus caracteres básicos, de acordo com os interesses dos criadores e as regras impostas por um mercado que, longe de demonstrar preocupação no tocante ao bem-estar do animal, busca aprimorar aquilo

que se convencionou chamar *pedigree*. Intercedendo, a seu bel-prazer, na sistemática de reprodução desses bichos, o homem passou a produzir espécies sob encomenda, aumentando o risco das anomalias genéticas. Pior a sorte dos animais destinados ao consumo humano, onde, apenas no Brasil, o mercado de carne triplicou nos últimos cinqüenta anos. O sistema de criação intensiva de bois, vacas, porcos e galinhas submetidos a prolongado confinamento e a maciças doses de hormônio, por exemplo, é algo cruel. A produção industrial de alimentos, aliás, reduziu muito o tempo de vida dessas pacatas criaturas: os bovinos, que há duas décadas eram criados soltos no pasto, hoje são abatidos com menos de dois anos; os frangos, que antes ciscavam no terreiro, passam 24 horas sob luz intermitente até que, atingido o peso de 2,4 quilos, sofrem degola com quarenta dias de vida; já os porcos, que também viviam soltos chafurdando a terra, permanecem o tempo todo em cubículos insalubres, à mercê do estresse e da osteoporose, até que lhes sobrevenha a morte aos cinco meses de idade. Mais triste é a sina dos bezerros destinados à fabricação da sofisticada carne de vitelo, abatidos sem nunca ter dado um passo e sem sequer ter visto a luz do sol. Tudo isso para que alguns cultores da gastronomia criminosa —os mesmos que se deliciam com lagostas cozinhadas vivas ou com o requintado *paté de foie gras*— possam sentir a maciez de uma carne branca sem gordura, evocando em sua defesa o clássico provérbio da insensibilidade: “o que os olhos não vêem o coração não sente”.

Foi esse perverso sistema de criação intensiva de animais, aliás, que levou o governo de Hong Kong a dizimar, em 1998, um milhão de aves alimentadas com antibióticos supostamente causadores da “gripe do frango”. Na época, a Europa já enfrentava o mal da “vaca louca”, doença advinda da ração carnívora ministrada a animais herbívoros. Somente na Inglaterra, em razão disso, mais de duzentos mil bois e vacas já foram sumariamente exterminados, sendo seus corpos queimados em grandes fogueiras medievais. Esse ritual macabro —não muito diferente no que ocorre, diuturnamente, nos matadouros oficiais ou clandestinos— demonstra que a mesma ciência capaz de alterar geneticamente organismos vivos em pretensão benefício da humanidade, pode produzir, em contrapartida, desastres ambientais e genocídios de incalculáveis proporções. Enquanto o homem não assumir uma mudança de atitude, de hábitos e de comportamento em relação aos animais, esse quadro permanecerá inalterado. Palavras e expressões como “reses”, “cabeças”, “carcaças”, “matrizes”, “peças”, dentre outras expressões de caráter econômico, demonstram que os animais perdem sua condição de seres sensíveis para se transformar em meros objetos

descartáveis, em um mundo onde a natureza acaba deixando de ser organismo vivo para se tornar um mero conjunto de recursos. Onde a deusa-ciência, pelas mãos dos cientistas e pesquisadores, parece encontrar justificativa para todo tipo de crueldade e aberração a que são submetidos os animais.

Há que se indagar, portanto, os aspectos éticos dessas experiências e sua efetiva validade para o ideal de um mundo melhor. Afinal, sem desconsiderar a principal questão envolvida nesse assunto —a crueldade cometida contra criaturas inocentes que servem de cobaias em laboratório— quem garante que um organismo geneticamente modificado não possa, voluntariamente ou não, ser inserido em determinado *habitat* ou, até mesmo, integrar uma cadeia alimentar, a ponto de produzir danos irreversíveis aos ciclos biológicos? Como saber se a pretensa imunidade a doenças, pelos animais transgênicos ou clonados, resistiria a um vírus mutante surgido em seu próprio organismo? Quais os limites éticos da experimentação animal, se as portas dos biotérios e dos centros de pesquisa científica permanecem sempre fechadas à lei? Quem pode assegurar que o código genético contido em uma célula não será afetado pela aleatória combinação de genes? Até onde pode ir a ciência? Quem garante o futuro?

Questionamentos dessa natureza, certamente, levaram o legislador constituinte a tratar do assunto no artigo 225 § 1º, II, da CF de 1988:

“Incumbe ao Poder Público preservar a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

Algum tempo depois, ainda sob a influência da Convenção Sobre a Biodiversidade (Rio de Janeiro, 1992), foi promulgada a Lei 9.974/95, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, considerando crime manipulação de células germinais humanas e a intervenção em material genético humano (art. 13), além de prever como hipótese típica procedimentos realizados em animais:

“A intervenção *in vivo* em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituem em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança” (art.13, IV).

Verifica-se, pela leitura desse artigo, que a Lei 9.974/95 deferiu ao cientista a possibilidade do experimento genético, desde que efetuado com responsabilidade e prudência, observadas suas implicações éticas. Considerando os aspectos subjetivos de uma avaliação técnica experimental, importante que a atuação da CTNBio seja suficientemente imparcial para não transformar uma lei proibitiva em lei permissiva. O problema maior, entretanto, relaciona-se à ética, definida como a “ciência da moral”. De fato, não se pode negar a existência de uma íntima correlação entre Ética e Direito, sobretudo no campo ambiental. Enquanto aquela é uma atividade de reflexão relacionada a determinados valores e princípios morais, a ciência jurídica estabelece normas e regras capazes de regular a vida em sociedade. Em meio a esses conceitos emerge, cristalino, o chamado Direito Natural, que se fundamenta na própria natureza das coisas, mesmo porque nenhuma lei escrita pode interferir na sábia dinâmica que rege a vida. Qualquer interferência externa nessa ordem natural, como é a manipulação genética de animais (capaz de gerar criaturas transgênicas, híbridas ou clonadas), atenta não apenas contra a harmonia dos ecossistemas, mas ao direito que os animais têm de viver, crescer e reproduzir-se de acordo com as características peculiares de sua espécie.

O desenvolvimento da biotecnologia, paralelamente aos progressos da engenharia genética, aponta para a exploração futura de uma gama de microorganismos, plantas e animais, tanto na indústria, na agricultura, como na pesquisa científica. Difícil desvincular essa atividade investigativa, porém, dos interesses econômicos subjacentes, que, à luz de um insensível sistema capitalista de viver, de cunho antropocêntrico, criam falsos valores e necessidades artificiais ao homem. Enquanto o consumo de carne continuar sendo prioridade alimentar, o surgimento de animais transgênicos inevitavelmente acontecerá. Enquanto a sociedade estiver se rendendo à medicina industrial ou à ditadura da vaidade, sem qualquer questionamento, cada vez mais universidades e laboratórios de pesquisa continuarão torturando cobaias em laboratórios. Enquanto as pessoas não se conscientizarem de que os animais também merecem ser incluídos na esfera de nossas preocupações morais, a humanidade jamais alcançará sua plenitude.

Inegável que a ciência caminha muito mais veloz do que a reflexão ética por parte da sociedade, o que não deixa de ser preocupante. Cabe à bioética, portanto, a relevante tarefa de examinar a validade da conduta humana no campo das

pesquisas biológicas, sopesando –na balança da consciência– os dilemas morais e éticos relacionados à pesquisa científica. Essa preocupação em questionar os aspectos intrínsecos dos estudos biológicos e seu emprego na medicina não se restringe à motivação ecológica relacionada ao bem-estar do homem, da flora e da fauna, mas também –e principalmente– a de impedir a submissão de animais a sofrimentos inúteis.

2. Breve retrospectiva da crueldade

Pode-se dizer que a história dos animais, em território brasileiro, possui um marco divisório: o ano de 1500. Isso porque, a partir da colonização portuguesa e das investidas bandeirantes sertão adentro, cada vez mais foi sendo reduzido o espaço natural até então pertencente aos bichos. Em menos de quinhentos anos, segundo as estatísticas oficiais, cerca de 92% da Mata Atlântica restou dizimada, assim como as florestas naturais do interior do País e significativa parte da Amazônia, inclusive. Isso contribuiu, é claro, para a destruição dos *habitats* e de inúmeros ecossistemas sequer conhecidos pelo homem, de modo a submeter algumas dezenas de espécies animais ao drama da extinção. A respeito desse assunto escreveu Renato Guimarães Júnior¹, com peculiar brilhantismo, que a retrospectiva do Direito Ecológico, no Brasil, revela uma “impiedosa tragédia jurídico-legislativa do Homem contra a Natureza”. Tanto que, mesmo após a Independência, os diplomas legais do Império não tinham qualquer preocupação em zelar pelas aves, peixes e árvores, ainda abundantes no território nacional. As espécies animais, segundo terminologia inserida nas Ordenações do Reino, foram reduzidas a uma única expressão: “*semoventes de qualquer valor*”. Essa concepção essencialmente privatista, que desprezava as características biológicas dos seres vivos e negava-lhes qualquer tipo de compaixão, parece ter se incorporado à mente do legislador pátrio.

Evidente que, nesse contexto histórico, os animais brasileiros passaram a despertar interesses econômicos múltiplos, como se pode constatar pela própria

¹ GUIMARÃES JÚNIOR, Renato. Artigo “O futuro do Ministério Público como guardião do meio ambiente e a história do direito ecológico”, *Revista Justitia*, 143-150, S. Paulo, abr./jun. 1981.

certidão de nascimento do Brasil, a célebre Carta de Caminha, autêntica crônica da morte anunciada: *“Esta terra, Senhor, me parece tamanha, toda cheia de grandes arvoredos. Nela até agora não pudemos saber que haja ouro, nem prata, nem nenhuma cousa de metal, nem de ferro; nem lho vimos. A terra, porém, é de muito bons ares. Águas são muitas, infindas. Mas o melhor fruto que nele se pode fazer me parece que será salvar esta gente”*. Na época colonial, aliás, era comum a captura de aves e macacos para “exportação”, assim como a caça de onça, cuja pele despertava cobiça no mercado europeu. As entradas e bandeiras, que permitiram o surgimento dos nossos primeiros povoados e vilas, ocasionaram, em contrapartida, o êxodo dos animais silvestres diante do expansionismo urbano ou, então, um maior contingente de animais domesticados. Curioso que o homem, quando não afugentava ou matava os bichos, decidia mantê-los sob seu jugo, ora para obter proveito próprio (animais domésticos destinados à alimentação ou ao trabalho), ora para se comprazer, consciente ou inconscientemente, diante do sofrimento alheio (pássaros nativos presos em gaiolas, briga de galos, farra do boi, caça esportiva etc.). Em suma, uma triste realidade que pode ser sintetizada em apenas duas palavras: servidão e crueldade.

Daí porque se conclui que no Brasil ou no mundo, a postura ética dos homens em relação aos animais –ao longo dos séculos– tem sido inexistente ou, quando muito, precária. Permito-me, para tanto, invocar aqui o valioso estudo de Keith Thomas², professor de história na Universidade de Oxford, ao observar que o principal propósito dos pensadores do início do período moderno, ao estabelecer uma sólida linha divisória entre o homem e os animais, era o de justificar a caça, a domesticação, o hábito de comer carne, a vivissecção (que se tornara prática científica corrente, em fins do século XVII) e o extermínio sistemático de animais tidos como nocivos ou predadores. O homem, que já foi descrito como *animal político* (Aristóteles), *animal que ri* (Thomas Willis), *animal que fabrica seus utensílios* (Benjamin Franklin) e *animal religioso* (Edmundo Burke) é também, provavelmente, um dos poucos animais que traz em si uma natural propensão ao sadismo. Em nome desse sentimento desvirtuado vem exercendo ele, nos quatro cantos do mundo, condutas altamente reprováveis do ponto de vista moral. Não apenas nos tempos atuais, mas em todas as épocas a crueldade contra animais sempre se fez presente no espírito humano.

² THOMAS, Keith. *“O homem e o mundo natural”*, Companhia das Letras, SP, 1998.

A tourada espanhola, por exemplo, legitimou a barbárie com base em argumento sociológico relacionado à tradição e aos costumes do povo ibérico. Também a caça, outrora muito apreciada pela nobreza –a título de entretenimento ou esporte– aliou diversão à crueldade, eis que exercida em flagrante desigualdade de forças e, muitas vezes, com métodos repugnantes. Igualmente abjeto o açulamento público de ursos, que, presos a uma corrente, eram atacados e dilacerados por cães ferozes. Na Inglaterra vitoriana promovia-se, anualmente, corrida de touros onde o animal, com as orelhas cortadas, a cauda reduzida a um coto, o corpo lambuzado de sabão e o focinho inchado de tanta pimenta, era solto para se ver quem conseguia agarrá-lo, num vale-tudo generalizado. Texugos, macacos, mulas e mesmo cavalos também podiam ser açulados. Havia até mesmo cartilhas de crueldade, como a *Gentlemen's Recreation* (Recreação do Fidalgo, 1674), sugerindo atrocidades como a captura de um cervo que, depois de ter cortada uma de suas patas, era solto para ser perseguido e devorado, ainda vivo, por pequenos sabujos. A pesca, por sua vez, envolvia o emprego de iscas vivas, não apenas peixes pequenos como também rãs. Experimento comum entre os meninos ingleses no século XVII –segundo o relato de historiadores– era atravessar uma agulha na cabeça da galinha para verificar quanto tempo a ave sobreviveria à experiência... Práticas essas que, conforme anotou aquele ilustre professor de Oxford, eram ensinadas ou mesmo realizadas na própria escola, como o ritual público do apedrejamento de galos. E que refletiam os modelos do mundo adulto. Na rua, da mesma forma, muitas crianças se divertiam caçando esquilos, capturando passarinhos para arrancar-lhes os olhos, amarrando garrafas ou latas às caudas dos cães, derrubando gatos de grande altura para ver se aterrizavam em pé, cortando rabos de porcos como troféus e inflamando corpos de rãs vivas assoprando nelas com canudos de palha.

Ninguém melhor do que a ambientalista Edna Cardozo Dias ³ para mostrar a verdadeira dimensão dos tormentos infligidos, no Brasil e no mundo, aos animais. Segundo ela bem definiu, o homem –apesar de toda sua demagogia– é o mais selvagem e perigoso habitante do planeta. O homem que massacrou no Ártico milhares de bebês-focas a pauladas, sob as vistas das mães desesperadas. Que prendeu animais selvagens em armadilhas com o indecente propósito de arrancar suas peles e usá-las como casacos. Que implementou a criação intensiva de bois, porcos e

³ DIAS, Edna Cardozo. "A tutela jurídica dos animais", Ed. Mandamentos, BH, 2000.

galinhas, submetendo-os a uma vida miserável para, depois do cruel abate, consumir-lhes a carne. Que elegeu como esporte e diversão pública eventos eticamente censuráveis como o tiro ao pombo, a briga de galos, as competições de pesca e caça amadoristas, os rodeios e as vaquejadas. O homem que submete cavalos e jumentos a trabalhos forçados, chicoteando-os sem piedade para que eles movam pesadas carroças. Que aprisiona animais silvestres em zoológicos, autênticas vitrines vivas. Que subverte a natureza dos animais utilizados em circos, adestrando-lhes com métodos rigorosos para que realizem um espetáculo deprimente. O homem que, tido como a mais inteligente das criaturas, é capaz de cometer inimagináveis atrocidades em detrimento da natureza e de seus próprios semelhantes.

3. O dilema da experimentação

A ética da dominação humana, ao longo dos séculos, afetou sobremaneira os animais, incidindo sobre espécies silvestres, domésticas, domesticadas, exóticas ou migratórias, do meio terrestre, aéreo ou aquático. Desde que os preceitos bíblicos definiram o homem como criatura moldada à imagem e semelhança de Deus (*Gênesis*, I, 27), os animais, tidos como seres inferiores porque desprovidos de intelecto e livre arbítrio, têm sofrido, em larga escala, o estigma da servidão. No século XVII, o filósofo René Descartes defendia a teoria do *animal machine*, sugerindo que os bichos eram meros autômatos incapazes de raciocinar ou de sentir dor, como se suas reações fossem apenas reflexos a estímulos externos. Inspirado nesse princípio, o fisiologista francês Claude Bernard escreveu, em 1865 “*L’Introduction à l’étude de la médecine expérimentale*” (“Introdução ao Estudo da Medicina Veterinária”), livro que difundiu a idéia da vivisseccção –dissecação de animais vivos, anestesiados ou não, para estudos fisiológicos– como única forma confiável de se fazer ciência. Com suas experiências cruentas e seus atrozes aparelhos de contenção, Bernard submeteu centenas de animais a procedimentos macabros, sob a justificativa de simplesmente estudá-los. Dentre seus seguidores podemos relacionar o russo Ivan Pavlov, cujo clássico experimento consistia em seccionar o pescoço de um cachorro para que o alimento ingerido pelo animal não chegasse ao estômago, concluindo assim que a salivação, por si só, provocava a secreção de sucos gástricos. Outro vivissector, Ziegler, imobilizava macacos para dissecá-los vivos, observando-lhes as funções cerebrais.

Alfred Blalock, por sua vez, usava uma prensa para arrebentar os músculos dos cães sem o risco, contudo, de quebrar-lhes os ossos. Já Collison implantava canudos no crânio escalpelado de gatos ou macacos, com eletrodos ligados ao cérebro, visando a realização de experiências neurológicas. O *Test Draize*, também macabro, utiliza coelhos para verificação do grau de lacrimejamento quando ministrados *shampoos* ou produtos de limpeza em seus olhos. Iguamente cruéis são os testes toxicológicos e psicológicos onde os animais são submetidos a situações adversas e de intenso estresse para que se lhes avalie as reações. E o histórico da experimentação não se limita a essas hipóteses específicas, pelo contrário, desenvolve-se em progressão geométrica pelo mundo, provocando anualmente a morte de milhões de animais que, em nome da ciência, são submetidos a um autêntico ritual de tortura.

Quando se propõe o fim da experimentação animal surge, como principal obstáculo, o surrado argumento vivisseccionista no sentido de que “se não usarmos os animais nos laboratórios, como poderemos acabar com as doenças que assolam a humanidade?”. Essa justificativa, capaz de sensibilizar a maioria das pessoas, tem como fundamento o medo da doença e da morte. Mas omite dizer que, em regra, os experimentos com animais são abusivos, inócuos, cruentos, repetitivos e, na maioria das vezes, executados desnecessariamente.

De acordo com o médico Pietro Croce ⁴, livre docente da Universidade de Milão, a vivisseccção está relacionada –acima de tudo– aos grandes interesses de ordem econômica, celebrando o *slogan* que promete “uma pílula para cada doença”. As conseqüências disso implicam na frenética busca de remédios ineficazes e na industrialização da medicina, de maneira a implementar a política do consumismo que move o binômio capitalista demanda & produção. Assim sendo, pondera o mestre, a experimentação animal está alicerçada em falsa premissa. Isso porque a medicina é essencialmente ciência da observação, em que o experimento ocupa somente uma parte do processo investigativo da doença. E onde a outra parte foi contaminada por um erro grosseiro: aquele de haver adotado os animais como modelos experimentais do homem. Seguindo essa linha de raciocínio, outra renomada professora italiana, Silvana Castignone ⁵, lamentou que no universo científico o animal-cobaia é considerado eticamente neutro, cujo “sacrifício necessário” ocorre, sem maiores questionamentos,

⁴ CROCE, Pietro. Artigo “Porque médicos antivivisseccionistas”, traduzido do italiano por Vânia Rall Daró.

⁵ CASTIGNONE, Silvana. “Pobres Criaturas – Os direitos dos animais”, excerto traduzido do italiano por Vânia Rall Daró.

em prol da pesquisa, como se o homem não possuísse deveres morais para com os animais ou que essas indefesas criaturas não pudessem vir a ser titulares de direitos.

Em brilhante dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da USP, em 1995, sob o título “Vozes do silêncio – Cultura Científica: Ideologia e Alienação no Discurso sobre Vivissecção”, João Epifânio Régis Lima ⁶ escreveu que, nesse assunto, “o altar considerado legítimo parece ser apenas o científico”, quando na realidade isso implicaria “a aceitação de um paradigma, de uma forma tida como única confiável para fazer ciência”. Vivissecção, segundo ele, não é o modo de pesquisa, mas apenas um modo. E acreditar que só existe uma forma de conhecimento soa muito limitado: “A racionalidade do domínio sempre foi a linha mestra condutora e inspiradora dessa ética, a Ética do Homem, antiecológica e com viés antidemocrática justamente por centralizar as decisões e interesses na causa humana, não vendo esta como apenas uma, embora importante, entre outras pertencentes à complexa teia de inter-relações que estamos aprendendo a respeitar”, conclui.

Vários países da Europa, felizmente, já vêm desenvolvendo e implementando técnicas substitutivas ao uso do animal em experiências, a saber: sistemas imunológicos *in vitro*, cromatografia e espectrometria de massa, farmacologia e mecânica quânticas, modelos mecânicos e simuladores, modelos audiovisuais, placentas humanas descartadas para prática de cirurgia microvascular e pesquisas de doenças mediante estudos comparativos. Esses métodos, também estudados pela USP, permitiriam livrar milhares de animais de experiências supérfluas, cujos resultados já são conhecidos por pesquisador. Sem prejuízo disso, importante que toda faculdade de ciências médicas ou biológicas e que todo estabelecimento de pesquisa que realize experiências com animais submetam seus projetos à prévia análise de comissões de ética especialmente formadas para esse fim. E com a possibilidade de se adotar àqueles que se recusarem a participar do experimento, a cláusula da objeção de consciência à experimentação animal, de modo a preservar suas convicções pessoais, sem o risco deles sofrerem reprimendas escolares ou administrativas.

O tema mais debatido acerca da experimentação científica envolvendo animais, na atualidade, relaciona-se à manipulação genética: fertilização artificial, transgênicos, banco de órgãos e clonagem. Importante ressaltar, a esse respeito, o impacto causado

⁶ LIMA, João E. Régis. “Vozes do Silêncio – Cultura Científica: Ideologia e Alienação no discurso sobre vivissecção”, dissertação de mestrado, Instituto de Psicologia da USP, 1995.

pela engenharia genética no ambiente sócio-biológico, seja através da criação de animais transgênicos para diversos fins (pecuária industrial, produção de órgãos para transplante etc), seja pela fundada ameaça de provocar a inserção de organismos geneticamente modificados no *habitat*. E lembrando que qualquer projeto de biotecnologia, no Brasil, depende de prévia autorização da Comissão Técnica Nacional de Biosegurança (CTNBio) como aqueles que visa à criação da primeira vaca transgênica do país. Sabe-se que, na prática, esse tipo de animal interessa mais à indústria agropecuária do que à medicina propriamente dita, diante da possibilidade do produtor aumentar, com ele, a produção de leite e de carne. As pesquisas relacionadas à engenharia de tecidos e aos bancos de órgãos utilizando animais, da mesma forma, preferem ignorar o sofrimento dos bichos destinados a essa prática experimental, considerando-os tão somente matéria-prima para obtenção de determinado produto. Mesmo a clonagem de animais ou, em um caso específico, a produção de onças pintadas de proveta, esbarra em questões éticas. Afinal, como reintroduzir na natureza um animal que perdeu seu próprio *habitat* face à destruição humana? Mantê-los subjugados ou expô-los como atração turística, qual a opção menos cruel? Não seria o caso de preservar as florestas e, assim, impedir o precoce desaparecimento dos animais? Uma autêntica e profunda conscientização ambiental, por si só, poderia despertar o homem da letargia que lhe acomete e estabelecer limites morais e éticos no campos da biogenética.

4. Ética e Direito dos Animais

Costuma-se dizer que o Direito é uma ciência antropocêntrica criada pelo homem em seu exclusivo benefício. Sob essa ótica mecanicista, utilitária e materialista, inclusive, os animais seriam criaturas destinadas à servidão. A própria doutrina judaico-cristã que inspirou nosso direito positivo excluiu os bichos da esfera das preocupações humanas, considerando-os seres irracionais e, portanto, inferiores. De fato, para nosso Código Civil os animais são bens móveis susceptíveis de movimento próprio (artigo 47) ou então, coisas sem dono sujeitas à apropriação (artigo 593). No âmbito penal, a situação não se altera muito. O animal que sofre um atentado à sua integridade física não figura como vítima de abuso ou maus-tratos –o sujeito passivo é a coletividade–, mas objeto material do delito. Assim sendo, a conduta típica exposta no artigo 32 da

Lei dos Crimes Ambientais —“**praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos e domesticados, nativos ou exóticos**”— visa, em primeiro plano, a preservação da fauna para o equilíbrio ecológico e, secundariamente, o respeito ao animal em sua individualidade.

Ocorre que a dor, fenômeno biológico relacionado à destruição de tecidos, não é exclusividade do ser humano. Mas a concepção privatista do direito civil, com reflexos no campo penal, vinculou os animais antes ao utilitarismo em si (direito de propriedade) do que ao sentimento de piedade que se deve nutrir pelas criaturas vivas (compaixão). Desse modo, aquele que espancar animal alheio poderá, eventualmente, ser responsabilizado pelos danos causados ao seu proprietário. Ou, n’outra hipótese, quem caçar um bicho silvestre em Parque Nacional, poderá responder ação penal por delito cometido em detrimento da União. Verifica-se, assim, que na concepção jurídica tradicional o animal não é tido como sujeito de direitos, tampouco sujeito passivo, porque irremediavelmente destinado pelo homem à submissão. Já é tempo, todavia, dessa postura retrógrada e preconceituosa ser revista. Embora condenados a trabalhos forçados, às prisões, ao matadouro, à exposição pública ou aos macabros laboratórios de experimentação, os animais têm a capacidade de sentir e de sofrer, o que nem sempre é notado por aqueles que os exploram.

A proteção jurídica dos animais, no Brasil, remonta ao Decreto-lei 24.645/34, de Getúlio Vargas, que estabelecia medidas tutelares a eles, além de trinta e uma situações específicas de crueldade. Depois o legislador, no corpo da Lei das Contravenções Penais, enunciou ser ilícito “tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo” (artigo 64, já revogado). A Lei dos Crimes Ambientais, posteriormente, ao recepcionar o magno princípio constitucional do artigo 225, parágrafo 1.º, inciso VII, considera infração penal a prática que submeta animais a crueldade, nela incluída a experimentação, caso existentes recursos alternativos que permitam livrar a cobaia do martírio (artigo 32, *caput* e parágrafo 1.º da Lei 9.605/98. Matérias correlatas, aliás, foram tratadas, na Lei 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna), na Lei 6.638/79 (Vivissecção), na Lei 7.173/83 (Jardins Zoológicos), na Lei 7.643/87 (Proteção aos Cetáceos), assim como em leis estaduais (exemplo: Abate Humanitário) e municipais (exemplo: Controle de População Animal), ainda que se possa questionar, em termos práticos, a finalidade última desses diplomas legais e, acima de tudo, a quem verdadeiramente eles servem. Difícil encontrar, em nosso repertório legislativo de proteção animal, uma lei totalmente imune a ardis, desvinculada de interesses

corporativistas, sócio-econômicos ou industriais, que se preocupe tão somente em livrar os animais das agruras e de sofrimentos que lhes são infligidos pelo bicho-homem.

Alvino Moser⁷, professor de filosofia na Universidade Federal do Paraná, teceu lúcidas considerações a esse respeito: “quando se fala em ética dos animais não se entende que eles tenham obrigações para com os homens, mas que seus direitos exigem as obrigações dos homens para com eles. Na realidade, os animais fazem uma exigência silenciosa, pois nada falam, ou se falam ou querem se comunicar, os homens, em sua maioria, estão alheios à sua voz e aos seus reclamos”. O que importa, aqui, não é a reafirmação do tradicional discurso ecológico no sentido de que devemos proteger a natureza apenas para garantir o futuro do planeta e o bem-estar da humanidade, e sim respeitar todos os seres vivos e o ambiente no qual interagem, conforme a dinâmica das leis naturais. Conclui-se, portanto, na esteira do pensamento desse ilustre mestre, que a reflexão sobre o estatuto ético dos animais, longe de se transformar em questão bizantina ou meramente acadêmica, “é a pedra de toque de toda a Ética”. Algo fundamental para mostrar ao homem que, em sua voluntária e prolongada interferência sobre a natureza, “deveria ele respeitar limites e saber que, embora dotado de razão e inteligência, não é onipotente”.

Há que se questionar, portanto, se no campo do discurso filosófico existe aquilo que se pode chamar Ética dos Animais ou mesmo Direito dos Animais, haja vista a clássica concepção de que apenas o ser humano –capaz de assumir direitos e obrigações– pode figurar como sujeito de direitos. Esse entendimento, na realidade, pressupõe a existência de uma diferença qualitativa entre o homem e o animal, de modo a autorizar a preponderância daquele pelo poder, pela força e, sobretudo, pela capacidade maior de raciocínio. Assim tem sido ao longo dos séculos, quando a civilização humana logrou assumir o domínio do planeta em prejuízo da harmonia dos ecossistemas, notadamente flora e fauna. Tudo leva a crer, todavia, que embora alguns conceituados juristas já admitam a existência de um direito especial de proteção aos animais, a idéia de que não apenas os homens podem ser sujeitos de direito vem ganhando força em vista do novo paradigma ambiental, de natureza holística.

⁷ MOSER, Alvino. Artigo “Ética e filosofia no abate de animais para consumo”, *Revista do Conselho Federal de Medicina Veterinária*. “Anais de Etologia”, 1992, Jaboticabal/SP.

A essência ética relacionada à tese de que os animais são sujeitos de direito, aliás, não se restringe à capacidade de pensar ou de falar, mas à capacidade de sofrer. Tema esse brilhantemente desenvolvido por Peter Singer⁸, autor do célebre livro *“Animal Liberation”* (“Libertação Animal”), que propôs —para tanto— a expansão dos horizontes morais do homem: “Hábito. Essa é a barreira final que o movimento de libertação animal enfrenta. Hábitos não só de alimentação, mas também de pensamento e linguagem, devem ser desafiados e modificados. Hábitos de pensamento nos levam a considerar descrições de crueldade contra animais como algo emocional, ou então consideram o problema tão banal em comparação com os problemas dos seres humanos, que nenhuma pessoa sensata poderia gastar seu tempo e atenção com ele. Isso também é um preconceito —como poderá alguém saber que um problema é banal enquanto não empregar seu tempo para avaliar sua extensão?”.

A obra de Peter Singer representou, sem dúvida alguma, um divisor de águas na causa protetiva dos animais. Permitiu uma reflexão mais aprofundada do tema ao revelar o que existe por trás das atitudes e comportamentos humanos em relação às criaturas subjugadas. Expôs a face oculta da experimentação animal, denunciando a autêntica tortura praticada entre quatro paredes, sob os auspícios da deusa ciência. E teve a coragem de dizer que, cessando de criar e matar animais para consumo, o homem poderia produzir tanta comida que, devidamente distribuída, acabaria com a fome do planeta. Porque Libertação Animal é Libertação Humana também.

5. Um novo paradigma

O antropocentrismo, que fez do homem o centro do mundo, é uma corrente de pensamento incorporada há séculos na civilização ocidental e que vem servindo, ainda hoje, para justificar nossa postura utilitarista e racional que proclama a superioridade humana sobre as demais criaturas. Reforçada pelo método científico de Descartes, essa linha filosófica tem sido a causa da crise de valores em que se vê inserida a humanidade. O jurista Édis Milaré⁹, em belíssima análise do tema, escreveu que “a

⁸ SINGER, Peter. *“Animal Liberation”*, New York, Avon Books, 1990, prefácio traduzido do inglês por Vânia Rall Daró.

⁹ MILARÉ, Édis. *“Direito do Ambiente”*, Editora RT, São Paulo, 2000.

lenta sedimentação desses princípios na cultura ocidental resultou numa dupla atitude da arrogância humana em face ao mundo natural: ímpetos de cruel dominação e usufruto pragmatista dos recursos. Os ímpetos de cruel dominação transferem para os animais e vegetais, principalmente, mas também para outros recursos, a tirania da nossa espécie, uma sorte de terror imposto pela supremacia humana, capaz de torturar o mundo natural com formas várias de espoliação, poluição, agressão e degradação, sem levar em conta o significado da vida sobre o Planeta”.

Basta um rápido retrospecto da cultura filosófica ocidental para notar que a relação entre homens e animais sempre esteve pautada na idéia do domínio. A moral estoica, de inspiração naturalista, partia do princípio de que o mundo não é governado por um deus, mas ele é o próprio Deus. Os filósofos da Escola de Atenas, ao contrário, desenvolveram suas reflexões longe dessa interessante concepção helênica. Sócrates inaugurou o antropocentrismo a partir da célebre frase “Conhece-te a ti mesmo”. Com Platão, em seguida, a palavra “filosofia” adquire contornos de ‘saber natural’. E, finalmente, a doutrina racionalista de Aristóteles fez o homem avançar cada vez mais na aventura do conhecimento. A ética se confundia, então, com as próprias atividades e interesses do homem, e sob essa forma chegou até Descartes, cujo mecanicismo reduziu os animais a simples autômatos inanimados. Seguindo esse mesmo caminho, Francis Bacon difundiu o racionalismo na ciência, ao considerar válida a manipulação da natureza pelo homem –atitude que contribuiu para impulsionar a prática da vivissecção na Europa.

Outros grandes pensadores, em contrapartida, sustentaram que a natureza não deve ser menosprezada pelo homem. Para Leonardo da Vinci, “chegará o tempo em que os homens se sentirão satisfeitos com uma alimentação vegetariana e julgarão o assassinato de um animal da mesma forma como julgam o assassinato de um homem”. Já o filósofo Montaigne dizia que “aos homens devemos justiça, mas aos animais devemos solicitude e benevolência”. Rousseau, em “Devaneios de um Caminhante Solitário”, fez a crítica ao uso de animais em experimentos. Goethe, de sua parte, em repúdio à postura utilitarista tão cultuada pela civilização do ocidente, lamentou que o direito natural tenda a ser exclusivo do homem. Schopenhauer, mais tarde, associou a virtude ao sentimento de piedade humana em relação às criaturas oprimidas, notadamente os animais. Tudo isso sem esquecer que a descoberta do sistema planetário por Kepler e Copérnico havia alterado substancialmente a crença, até então inserida na dogmática cristã, de que a Terra seria o centro do universo. Em meio à vastidão do

cosmos, nosso planeta tornara-se apenas um grão de areia girando pelo infinito, constatação essa que teve o mérito de afastar velhos conceitos e ensejar profundas reflexões sobre a existência e a essência das coisas.

A Ética Ambiental, nesse contexto, precisa ser instalada na vida de cada pessoa como um valor em si, uma forma de evitar ameaças globais e permitir que todas as criaturas exerçam o papel que lhes reservou a natureza. Quem sabe uma revisão de valores que nos permita rever as relações homem-animal, enfatizando a visão holística do ambiente. Ou que possa unir ciência com sabedoria, lembrando sempre que todos os seres –gente, animal ou planta– são filhos do mesmo sol. Por isso a necessidade de uma interação que, ao mesmo tempo, conscientize e liberte mentes adormecidas. E que possibilite à ciência exercer sua verdadeira missão, voltada para a esperança e não para a ameaça. Esse novo paradigma, o da ecologia profunda, reconhece o mundo como um sistema vivo, onde os homens não se sobrepõem à natureza, apenas a integram.

As pesquisas científicas relacionadas à biotecnologia e que envolvem a experimentação animal, ainda que amparadas em leis específicas, ensejam séria reflexão ética. Parece bastante cômodo justificar o uso de animais em laboratório afirmando que, do contrário, a medicina não teria evoluído. Ora, ainda que a vivisseção tenha sido prática rotineira entre os séculos XVIII e XX, por que hoje em dia, com os conhecimentos tecnológicos já alcançados pelo homem e a possibilidade do desenvolvimento de métodos substitutivos, insistir na utilização experimental de animais? A mentalidade do cientista, infelizmente, parece mais apoiada na máxima maquiavélica de que “os fins justificam os meios” do que nos preceitos éticos que deveriam nortear a prática experimental. A lei da engenharia genética, a exemplo do que se vê nas normas preconizadas pelo COBEA (Colégio Brasileiro em Experimentação Animal), torna juridicamente legítima a intervenção *in vivo* em material genético de animais na hipótese de observância aos “princípios” da responsabilidade e da prudência. Mas os aspectos morais de uma lei, como bem observou Vânia Rall Daró¹⁰, nem sempre subsistem diante de determinados dogmas de ordem religiosa, cultural ou científica. Porque cultura e ciência, segundo ela, não se ligam necessariamente à moral, como se pode constatar nas touradas (tidas como manifestações culturais) e na

¹⁰ DARÓ, Vânia Rall. Carta a Laerte Fernando Levai, datada de 20 de janeiro de 2000.

experimentação animal (tida como método científico). Já a religião, ao contrário do que possa parecer, não está associada à moral, e sim ao medo. Daí a importância da Filosofia e da Moral para conduzir nossas ações, pois a primeira nos liberta de nossos medos e a segunda aprimora nossas atitudes.

Evidente que, em meio ao processo de globalização que afeta as grandes sociedades industriais e onde a biotecnologia e a experimentação animal frequentemente desafiam a ética, há que se buscar uma mudança de valores imprescindível ao reencontro da solidariedade e do respeito às criaturas vivas. A crise de paradigma e de civilização em que o homem contemporâneo está mergulhado implica violência, miséria, exclusão social, poluição, desrespeito aos animais etc. "Por que nossa sociedade tem essa relação com a natureza?" Paula Brügger ¹¹, em original ensaio crítico sobre a educação ambiental, disse que "a resposta deve ser rastreada nas principais características que dominaram a visão do mundo ocidental de três séculos para cá. Entre elas estão as posições sujeito-objeto e homem-natureza, a crença no método científico (analítico) como única forma válida de conhecimento, a concepção mecanicista do universo, a idéia de que a vida em sociedade é uma luta competitiva pela existência e a crença de que o crescimento econômico e tecnológico trará progresso material ilimitado. Como o conceito de natureza não é natural, mas um produto histórico, os efeitos dessa visão de mundo sobre tal conceito foram profundos: a natureza deixou de ser um todo vivo (como ainda é para muitas culturas chamadas de primitivas) e tornou-se um conjunto de recursos (instrumentos para se atingir um fim).

Nesse contexto, portanto, a educação ambiental assume uma conotação política, visando –acima de tudo– a uma mudança de valores. Somente assim será possível questionar a fé inabalável na ciência, cujo universo técnico-científico prioriza o racionalismo, a competitividade e o individualismo, em detrimento do respeito à natureza e da compaixão pelos seres vivos. Porque o cientificismo torna-se perigoso quando exercido sem qualquer balizamento ético ou moral, quando desrespeita o natural mecanismo da vida e quando interfere nas características biológicas dos homens, das plantas e dos bichos. Enquanto não se abolir, em definitivo, o uso de animais em experimentos científicos –o desenvolvimento de métodos alternativos preconizados na Lei Ambiental já acena para essa possibilidade– faz-se de rigor uma postura isenta e responsável dos Comitês de Ética e da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, no que se refere à validade, ou não, do projeto experimental, sem prejuízo da efetiva

atuação do Ministério Público, que possui legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao ambiente e aos animais.

Laerte Fernando Levai,
4º Promotor de Justiça de São José dos Campos

EUTANÁSIA NA

HOLANDA: UM

PARADIGMA DE

DESENVOLVIMENTO

William Terra de Oliveira

William Terra de Oliveira

EUTANÁSIA NA HOLANDA: UM PARADIGMA DE DESENVOLVIMENTO

**(HOLANDA RELATIVIZA O CONCEITO DE VIDA:
EM 2002 ENTRA EM VIGOR A NOVA REGULAMENTAÇÃO)**

Existem determinados setores do conhecimento humano que cada vez exigem mais daqueles que se atrevem sobre eles escrever algo. A *complexidade* parece que se transformou em um atributo natural das ciências contemporâneas, um dado intrínseco do pensar chamado “moderno”, e uma referência que pauta o próprio desenvolvimento de seus subsistemas ordenados de conhecimento.

A nova ciência denominada “bioética” não foge desse lugar comum.

Também não escapa de um outro dado característico das ciências do terceiro milênio: a *polêmica*.

Complexidade e *polêmica* são hoje elementos comuns a qualquer ramo do conhecimento humano que se apresente como “moderno”.

Ademais, o “moderno” costuma ser confundido com “desenvolvido”. Em verdade, o parâmetro de “desenvolvimento” tende a ser definido pelo grau de complexidade que o sistema apresenta.

Nesse contexto, a bioética é um bom exemplo da “modernidade” do conhecimento científico, etiquetando como “desenvolvidas” as culturas onde está fortemente presente.

Sob certos aspectos essas premissas são verdadeiras. Quando observamos as sociedades pós-industriais percebemos que naquelas denominadas “mais desenvolvidas” está acentuadamente marcante o debate sobre a “bioética”.

Sem dúvida, ela é um dos assuntos mais polêmicos na atualidade. Isso decorre do fato de que os avanços científicos experimentados e especialmente na segunda metade do século passado, notadamente após a segunda guerra mundial, proporcionaram uma série de questionamentos em relação ao grau de adaptação do ser humano a inéditas realidades tecnológicas, aos novos ritmos determinados ao cotidiano pelo progresso.

Em outras palavras, não é de se estranhar que, ordinariamente, é um hábito pautar e classificar determinada sociedade no cenário mundial em função de seu grau de “desenvolvimento”. As comunidades humanas são assim tidas como mais ou menos desenvolvidas, de primeiro, segundo ou terceiro mundo. Nações com um alto índice de desenvolvimento tecnológico são costumeiramente denominadas “desenvolvidas” e assim por diante.

Por outro lado, constatou-se que as sociedades também se desenvolvem em diferentes níveis.

E justamente nesse ponto algumas mudanças estão ocorrendo na ótica acadêmica, levando a perceber que a evolução da sociedade pode ser sentida não apenas em razão dos avanços tecnológicos, mas também em razão de outros parâmetros menos visíveis. O mais importante é que está surgindo uma tendência de deixar de lado o paradigma da complexidade como diapasão do desenvolvimento.

Ultimamente, essa classificação mais “sutil” tem mostrado sua face, proporcionando novos paradigmas quando nos dispomos a identificar e classificar as comunidades humanas. Justamente porque os avanços tecnológicos podem estar em mãos de qualquer país com um mínimo de estabilidade econômica, experimentamos nos últimos anos uma vulgarização do saber científico, que passou a ser atributo comum. Como exemplo de tal tendência basta notar que surgem em diferentes pontos do globo pesquisas sobre a clonagem de seres humanos, o domínio da manipulação do átomo, as novas formas de comunicação e transporte em altas velocidades.

Diante do efeito “nivelador” da globalização, o homem passou, quase automaticamente, a buscar novos critérios para compreender e visualizar os agrupamentos humanos modernos.

A ciência biológica, que tem proporcionado novas realidades até pouco tempo inimagináveis, é um bom exemplo dessa nova visão.

A manipulação do genoma, o desenvolvimento das técnicas de transplantes de órgãos e tecidos, as novas terapias em medicina (utilizando os conhecimentos moleculares, as radiações ionizantes, o mapeamento do genoma e das funções de substâncias orgânicas) são fatores que levaram o homem a conviver com situações absolutamente novas e de conseqüências imponderáveis. O atributo da complexidade se fez novamente presente. E seu par, a polêmica, também surgiu como elemento característico.

Mas é interessante notar que ao lado de indagações de ordem técnica, a bioética tem proporcionado um questionamento diferencial sobre outros aspectos da cognição humana, estes indiretamente relacionados com o desenvolvimento e as conquistas científicas.

Começam a surgir ponderações sobre temas transcendentais, o que introduz na maneira de classificar os sistemas um elemento diferenciador: *o grau de desenvolvimento humano*.

Questões relacionadas com a manutenção ou a construção de um estado de bem-estar pleno, ou o alcance de uma qualidade de vida mínima, já não mais pertencem exclusivamente ao campo da tecnologia. Obrigam o homem a abordar outros aspectos que não os tecnológicos, sendo levado a realizar valorações de ordem filosófica, científica, ética jurídica (e até mesmo religiosa) para melhor compreender o mundo em que vive e melhor situar-se.

Assim, os *níveis de desenvolvimento humano* não mais passam a ser considerados pelo quanto de tecnologia está incorporado à determinada comunidade, mas como essa comunidade (que possuindo um alto nível tecnológico) se comportará no futuro.

Serão *“mais ou menos desenvolvidas”* as sociedades quanto mais se aproximem do estado de bem-estar coletivo, elemento constitutivo do Estado moderno e valor profundamente afinado com o respeito à liberdade individual e a qualidade de vida do ser humano.

É bastante interessante notar que as sociedades passam, nessa “segunda fase de classificação”, a ser tidas como mais ou menos conservadoras, mais ou menos liberais, enfim, mais ou menos “desenvolvidas”, segundo como se relacionam e a tecnologia de que dispõem. Ao mesmo tempo, tudo tende a “relativizar-se”.

O presente trabalho visa comentar brevemente como o desenvolvimento tecnológico se reflete nos critérios de classificação do desenvolvimento das sociedades modernas. Para tanto, analisamos um caso concreto: a disciplina da eutanásia na Holanda.

Tomamos por referencial a eutanásia, já que ela é um dos temas mais intrincados na atualidade, e bem reflete a multiplicidade de aspectos que o desenvolvimento tecnológico tem oferecido. Enfocamos as últimas tendências sobre seu tratamento jurídico e as posturas públicas sobre o assunto.

Desde abril deste ano, a Holanda passou a regulamentar a eutanásia em seus principais aspectos jurídicos.

Um longo caminho foi trilhado até que se chegasse naquele país a uma mudança de caráter penal e a novos critérios no âmbito do exercício da medicina.

Nos últimos vinte anos, a sociedade holandesa se viu envolvida no intenso debate sobre qual deveria ser a postura do Estado sobre os casos de eutanásia. Aquele país, tido como um dos mais liberais e progressistas do mundo, quer por tratar de maneira aberta e pouco preconceituosa temas polêmicos como a questão do uso de drogas, a prostituição, e as uniões homossexuais de fato, também passou a discutir com bastante intensidade a eutanásia, em seus mais variados aspectos.

Foi no final da década de 80 e no início dos anos 90 que a comunidade científica (nela incluídos médicos, sociólogos, filósofos e juristas) e setores religiosos (especialmente a igreja católica) passaram a debater sobre qual era a realidade da eutanásia no seio da comunidade, e sobre quais deveriam ser as atitudes formais do Estado frente ao problema.

Em verdade, o amadurecimento de tal discussão foi fruto das questões que já vinham sendo debatidas muitos anos antes, inclusive dentro do parlamento holandês.

Alguns fatos em particular foram emblemáticos nesse processo histórico. No início da década de 80, a médica Els Borst-Eilers participava da diretoria clínica do Hospital Acadêmico e Universitário de Utrecht (U.A.H.) e recebeu a notícia de que casos de eutanásia vinham ocorrendo em seu hospital. Preocupada com o vácuo legislativo e a falta de tratamento jurídico para o problema, a doutora Els pediu à diretoria geral do hospital a criação de uma política institucional de eutanásia transparente e pré-determinada. Como era de se esperar, seus apelos não foram

atendidos, dado o conservadorismo dos membros que dirigiam aquela casa de saúde. Foi assim que a Promotoria de Justiça local foi procurada pelos médicos do hospital, interessados na criação de critérios mais seguros sobre os casos que ocorressem no âmbito hospitalar.

Sensível ao problema, o Ministério Público local buscou oficializar as informações dentro dos limites que a lei penal possibilitava. Porém, como ocorre na maioria dos países ocidentais, o promotor de Justiça não podia garantir que a lei penal não incidiria sobre os fatos levados ao seu conhecimento. Mas uma mudança importante começava a surgir: o Ministério Público assumiu uma postura ponderada sobre o assunto, respeitando profundamente a liberdade da atividade médica quando da definição de um caso de eutanásia (*lex artis*). Isso revelou que o Estado, detentor do *ius puniendi*, passou a adotar uma política mais tolerante com relação à eutanásia.

Na prática, a comunidade médica, na época, continuava obrigada a comunicar o ocorrido ao Ministério Público, que por sua vez propunha o arquivamento do caso se não fossem constatados fatos penalmente relevantes.

A polêmica foi ganhando corpo, de tal sorte que já no final da década de 80 o governo holandês criou uma comissão especial composta por juristas e médicos, assessorada por analistas, cuja finalidade era analisar os casos de eutanásia até então praticados naquele país. A comissão, presidida por J. Remmelink, catedrático com grande experiência na área jurídica em razão de haver atuado perante o Tribunal Supremo como procurador de Justiça, apresentou, após um longo período, um relatório ao ministro de Justiça e ao secretário de Estado da Saúde comentando o assunto.

Constatou-se que, na prática, desde 1990, os casos de eutanásia eram comunicados ao médico forense municipal, que por sua vez levava os fatos ao conhecimento do Ministério Público para que este pudesse analisar (segundo critérios aprovados pela Procuradoria Geral de Justiça) se existiram ou não fatos relevantes de natureza penal.

Tornou-se evidente a preocupação da comunidade médica sobre a necessidade de serem estabelecidas bases legais para trazer maior segurança ao exercício da medicina, especialmente quando esta aplicasse técnicas que viessem a abreviar a vida de um paciente terminal em razão de sua falta de perspectivas ou de uma mínima qualidade de vida.

Nessa época (abril de 1992) foi apresentado um projeto de lei visando reformular a Lei de Sepultamentos (especialmente seu artigo 10). Somente em fevereiro de 1993 é que a Câmara Baixa (correspondente a nossa Câmara dos Deputados) aprovou uma regulamentação legal a respeito dos casos de eutanásia. A orientação visava basicamente disciplinar como e em quais condições deveria ser feita a comunicação aos órgãos públicos. Esse primeiro Projeto legislativo seguiu adiante, e em novembro de 1993 o Senado holandês aprovou um texto básico que introduziu um sistema que visava disciplinar minimamente a matéria. Essencialmente, foi alterado o artigo 10 da Lei de Sepultamento, criando um questionário que descrevia a situação do paciente e a conduta médica como forma de dar maiores subsídios ao Ministério Público nos casos em que fosse necessária a análise de eventual eutanásia. Foi justamente este projeto, aprovado debaixo de muita polêmica, que constituiu a base do atual sistema. Desde então, até abril de 2001, seguiu-se intenso debate, que culminou com a regulamentação definitiva da eutanásia.

Atualmente, a legislação holandesa continua penalizando a eutanásia. A nova regulamentação não revogou o artigo 293 do Código Penal que ainda define: *“toda pessoa que privar a vida de outra pessoa, mediante a solicitação expressa e bem meditada desta, incorrerá em uma pena de doze anos de prisão, como o máximo, ou em uma multa de quinta categoria”*. Da mesma forma, o artigo 294 do Estatuto Penal continua punindo aquele que intencionalmente induza outra pessoa a cometer suicídio, que a ajude em ou facilite os meios necessários para que esta venha a matar-se.

Até a nova regulamentação, costumava incidir sobre os casos de eutanásia o artigo 40 do Código Penal, que diz não incorrer em pena aquele que cometesse um ato punível impelido por força maior ou relevante valor moral.

Antes do sistema atual, e já vigorando o reformado artigo 10 da Lei de Sepultamentos, o médico forense, quando entendia não ser possível a entrega de um “certificado de sepultamento” em razão da suspeita da prática de eutanásia, imediatamente comunicava os fatos ao Ministério Público. Para tanto, preenchia um questionário, cujo modelo legal era predeterminado. De qualquer forma, no sistema anterior, sempre que uma intervenção médica houvesse acelerado a morte do paciente, o caso era comunicado ao médico forense municipal, que por sua vez, mediante o formulário, levava os fatos ao conhecimento do Ministério Público, que analisava caso a caso, decidindo ou não pelo arquivamento dos autos. Na hipótese de existirem suspeitas de um delito, o Ministério Público procedia ao exercício da ação penal. Foi

justamente nesta época que surgiu a referida política de tolerância da Procuradoria Geral de Justiça.

Hoje, segundo a nova regulamentação, votada em abril de 2001, que passará a vigorar a partir de 2002, a eutanásia continuará sendo um delito. Mas para o médico que cumprir determinados procedimentos necessários não haverá punição. Nesse caso estaremos diante de uma circunstância semelhante às excludentes da punibilidade. Por princípio de territorialidade, a norma não terá validade em relação a estrangeiros.

Os **requisitos** básicos para o **procedimento de eutanásia** giram em torno da preservação da atividade médica de responsabilidades penais, e buscam o respeito à autodeterminação do ser humano, prestigiando a autonomia de vontade do enfermo.

Na prática, o **médico particular** do paciente sempre deve procurar o parecer de outro profissional antes de tomar as providências que conduzam ao óbito. Depois do falecimento, o médico de família consulta o médico forense municipal, com base em um questionário que representa a memória dos procedimentos que foram realizados. Em todos os casos, o médico deve informar o paciente e seus familiares sobre todos os aspectos que envolvem procedimentos de eutanásia.

Por sua vez, **com relação ao paciente**, deverá existir uma solicitação voluntária de sua parte, fruto de uma decisão refletida e, acima de tudo, informada a respeito de sua enfermidade e das perspectivas de evolução do seu quadro clínico.

O **sofrimento** do paciente deve ser classificado como “insuportável”. Ademais, a doença deverá não apresentar possibilidade de cura (estima-se que, na prática, os casos de câncer terminal deverão ocupar a imensa maioria das hipóteses concretas). É interessante notar que, até o momento, a idade avançada (velhice) não está incluída dentre as causas que permitem a eutanásia. Da mesma forma, somente em casos absolutamente excepcionais é que o **sofrimento psíquico** do paciente poderá enquadrar-se em hipóteses de eutanásia (mesmo assim, parte da comunidade médica entende que essa categoria de sofrimento não se enquadra nos objetivos do instituto). Nessa hipótese remota, dois médicos, sendo um deles um psiquiatra, após minuciosa análise do estado do paciente, podem classificar o caso como passível de eutanásia. Pacientes menores entre 12 e 16 anos gravemente doentes poderão pedir a eutanásia, desde que assistidos por seus pais.

Pela regulamentação atual, nota-se que os pacientes e seus médicos particulares compõem um lado do sistema. Do outro lado estão as chamadas “*Comissões e Regionais de Controle*”, compostas por um jurista, um filósofo de bioética, e um médico legal, os quais representam um controle formal por parte do Estado e analisam cada caso. Nas hipóteses em que persistam dúvidas, a Comissão de Controle entrará em contato com o Ministério Público para que este realize as averiguações necessárias (arquivamento, diligências ou um processo penal). Em todos os casos o Ministério da Saúde tomará ciência do que foi realizado.

O médico que atendeu o paciente, e que deu causa a sua morte antecipada deverá comunicar o que realizou em um **relatório** com as seguintes características: menção dos dados de evolução clínica do paciente, a sua solicitação para que fosse praticada a eutanásia, uma consulta ao outro médico, e finalmente a descrição dos procedimentos que levaram à morte. Busca-se afastar qualquer dúvida a respeito da vontade livre do paciente (diante de testemunhas dos fatos).

A primeira parte do **relatório** versa sobre o **paciente e as condutas médicas aplicadas**, respondendo a perguntas que giram em torno do seguinte: qual a natureza da enfermidade (ou diagnóstico principal); desde quando o paciente a padece; quais foram as terapias aplicadas (descrição de medicamentos, cirurgias e outros procedimentos médicos); quais foram os médicos que prestaram atendimento ao paciente (indicando seus nomes, qualificação e local onde podem ser localizados); indicação de diagnósticos médicos anteriores; descrição do sofrimento físico ou psíquico de que padece o paciente; perspectivas de que tal sofrimento pudesse ser classificado como “insuportável”; constatação de que sua situação clínica era realmente irreversível, levando a uma morte indigna; definição de prazos estimativos em que a morte do paciente deveria ocorrer, caso não fosse aplicada eutanásia; o médico deverá responder se empregou todos os meios para tornar o sofrimento do paciente suportável (respondendo se, sob seu ponto de vista, esses métodos existiam ou eram possíveis de serem aplicados ao paciente, e se chegou a explicar ao enfermo sobre a possibilidade de aplicação de tais procedimentos atenuantes).

Ao lado dessas questões, que mais se referem a um histórico clínico do paciente, é realizada uma detida análise sobre o **aspecto volitivo** daquele que, estando enfermo, solicita uma morte digna. Em primeiro lugar, averigua-se se a solicitação foi

verdadeiramente expressa, fruto de uma decisão própria, com total liberdade por parte do paciente. Essa decisão do enfermo deverá ser tomada com base em informações adequadas proporcionadas pelo médico. Nessa fase são tomadas precauções especiais: os nomes daqueles que estão presentes no momento em que o paciente realiza petição deverão ser anotados como testemunhas; se possível essa declaração deverá ser tomada por escrito (o qual será juntado ao informe que o médico particular realiza ao médico forense); as testemunhas deverão observar se foi preservada a vontade do paciente (para depois terem condições de descrever sob que critérios podiam afirmar que o enfermo sabia o que estava fazendo); consideração efetiva de outras alternativas (pelo que a eutanásia só ocorrerá se todas as outras hipóteses forem descartadas). Um especial cuidado deverá ser tomado sobre a eventual influência por parte de terceiras pessoas sobre a vontade do paciente, evitando-se, assim, que este decida em função da opinião alheia.

É também possível a intervenção médica que leve à morte quando não exista uma petição expressa por parte do paciente. Nesse caso, bastante excepcional, ainda assim se requer uma profunda descrição, já que ausente o consentimento taxativo. É preciso saber se no passado o paciente foi consultado a respeito, qual foi sua opinião naquela ocasião, se seus parentes foram ouvidos e quais as opiniões destes.

A lei também se preocupa com que existam opiniões paralelas a respeito do procedimento médico. O profissional que aplicar a eutanásia deverá indicar o nome dos outros médicos que consultou. Nesse aspecto, é interessante mencionar que a associação médica holandesa já iniciou discussões para a aprovação de um projeto que visa formar um grupo de médicos especializado em eutanásia. Tais profissionais, com conhecimentos científicos na área de saúde, mas também com formação jurídica, formariam um corpo de médicos com experiência na matéria. É possível imaginar que em breve existirão centros de consulta disponíveis aos médicos de família, visando a elucidação de dúvidas e trazendo segurança nas relações entre médicos, pacientes e seus familiares. Tais médicos poderão unificar e harmonizar os procedimentos tendentes a aliviar o sofrimento na hora da morte, criando uma nova conduta médica. De qualquer forma, o médico de família sempre deverá consultar outro médico, cujos endereços e qualificação também serão identificados. Esse médico deverá ver o paciente, deixando também uma memória de sua opinião profissional.

Finalmente, no que se refere ao **procedimento de eutanásia** (técnicas médicas

que levam a abreviar a vida) questões relativas ao *ofício médico* (*lex artis*) deverão ser abordadas. O relatório médico deverá indicar quem aplicou o procedimento que levou à morte, e quais foram as técnicas utilizadas. O método empregado deverá enquadrar-se numa lógica que conduza a uma morte digna. De qualquer forma, aqueles que estiveram presentes a tal ato deverão ser nomeados e qualificados.

A perspectiva é que o sistema implantado traga bastante segurança ao intrincado problema de administrar a morte de um paciente grave. Contudo, mesmo os especialistas estão de acordo em afirmar que a grande maioria das solicitações tende a ser indeferida, quer por motivos de ordem filosófica, quer pela impossibilidade de reconhecer que o caso deva ser resolvido pela eutanásia.

Sem dúvida alguma a nova regulamentação é uma corajosa postura por parte do Estado, e representa o atendimento da vontade da maioria da população da Holanda (segundo os meios de comunicação, mais de 90% da população estão de acordo com a nova regulamentação).

Existe um grande mérito por parte daquela sociedade, que pressionou o Estado ingressar em uma seara tão polêmica, buscando a solução adequada ao momento histórico. Nota-se que houve uma larga discussão a respeito do assunto, sua aprovação foi polêmica, mas mesmo assim o enfrentamento da questão seguiu adiante.

Em termos mundiais, a questão permanece polêmica, especialmente em alguns países tidos como “progressistas”, como os EUA, a Austrália e Inglaterra (onde recentemente, a paciente Dianne Pretty, portadora de uma doença motora incurável, ingressou com uma ação judicial exigindo o reconhecimento por parte do Reino Unido de seu direito subjetivo de morrer com dignidade).

Evidentemente, o assunto está vinculado a questões delicadas que envolvem saber em que medida os seres humanos podem reclamar direito à morte digna por meios considerados não-naturais. Ao lado dos muitos aspectos relacionados com a matéria (filosóficos, religiosos, jurídicos, sociológicos e políticos), soma-se uma confusão conceitual sobre a matéria (basta lembrar das diferenças técnicas que existem entre eutanásia ativa e passiva, voluntária e involuntária, distanásia, ortotanásia e demais expressões relativas à supressão ou não do tratamento clínico). No âmbito da dogmática penal (não abordada neste texto) também florescem vários pontos de vista.

Tudo isso reforça a complexidade ínsita no fenômeno.

Enquanto um fato jurídico-social, o caso holandês representa uma tomada de postura por parte do Estado frente ao respeito da *autonomia do paciente*, ao *princípio de solidariedade* e ao respeito à *dignidade entre os homens*.

Fundamentalmente, o sistema holandês traz maior segurança ao manejo dos casos de doenças terminais com sofrimento intenso e incontrolável. Reforça, também, o princípio de segurança jurídica.

O tratamento jurídico dado à eutanásia pela Holanda reuniu, ademais, importantes argumentos que vinham sendo debatidos ao longo de décadas, contribuindo para a defesa do próprio direito à vida, reforçando o papel do Estado como garante de sua manutenção.

A vida deixou de ser considerada uma *entidade sagrada*, dando lugar ao *conceito de qualidade de vida*. O fundamento da nova regulamentação está baseado na *dignidade humana como centro do sistema*, tendo como parâmetro o *princípio de solidariedade*, o *respeito ao sofrimento* e o *sentimento de piedade*, que passam a ser expressões metaindividuais do próprio homem. Uma mudança profunda, pois.

Agora não existe apenas uma *relação médico-paciente*, pois a discussão passa por um questionamento social prévio. Ainda que persista a *sacralidade da vida*, esta não mais será um *bem intocável*.

O governo holandês não enveredou em buscar respostas a questões religiosas ou filosóficas. Apenas atendeu ao sentimento social de que tal situação deveria ser regulamentada. Em conseqüência, reconheceu o direito individual de decisão no que se refere à autoridade sobre a própria vida. O direito de pôr fim à própria existência continua sendo limitado por regras pré-estabelecidas. A novidade está exatamente no reconhecimento da não-sacralidade da vida. Os mecanismos estatais de tutela e interpretação desse importante *bem jurídico* tiveram que se movimentar e adaptar-se às novas realidades modernas. Com isso, a teoria do bem jurídico (enquanto objeto de tutela final do Direito Penal) se modernizou, ganhando um aspecto atualizado e relativizado.

Resta saber quais serão os reflexos práticos de tal atitude, dentro e fora da Holanda.

Não é preciso mencionar que parece estarmos ainda distante de uma discussão profunda sobre o assunto em nosso país. Continuamos utilizando a antiga desculpa de ser a matéria demasiado polêmica e assim seguimos pagando o preço da insegurança jurídica. Apesar de sermos um país laico, e de paradoxalmente vivermos em uma sociedade de grande sincretismo cultural e religioso, insistimos em não enfrentar a questão. O peso de sermos um Estado teísta se faz sentir.

Dentro dessa perspectiva é que (voltando ao princípio deste pequeno trabalho) podemos afirmar que a sociedade holandesa realmente alcançou altos índices de “*desenvolvimento*”, pois dentro de um sistema democrático, discutindo questões nevrálgicas no parlamento da nação, tem chegado a soluções almejadas pela comunidade. Se tais soluções são as melhores somente o tempo poderá dizer, mas certamente o Estado holandês não poderá responder pela omissão frente a questões transcendentais, que a todos interessam e que não podem, de maneira alguma, ser relegadas a segundo plano ou ser objeto de uma disfarçada irrelevância ou mascarado tabu.

É importante lembrar, ademais, que além de prestigiar a autodeterminação do ser humano, a nova tendência acolhida pela Holanda é boa no sentido de buscar preservar a atividade médica, pois sabemos que muitas situações trágicas envolvem o tratamento de pacientes em cuidados intensivos, exigindo condutas e terapias médicas bastante complexas e arriscadas, o que muitas vezes pode acarretar punições injustas, além de equivocadas interpretações. Por outro lado, a legislação afasta a incerteza que ronda tais situações, organizando a memória do que aconteceu, trazendo maior tranquilidade aos que ficaram. O governo passa a controlar rigorosamente os procedimentos médicos em limites extremos, incluindo garantias adicionais à proteção do *bem jurídico vida*, considerando a *vontade livre do ser humano* como um bem supremo, e trazendo à luz aquilo que estava sob sombras.

**William Terra de Oliveira,
Promotor de Justiça em São Paulo**

AIDS,

UM

ENFOQUE

BIOÉTICO

Genival Veloso de França

Genival Veloso de França (I)

AIDS – UM ENFOQUE BIOÉTICO

Acredito que, em nenhum momento da existência humana, jamais houve um inimigo biológico mais poderoso, capaz de trazer tantos desafios e de confundir tanto a opinião pública como a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Certamente, ainda vamos permanecer atônitos e perplexos por muito tempo, mesmo depois da descoberta do seu tratamento, porque inúmeras são as implicações dessa nova ordem no contexto das relações sociais. Nenhuma doença trouxe, no seu conjunto, tanta perplexidade e inquietação quanto a AIDS, seja no seu aspecto epidêmico, moral ou imunológico, seja no seu caráter incurável e letal. Pelo menos, é assim que ela é vista por muitos. E o pior: toda vez que discriminamos as vítimas, fortalecemos mais e mais a doença.

No entanto, a partir do instante de uma reflexão mais atenta, começamos a enxergar uma multidão de fatos que alucina e dá à AIDS um rótulo maldito e fatal. Mas, tão contraditório, a ponto de não existir ainda uma resposta imediata para justificar o seu aparecimento, se ela é ou não uma doença atual e qual a razão de sua trágica rapidez. Seria ela uma nova doença tão ao gosto das mentes especulativas ou apenas a reorganização sistemática de uma propedêutica sobre o que já existia?

Mesmo que a intuição científica leve a crer que estamos marchando para a cura da AIDS, muitas verdades médicas ainda não foram reveladas e o preconceito continua a crescer como uma avalanche arrasadora. O perigo de tal avanço é que essa doença

saia do corpo dos pacientes e permaneça na imaginação de todos, estigmatizada pela discriminação odiosa e fantasiada pelo modismo que contamina os doentes, a sociedade e os próprios médicos. O risco, portanto, é se transformar a AIDS numa ficção, ou criar-se uma ideologia política autoritária capaz de promover o medo como controle social mais rigoroso.

Quando se disse, no início, que ela seria uma entidade dos homossexuais, era de fato dos homossexuais porque apenas neles se procurou a doença. Depois, afirmou-se que podia ser ainda dos consumidores de drogas injetáveis e passou a ser igualmente deles. Agora, é também dos heterossexuais, e a sua incidência, segundo essa visão, é cada vez maior. Já se acredita que, sendo a AIDS uma virose clássica e tendo como via principal de contágio o ato sexual, e admitindo-se como verdadeiro que as pessoas são, em sua maioria, heterossexuais, no futuro, não muito distante, a prevalência dos pacientes e infectados, seria de heterossexuais.

O fato é que hoje, em toda parte, os portadores de AIDS enfrentam uma situação constrangedora. Sofrem o horror de uma doença que os estigmatiza no convívio social e os avilta na luta pelos meios de sobrevivência. São doentes marginais do desprezo e do abandono, mesmo dos que lhes são próximos. Negam-lhes tudo: o afeto, a estima, a solidariedade e, até, o direito de morrer com dignidade.

Vejamos algumas situações:

A esterilização dos HIV – positivos

Qualquer que seja o andamento da discussão que favorece a esterilização humana, como forma de inserção numa política de planejamento demográfico, não existe nenhuma justificativa de ordem ética ou legal capaz de legitimar essa prática em pessoas portadoras de sorologia positiva para o vírus da imunodeficiência humana (HIV), porque qualquer forma de insinuação eugênica traz sempre o ranço do constrangimento e as marcas da intolerância.

Mais grave do que esterilizar um homem ou uma mulher, hígido e capaz, é invadir a intimidade de um ser humano, aviltando-o na sua dignidade e mutilando-o nas suas funções, unicamente com o sentido de privar a sociedade da responsabilidade,

da vigilância e dos cuidados, pelo fato de ser portador –mais de um estigma do que de uma doença, deixando bem claro o indisfarçado preconceito contra esses indivíduos, expostos quase sempre às crueldades de uma sociedade hipócrita e egoísta.

O aborto da mulher infectada pelo HIV

Ainda que exista o risco de contaminação ou de doença do feto, não se permite legalmente nem se considera eticamente defensável a prática do abortamento da mulher infectada pelo HIV. O Código de Ética Médica em vigor, em consonância com a legislação penal brasileira, só admite o aborto em duas situações: para salvar a vida da gestante ou nos casos de gravidez resultante de estupro.

Pelo fato de se tratar de uma matéria sem resposta definitiva, no que diz respeito à influência da sorologia positiva no processo gestacional e da própria saúde do feto, minha opinião é que não existe nenhum argumento ético, jurídico ou técnico capaz de fundamentar a interrupção de uma gravidez numa portadora de HIV-positiva ou mesmo de uma doença de AIDS, a não ser que suas condições de saúde sejam agravadas pela gestação, que cessada a gravidez cesse o perigo e que não haja outro meio de salvar-lhe a vida.

A gestante HIV-positiva

Ainda que exista a possibilidade de morte precoce, de sofrimento oriundo da doença, de riscos de contaminação do feto e de informações desestimuladoras, esses fatos nem sempre têm desanimado as mulheres HIV-positivas na decisão de engravidar. Não se sabe ainda, por exemplo, a época exata da contaminação (se durante a vida intra-uterina ou se no momento do parto), mas uma coisa é certa: a gravidez, nesta hipótese, não melhora nem piora as condições imunológicas das gestantes.

Assim, seja qual for o entendimento que se tenha a respeito da transmissão, das formas de infecção e do mecanismo de contágio, o médico não pode impedir essa mulher de engravidar e ter seu filho, se esse é o seu desejo. Mas, tão-somente,

oferecer-lhe todos os meios e recursos necessários e disponíveis para uma gestação nestas condições. Nenhum médico e nenhuma instituição de saúde podem negar-lhe assistência, pois isso é um ditame ético exigido a todos aqueles que professam a medicina, mesmo que possam ter um entendimento diverso sobre a questão, no seu plano conceitual e doutrinário.

Qualquer que seja a posição no sentido de que todas as gestantes façam ou não o teste sorológico, ou apenas aquelas de comportamento de risco, dois fatos são imperativos: primeiro, que o teste seja voluntário e que diante de sua negativa seja assegurado o acompanhamento do pré-natal e do parto; segundo, que seja garantido o sigilo do resultado.

A infecção pelo HIV e o recém-nascido

Ninguém discute aqui o valor e a procedência do diagnóstico precoce da infecção, permitindo à mulher utilizar-se de processos contraceptivos capazes de evitar a gravidez em tal estado, ou como forma de orientação para os cuidados pré e pós-natais, no sentido de reduzir ao máximo o risco de contaminação do feto ou do recém-nascido, além dos procedimentos necessários ao infante eventualmente infectado. Aqui, também, o exame deve ser facultativo, embora se deva registrar em prontuário a recusa da mãe gestante, principalmente se é ela do grupo chamado de procedimento de risco. O sigilo quanto ao resultado torna-se da mesma maneira obrigatório.

O sigilo como instrumento social

É imperioso lembrar que o segredo médico é um direito do paciente, como forma definitiva de conquista da cidadania e somente a ele cabe abrir mão desse privilégio. A não ser nas duas outras situações que o Código de Ética Médica desobriga: por *justa causa* ou por *dever legal*. O paciente infectado pelo HIV não foge a essa regra.

Se o paciente, neste particular, manifesta o desejo de que seus familiares não

tenham conhecimento de suas condições, ainda assim deve o médico respeitar tal decisão, persistindo essa proibição de quebra de sigilo mesmo após a sua morte. No entanto, é providencial que se exija do portador do HIV-positivo a designação de uma pessoa de sua inteira confiança para servir de intermediário entre ele e quem o assiste, e que o paciente colabore no sentido de cientificar aos seus parceiros sexuais ou membros de grupo de uso de drogas pesadas, no intuito de evitar a propagação do mal. Por outro lado, é obrigatória a notificação de todos os casos suspeitos ou com diagnóstico confirmado de AIDS. Não deve haver notificação dos casos de pessoas simplesmente infectadas pelo HIV.

Desse modo, só será permitida a quebra do sigilo profissional quando houver expressa autorização do paciente ou de seus responsáveis legais; por dever legal, nos casos de notificação compulsória à autoridade sanitária ou em preenchimento de atestado de óbito de portadores de AIDS; ou, por justa causa, nas situações de proteção da vida e da saúde de terceiros —quando membro de grupos de uso de drogas injetáveis ou comunicante sexual, ou o próprio paciente, recusar-se a lhes fornecer informações quanto a sua condição de infectado.

Se os portadores de HIV confiarem na preservação do sigilo das informações prestadas às equipes multiprofissionais que cuidam desses casos, e que somente na condição de doentes de AIDS haveria comunicação aos setores sanitários responsáveis, além da certeza do respeito a sua privacidade, estaria resolvida, em parte, a questão dos exames periódicos voluntários, contribuindo de forma significativa para o controle e a avaliação do quadro epidemiológico.

A inconveniência dos testes pré-admissionais

Uma das formas de preconceito mais evidente, na relação com possíveis portadores do HIV, é a solicitação de exames pré-admissionais que se vem impondo como condição de ingresso no trabalho, na escola e, até mesmo, no internamento hospitalar, na expectativa de surpreender indivíduos sorologicamente positivos.

Entendo que não existe qualquer justificativa técnica ou científica para tais exames. Quem necessita saber sobre esses resultados são os próprios indivíduos e as autoridades sanitárias que organizam suas campanhas e medem a extensão do

problema. Agindo-se de tal maneira contra os soropositivos, além dos despropósitos ético e científico, o critério é humilhante e contrário aos interesses sociais, pois desagrega o indivíduo, empurrando-o para a marginalidade sem as possibilidades de trabalho, sem a assistência médica e sem as condições financeiras que favoreçam sua sobrevivência.

No que se refere à posição dos médicos de empresas ou de juntas oficiais, todas as informações obtidas sobre esse assunto devem ser transmitidas apenas ao paciente. Qualquer informação sobre o empregado ao empregador, limitar-se á à aptidão ou à não aptidão do trabalhador, e se temporária ou permanente, para o desempenho de determinadas funções. A realização de testes sorológicos por imposição do empregador não encontra amparo técnico, científico ou moral, sendo esse assunto do interesse da autoridade sanitária. Até mesmo o poder público reconheceu seu equívoco, ao decidir, na Portaria Interministerial n.º 869, de 11 de agosto de 1992, dos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Administração, “proibir, no âmbito do serviço público, a exigência de testes de detecção de vírus da imunodeficiência adquirida, tanto nos testes pré-admissionais quanto nos exames periódicos de saúde”, considerando que a sorologia positiva não acarreta prejuízo da capacidade laborativa do seu portador, que os convívios social e profissional com portadores do vírus não configuram situações de risco, que a solidariedade e o combate à discriminação são fórmulas que a sociedade dispõe para minorar o problema e que essas situações devem ser conduzidas segundo os preceitos da ética e do sigilo.

O Conselho Federal de Medicina determinou, através da Resolução CFM n.º 1.359/92, que é vedada a realização compulsória da sorologia para HIV, em especial como condição necessária à internação hospitalar, pré-operatório, ou exames pré-admissionais ou periódicos e, ainda, em estabelecimentos prisionais.

Por fim, é bom que se enfatize ser a identificação de pacientes HIV-positivos em internamento hospitalar uma estratégia sem muita sustentação moral e nenhuma argumentação técnica, pois, na urgência, onde os aludidos riscos seriam mais evidentes, não haveria tempo para esperar o resultado sorológico. Haveria ainda o risco dos pacientes com viremia e sorologicamente negativos, e os casos dos que se negassem a tais exames. Os pacientes, por sua vez, notadamente os submetidos a procedimentos invasivos, teriam também o direito de exigir, com muito mais razão, o

teste dos médicos. O que se deve exigir, urgentemente, é um nível sério de cuidados na proteção de todos os profissionais de saúde, com enfoque para aqueles casos onde a contaminação sangüínea seja possível. No entanto, se alguma instituição quiser exigir a triagem sorológica dos pacientes não emergenciais, para que esse modelo venha a ser eticamente discutível é necessário que o exame seja voluntário e informado, que o paciente, ao não aceitar o teste, possa ser tratado sem nenhuma restrição, e que o paciente positivo tenha garantia do sigilo em relação ao resultado do exame e não sofra qualquer prejuízo na qualidade da assistência requerida.

O problema do menor infectado em estabelecimentos correccionais

Das tantas complexidades do problema, certamente, a mais complexa é a do posicionamento a ser adotado pela equipe médica, em face da solicitação de autoridade judicial ou administrativa, sobre o fornecimento de dados relativos a menores infratores e detentos do sistema correccional portadores de sorologia positiva para o HIV.

Em primeiro lugar, o médico não deve revelar às autoridades administrativas dos sistemas correccionais a identidade dos menores infratores com sorologia positiva. Não estaria justificada a quebra do sigilo pela suposta necessidade de adoção de medidas profiláticas, pois de nada adiantaria tal identificação, quando se sabe não existir procedimento algum que possa trazer benefícios ou que respeite a dignidade do menor, aumentando, isso sim, os riscos de segregação e de hostilidade. O que se deve fazer, urgentemente, é melhorar as condições do atendimento nessas instituições, hoje tão precárias e desumanas. Depois, acho conveniente revelar o fato aos pais ou aos seus responsáveis legais –no caso em tela, o juiz– por entender que aquele menor não tem a capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-los, como recomenda o artigo 103 do Código de Ética Médica.

E, por fim, acredito ser necessária a revelação do segredo à equipe multidisciplinar que trata também do menor, por considerar que a solução do problema não é da exclusiva competência médica, mas de tantos outros profissionais, os quais, também, sujeitos à obrigatoriedade do sigilo.

A postura do médico infectado

O médico infectado, como todos os pacientes, tem o direito à privacidade, ao sigilo e ao respeito que toda pessoa merece, não se podendo privá-lo de suas atividades no convívio social e no trabalho, respeitadas, é claro, as condições que seu estado de saúde permite e o tipo de atividade exercida.

Por outro lado, não se pode aceitar as recomendações do Centro de Controle de Doenças dos Estados Unidos (CDC), a partir de possibilidades remotas de transmissão do HIV, quando trata dos profissionais de saúde infectados. Em primeiro lugar, não há razões de ordem técnica ou moral para a realização sistemática e compulsória de sorologia anti-HIV em profissionais mais expostos, pois o risco de contaminação em alguns casos é quase nulo. Discute-se se existe ou não a necessidade da comunicação aos pacientes sobre a condição sorológica dos médicos infectados, que possam se envolver nos chamados procedimentos invasivos (atos sujeitos a risco de contaminação por perfuração acidental percutânea do profissional, através de contato do seu sangue com tecidos do paciente). Pessoalmente, entendo que sim: o médico deve dizer ao paciente que é portador do HIV-positivo.

Também não se vê a necessidade do impedimento de profissionais infectados de trabalharem normalmente em tarefas compatíveis com as suas condições de saúde e em determinadas modalidades de trabalho sem risco de contaminação. No entanto, recomenda-se que o médico portador da sorologia positiva para HIV, *sponte sua*, evite ou tome determinados cuidados com certos atos, principalmente nos procedimentos invasivos ou na manipulação de instrumental cortante ou perfurante capaz de passar sangue acidentalmente para o paciente, mesmo tendo em conta a probabilidade mínima de contaminação nesses casos. Não se considera errado o fato de a direção do corpo clínico discutir, caso a caso, a participação de cada profissional reconhecido como infectado, a partir do momento em que se evidenciam atitudes mais imprudentes por parte do médico em questão, pois deixar o problema sem nenhum controle também seria uma conduta irresponsável.

Em suma, o médico infectado pelo HIV, como qualquer outra pessoa, deverá ter sua privacidade respeitada, não existindo a necessidade de ele informar sobre sua situação. Todavia, havendo acidentes em procedimentos invasivos, o médico que conhece seu estado sorológico está obrigado eticamente a levar o fato ao conhecimento

das equipes de suporte e orientação, como, também, é dever moral dessas equipes ou do próprio médico informarem ao paciente sobre o possível risco e orientá-lo para os exames de praxe. Sendo o médico não-infectado e o paciente reconhecido como portador de sorologia positiva, havendo acidente em procedimento invasivo ou acidente com instrumental cortante ou pontiagudo, o médico tem de procurar aquelas equipes de orientação e submeter-se ao exame sorológico necessário.

A postura do médico ante os doentes e infectados pelo HIV

Nenhum médico pode recusar o atendimento profissional a pacientes portadores do vírus da imunodeficiência humana, pois essa assistência representa um imperativo moral da profissão médica. Assim se reporta em tom dogmático a Resolução CFM n.º 1.359, de 11 de novembro de 1992.

Levando em conta que a medicina é uma profissão voltada para a saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem nenhuma forma de discriminação; que a AIDS continua avançando e mudando seu perfil epidemiológico quando agride os diferentes grupos populacionais; e que o impacto da doença é medonho e limita o paciente, vulnerando-o física, moral, social e psicologicamente, tem-se de admitir que a obrigatoriedade do atendimento há de ser extensiva a todas as instituições de saúde, sejam elas públicas, privadas ou ditas filantrópicas.

É preciso também que esse atendimento seja integral e compatível com as normas de bio-segurança recomendadas pela Organização Mundial de Saúde e pelo Ministério da Saúde, e, por isso, não se pode aventar qualquer forma de desconhecimento ou falta de condições técnicas para recusar a assistência. Essas instituições devem também propiciar a todos os profissionais de saúde condições técnicas para recusar a assistência. Essas instituições devem também propiciar a todos os profissionais de saúde condições dignas para o exercício da profissão, inclusive os recursos para a proteção contra a infecção, com base nos conhecimentos científicos disponíveis. A garantia dessas condições de atendimento é de responsabilidade do diretor técnico de cada estabelecimento de saúde.

A infecção pelo HIV e o paciente que vai morrer

No que se refere ao paciente terminal, acometido de AIDS, a conduta médica deve ser a mesma que se recomenda para todos os pacientes nesta situação de insalvável, que não esteja nas condições dos doentes privados da vida de relação e do controle da vida vegetativa. Deste modo, não há como se permitir qualquer postura que não seja a da obrigação do médico em cuidar do paciente, utilizando-se dos recursos de manutenção da vida na sua fase terminal, independente da vontade dos familiares e, até mesmo, do próprio paciente nos chamados “testamentos em vida”, o qual não pode sujeitar o profissional a atitudes de confronto com sua consciência, com a norma e com seu Código de Ética.

As deficiências da legislação brasileira

Partindo do princípio de que as questões de saúde pública representam um direito inerente à cidadania e uma irrecusável e fundamental obrigação do Estado, cabe, através de uma estratégia bem articulada junto ao Sistema Único de Saúde, uma atenção desdobrada à prevenção, ao diagnóstico e ao tratamento da AIDS, assim como uma abordagem mais séria em favor dos infectados pelo HIV.

Ninguém pode desconhecer que esta doença é uma entidade sorológica grave, de evolução rápida e caminhando quase sempre para a morte e que, devido a suas características epidemiológicas, tende a se transformar num sério problema de saúde pública, necessitando, também, de um encaminhamento que não deixe de contar com a participação de todos no seu controle e prevenção. Assim, é imperativo, antes de tudo, a participação democrática de todos os segmentos organizados e representativos da sociedade, a fim de pressionar o Estado a assumir, por decisão política, uma postura capaz de garantir a mais ampla cobertura sobre o problema.

Atualmente, muitos são os países que contam com normas específicas que regulam os direitos dos pacientes aidéticos e dos infectados, desde a proibição da rejeição de crianças sorologicamente positivas em escolas e creches, até a censura

aos pedidos de testes para o HIV de pacientes em internamentos hospitalares.

Primeiro é necessário que se assegure a esses pacientes o acesso ao tratamento adequado, seja no ambulatório, no hospital ou no domicílio, incluindo nisso o fornecimento gratuito de medicamentos necessários e eficazes no tratamento da AIDS, aprovados pelo Ministério da Saúde, para essas ocorrências não se transformem em “casos de polícia”. Defendo também a idéia —embora criticada por alguns— de que se estipule em cada hospital público ou privado, qualquer que seja sua especialidade, um número mínimo de leitos para tratamento desses pacientes, como forma de impedir que eles sejam rejeitados no internamento, por motivo de discriminação ou má vontade, mesmo sabendo da disponibilidade de leitos em nosso país.

Advogo também a idéia de não se criar leitos destinados aos pacientes apenas infectados pelo HIV, que por ventura se internem nos hospitais para tratamento clínico ou cirúrgico, pois inevitavelmente seriam discriminados, dando-se, inclusive, oportunidade para a exigência dos testes pré-admissionais, convertendo-se em expediente vexatório, hostilizante e segregador.

Nessa legislação deve ficar bem claro o direito que tem o paciente HIV-positivo da manutenção do sigilo médico, do respeito a sua privacidade, do impedimento de demissão sem justa causa do seu trabalho, da proibição da divulgação do seu nome ou de seus parentes em listas de resultados de exames e de ter solicitados seus exames complementares quando pedidos pelos seus médicos assistentes.

É necessário ainda que se estipule espaços gratuitos nos meios de comunicação para divulgação desses interesses, a garantia dos pacientes aidéticos a todos os direitos trabalhistas, previdenciários e administrativos, além de assistência jurídica gratuita, acesso fácil e sem ônus ao tratamento dos hemofílicos como forma de prevenção à AIDS, direito de receber visitas no hospital, de atendimento médico de urgência e de intercorrências clínicas, e o de ter seu corpo velado em locais e condições respeitadas, de acordo com a reverência que se deve à dignidade humana.

Outro fato é o da criação de serviços de diagnóstico gratuitos, estimulando-se assim os indivíduos ao auto-exame, sem nenhum ônus e cujos resultados sejam dados através de meios que não identifiquem o paciente, mantendo-se o respeito a sua privacidade. Essa seria uma forma de fazer com que um maior número de pessoas

procurem esses exames.

Desestimar de uma vez por todas, não através de uma portaria, mas por meio de uma lei, a exigência de testes sorológicos para o HIV aos candidatos de concurso público ou ao acesso a empresas privadas, mesmo sabendo que um mandato de segurança, neste particular, seria um remédio tranqüilo e eficaz.

Ficar evidente na legislação a proibição da exigência de testes compulsórios de sorologia para o HIV, como condição obrigatória de internamento hospitalar, pré-operatório, assim como nos indivíduos recolhidos em estabelecimentos penitenciários, ou de internação, antes de serem recolhidos. Isso não tem nenhum subsídio técnico ou científico, nem ajudaria em nada esse problema, a não ser fomentar a discriminação e a intolerância.

Conclusão

Se quisermos efetivamente lutar e vencer esse mal, devemos, em primeiro lugar, não procurar explicações absurdas para justificar nossa indiferença e as nossas limitações. Depois, ficar ao lado dos que estão sendo vitimados pelo flagelo da AIDS, neste instante tão amargo da história da humanidade.

Mesmo admitindo-se que essa doença seja, em parte, uma invenção nossa, ninguém pode escamotear a sua gravidade como entidade epidêmica, que agride o sistema imunológico de forma complexa, de assustadora rapidez e, até agora, incurável.

Urge, ainda —hoje, mais do que nunca— exigir do poder público as condições necessárias para tratar esses doentes com a dignidade que merece a condição humana, e fazer ver à própria sociedade que a única forma de vencer essa doença é protegendo e amparando os que estão sendo atingidos. E também denunciar todas as injustiças cometidas, mitigando as suas dores e compreendendo sua dolorosa solidão na hora do sofrimento e da morte.

A cura virá, não igualmente para todos. É apenas uma questão de tempo.

Essas e outras epidemias passarão. Assim está escrito. O que fica, infelizmente, é a indiferença que o homem carrega consigo mesmo e a falta de convicção

de que seu destino está inexoravelmente preso ao destino do outro. Se não, cabe uma *mea culpa* universal.

**Genival Veloso de França,
Professor de Medicina Legal**

BIBLIOGRAFIA

1. CHAUI, M. *Repressão sexual - Essa nossa desconhecida*. São Paulo: Brasiliense, 1985.
2. FOUCAULT, M. *História da sexualidade. A vontade de saber*. vol. I, Rio de Janeiro: Graal, 1984.
3. FRANÇA, GV. *Comentários ao Código de Ética Médica*, 3ª edição, Rio: Editora Guanabara Koogan S/A, 2000.
4. FRANÇA, GV. *Direito Médico*. 6ª edição, São Paulo: Fundo Editorial Byk, 1995.
5. LEVI, G. *Síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS)*. Revista da Associação Médica Brasileira, vol. 31, n.º. 9/10, 1985.
6. SONTAG, S. *A doença como metáfora*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

EUTANÁSIA,

UM

ENFOQUE

ÉTICO-POLÍTICO

Genival Veloso de França

Genival Veloso de França (II)

EUTANÁSIA: UM ENFOQUE ÉTICO-POLÍTICO

1. Introdução

O ato de promover a morte antes do que seria de esperar, por motivo de compaixão e diante de um sofrimento penoso e insuportável, sempre foi motivo de reflexão por parte da sociedade. Agora, essa discussão tornou-se ainda mais presente quando se discute os direitos individuais como resultado de uma ampla mobilização do pensamento dos setores organizados da sociedade e quando a cidadania exige mais direitos. Além disso, surgem cada vez mais tratamentos e recursos capazes de prolongar por muito tempo a vida dos pacientes descerebrados, o que pode levar a um demorado e penoso processo de morrer.

A medicina atual, na medida em que avança na possibilidade de salvar mais vidas, cria inevitavelmente complexos dilemas éticos que permitem maiores dificuldades para um conceito mais ajustado do fim da existência humana. Além disso, “o aumento da eficácia e a segurança das novas modalidades terapêuticas motivam também questionamentos quanto aos aspectos econômicos, éticos e legais resultantes do emprego exagerado de tais medidas e das possíveis indicações inadequadas de sua aplicação”. O cenário da morte e a situação de paciente terminal são as condições que ensejam maiores conflitos neste contexto, levando

em conta os princípios, às vezes antagônicos, da *preservação da vida* e do *alívio do sofrimento*.

Desse modo, disfarçada, enfraquecida e desumanizada pelos rigores da moderna tecnologia médica, a morte vai mudando sua face ao longo do tempo. A cada dia que passa maior é a cobrança de que é possível uma morte digna e as famílias já admitem o direito de decidir sobre o destino de seus enfermos insalváveis e torturados pelo sofrimento físico, para os quais os meios terapêuticos disponíveis não conseguem atenuar. O médico vai sendo influenciado a seguir os passos dos moribundos e a agir com mais “sprit de finesse”, orientado por uma nova ética fundada em princípios sentimentais e preocupada em entender as dificuldades do final da vida humana; uma ética necessária para suprir uma tecnologia dispensável. Neste instante, é possível que a medicina venha a rever seu ideário e suas possibilidades, tendo a “humildade” de não tentar “vencer o invencível”.

Apesar do avanço da ciência, se auscultarmos mais atentamente a realidade sociológica atual nas comunidades de nossa convivência cultural, certamente vamos entender a complexidade e a profundidade do tema. Casabona, sobre isso, afirma que “tem de deixar-se assentado que a realidade se apresenta com uma complexidade muito superior, que dificulta a valorização da oportunidade da decisão a tomar. Afirmações como ‘incurável’, ‘proximidade de morte’, ‘perspectiva de cura’, ‘prolongamento da vida’ etc., são posições muito relativas e de uma referência, em muitas ocasiões, pouco confiáveis. Daí a delicadeza e a escrupulosidade necessárias na hora de enfrentar-se com o caso concreto”.

O “direito de matar” ou o “direito de morrer” sempre teve, em todas as épocas, seus mais extremados defensores. Na Índia de antigamente, os incuráveis eram jogados no Gangas, depois de se lhes vedar a boca e as narinas com a lama sagrada. Os espartanos, conta Plutarco em *Vidas Paralelas*, do alto do monte Tajeto, lançavam os recém-nascidos deformados e até anciãos, pois “só viam em seus filhos futuros guerreiros que, para cumprir tais condições deveriam apresentar as máximas condições de robustez e força”. Os Brâmanes eliminavam os velhos enfermos e os recém-nascidos defeituosos por considerá-los imprestáveis aos interesses do grupo.

Em Atenas, o Senado tinha o poder absoluto de decidir sobre a eliminação dos velhos e incuráveis, dando-lhes o *conium maculatum* –bebida venenosa, em cerimô-

nias especiais. Na Idade Média, oferecia-se aos guerreiros feridos um punhal muito afiado, conhecido por *misericórdia*, que lhes servia para evitar o sofrimento e a desonra. O polegar para baixo dos césaes era uma indulgente autorização à morte, permitindo aos gladiadores feridos evitarem a agonia e o ultraje.

Há até quem afirme que o gesto dos guardas judeus de darem a Jesus uma esponja embebida em vinagre, antes de constituir ato de zombaria e crueldade, teria sido uma maneira piedosa de amenizar seu sofrimento, pois o que lhe ofereceram, segundo consta, fora simplesmente o *vinho da morte*, numa atitude de extrema compaixão. Segundo Dioscorides, esta substância “produzia um sono profundo e prolongado, durante o qual o crucificado não sentia nem os mais cruentos castigos, e por fim caía em letargo passando à morte insensivelmente”.

Assim admitida na antiguidade, a eutanásia só foi condenada a partir do judaísmo e do cristianismo, em cujos princípios a vida tinha o caráter sagrado. No entanto, foi a partir do sentimento que cerca o direito moderno que a eutanásia tomou caráter criminoso, como proteção irrecusável do mais valioso dos bens: a vida. Até mesmo nos instantes mais densos, como nos conflitos internacionais, quando tudo parece perdido, face às condições mais precárias e excepcionais, ainda assim o bem da vida é de tal magnitude que a consciência humana procura protegê-la contra a insânia, criando regras para impedir a prática de crueldades irreparáveis. Outras vezes, a ciência, de forma desesperada, intima os cientistas do mundo inteiro a se debruçarem sobre as mesas de seus laboratórios, na procura dos meios salvadores da vida.

2. Fundamentos

Temos o direito de antecipar ou de permitir a antecipação da morte de um paciente, desde que autorizados, no sentido de proporcionar-lhe uma “boa morte”, quando o desenlace é fatal e inevitável? Quais as vantagens disso para a sociedade, para os familiares e para o paciente?

Antes, é necessário que se estabeleça a distinção que se vem fazendo ultimamente entre *eutanásia*, *ortotanásia* e *distanásia*.

A primeira seria uma conduta para promover a morte mais cedo do que se espera, por motivo de compaixão, ante um paciente incurável e em sofrimento insuportável. A ortotanásia, como a suspensão de meios medicamentosos ou artificiais de vida de um paciente em coma irreversível e considerado em “morte encefálica”, quando há grave comprometimento da coordenação da vida vegetativa e da vida de relação. E finalmente distanásia como o tratamento insistente, desnecessário e prolongado de um paciente terminal, que não apenas é *insalvável*, mas também submetido a tratamento fútil.

Os que são contra a eutanásia não admitem que se transforme *in articulo mortis* uma agonia, mesmo dolorosa, e se outorgue o direito de antecipar uma morte, como forma generosa de suprimir a dor e o sofrimento. Essas pessoas não admitem que se ofereça à profissão médica tão triste sina —a de praticar ou facilitar a morte, em face de uma série de situações que venham a ser consideradas como constrangedoras ou nocivas aos interesses da própria sociedade.

Muitos já imaginam ver o médico na difícil situação de deixar o paciente sem entender se aqueles cuidados são em benefício de sua saúde ou de outros interesses não confessados. Assim, dizem eles, muitos pacientes, principalmente aqueles em estado grave, passariam a temer a presença do médico, sonegando informações indispensáveis.

Contrário à licitude da eutanásia, Mantovani ainda sugere três ordens de considerações: 1. *Considerações de princípios*, levando em conta a irrenunciabilidade da intangibilidade da vida humana; 2. *Considerações de ordem prática*, representadas pela incontenibilidade da eutanásia piedosa, capaz de transformar casos isolados em fenômenos coletivos; pela relatividade dos diagnósticos de incurabilidade e dos prognósticos de morte iminente; pela possível superveniência dos novos tratamentos médico-cirúrgicos; pelo extremo subjetivismo do limite da insuportabilidade da dor; pela extrema dificuldade de acertar com a definitividade ou temporaneidade da vontade de morrer do paciente; em face da dúvida sobre a validade da liberdade e do consentimento prestado; pela dificuldade de distinguir entre o autêntico motivo altruístico da piedade e um suposto motivo egoístico-oportunista. 3. *Considerações de oportunidade*, quanto à idoneidade moral e profissional do médico, à desconfiança do aparelho médico-hospitalar, à fuga dos internamentos hospitalares e às alterações de conseqüências complexas em torno de relações e situações jurídicas e

não-jurídicas que supõem a eutanásia como uma espécie de antecipação da morte natural.

Os defensores da eutanásia fundamentam sua validade nos seguintes argumentos: *incurabilidade, sofrimento insuportável e inutilidade*.

A incurabilidade é um prognóstico, uma presunção, uma conjectura. Por isso, é ela duvidosa. Mesmo o diagnóstico, para o qual tantos são os recursos da técnica e da ciência, não apresenta mesmo assim, um estágio de rigorosa exatidão. Somem-se a isto as disponibilidades terapêuticas e diagnósticas de cada lugar e a capacidade técnica e intelectual de cada médico. Dessa forma, a incurabilidade ainda se coloca de forma duvidosa, pois há enfermidades que numa época eram incuráveis e logo imediatamente não foram mais.

O sofrimento, por mais que ele comova, não pode constituir um meio seguro ou num termômetro para medir-se a gravidade de um mal, nem tampouco autoriza a decidir sobre questões de vida ou de morte: não pode servir como recurso definitivo para aferir tão delicada questão. A verdade é que a civilização de consumo começa a modificar a experiência da dor, esvaziando do indivíduo suas reações pessoais e transformando essa dor num problema de ordem técnica. Ivan Illich observa que “esse indivíduo não vê mais na dor uma necessidade natural, mas que ela se apresenta, desde logo, como resultado de uma tecnologia faltosa, de uma legislação injusta ou de uma carência de ordem social ou econômica”. A dor começa a perder seu sentido na linguagem comum e a se fortalecer como termo técnico. Desde o momento em que ela se tornou coisa manipulável, passando a ser matéria de superproteção, a sociedade aceitou tal procedimento e rendeu-se a ele, numa forma de solução aparentemente fácil para resolver seus fracassos.

O argumento de alguém ser inútil pelo fato de apresentar-se com uma doença incurável é inoportuno e desumano, pois é inadmissível rotular assim quem viveu, amou e contribuiu, e que agora não reunindo mais condições físicas ou psíquicas, venha a merecer tal consideração.

Os que defendem a eutanásia o fazem como um verdadeiro “direito de morrer com dignidade”, ante uma situação irremediável e penosa, e que tende a uma agonia prolongada e cruel. Desse modo, seria concedida aos médicos a faculdade de propiciar uma morte sem sofrimento ao paciente portador de um mal sem esperan-

ça e cuja agonia é longa e sofrida. O problema da morte piedosa ou por compaixão ao enfermo incurável e dolorido, consciente de seu estado e de sua doença, que deseja abreviar seus sofrimentos, seria visto como um ato de humanidade e justiça. Admitem até que o médico poderia chegar à eutanásia como um meio de cura, pois curar –para tal entendimento– não é só sanar, é aliviar também. E que o médico que administra uma dose letal de medicamento não pretende propriamente a morte do paciente, mas o alívio dos seus sofrimentos. Admitem ainda que o homem goza, dentre seus direitos, do privilégio de dispor de sua própria vida, quando, por sua livre e espontânea vontade, desistir de viver. Com esse pensamento, chegam a aceitar que o indivíduo pode dispor, em qualquer situação, de sua existência, muito mais quando gravemente enfermo e em doloroso sofrimento. Não haveria um delito a punir-se, mas um alívio na angústia e no sofrimento torturante.

A suspensão dos meios artificiais de um paciente *insalvável* e em estado de vida vegetativa é a situação que tem merecido maior compreensão da sociedade. Assim, diante de uma morte inevitável, cercada de muito sofrimento e diagnosticada pelos critérios rigorosos da “morte encefálica”, nem se pode dizer que exista eutanásia, pois este indivíduo já está morto pelo conceito atual que se tem de óbito. Não se pode considerar tal ocorrência como uma forma de matar porque, neste tipo de suspensão dos meios mecânicos de suporte da vida, diz Mackie, o médico não deu início ao curso dos eventos que levará o paciente à morte. Segre vai mais longe quando afirma: “vê-se que já não se trata de autorizar, ou de proibir a prática da eutanásia, mas apenas de definir se o paciente está vivo ou morto”.

No que diz respeito à distanásia, quando se critica o “tratamento fútil”, não se está dizendo que o paciente deva ser abandonado. Propõe-se neste estágio de morte declarada, quando apenas existe a sustentação de uma vida vegetativa por meios artificiais, a não obstinação terapêutica, onde o médico deve acompanhar o “paciente doente” e não a “doença do paciente”.

Assim, entendendo-se que a distanásia não é outra coisa senão a “morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento”, em cujo processo o tratamento tornou-se inútil, não há outro caminho mais sensato que o da suspensão dos meios artificiais dispensáveis e supérfluos. Desta forma, a morte ocorrerá “no seu tempo”.

Nestas questões, existe uma interminável polêmica: deve prevalecer a

sacralidade ou a qualidade da vida? A primeira representa aquilo que a vida humana tem na dimensão que exige a dignidade de cada homem e de cada mulher. E a qualidade da vida representa um conjunto de habilidades físicas e psíquicas que facultam o ser humano viver razoavelmente bem.

Rachels faz uma distinção entre “estar vivo” e “ter vida”, ou seja, entre a vida no sentido *biológico* e a vida no seu aspecto *biográfico*. Com isso ele quer individualizar um tipo de seres humanos que, mesmo estando vivos, não tem vida. O exemplo por ele apontado seria o de um portador da doença de Alzheimer. Para este autor, estar vivo no sentido biológico tem pouca importância e, na ausência de uma vida consciente, é indiferente para o indivíduo estar vivo ou não. Além do mais, defende ele a chamada “tese da equivalência”, segundo a qual não existiria nenhuma diferença entre “matar uma pessoa” e “deixá-la morrer”.

Em sua visão utilitarista, ele só considera imoral matar se isso vai privar o indivíduo dos seus desejos, de suas crenças e dos anseios que constituem um projeto de vida, atributos esses que justificariam continuar sua existência. A morte seria um mal não porque põs fim ao estar “vivo”, mas ao fim da vida na sua perspectiva biográfica. Para ele, em certos casos, “matar não implica a destruição de uma vida”.

Tal posicionamento, não apenas alcançaria as situações terminais da vida humana, mas avançaria a todos aqueles que por uma outra razão estivessem privados da consciência. O mais surpreendente desta posição é que a vida não é um valor no sentido moral, mas um bem apenas. Diante de tal postura, independe a condição do paciente estar consciente e solicitar a ação eutanásica, pois não restaria um valor humano para se proteger, mas apenas um estado biológico de uma vida subnormal.

Esta posição, além de ser moralmente inconsistente por considerar a vida como coisa possuída –na qualidade do “ter” e não na do “ser”–, admite ainda um pensamento consequencialista de que matar só é diferente do roubar pelo valor estimativo dos bens perdidos.

Quando se defende a ética da qualidade da vida, diante de situações bem concretas, em confronto com a posição tradicional da sacralidade da vida, não se quer com isso desprezar os valores da natureza humana nem “coisificar” a pessoa que existe em cada um de nós. A vida humana, independente da sua qualidade e ainda que se venha a tomar certas medidas, tem o mesmo valor e o mesmo direito de ser preservada em sua dignidade. Todavia, se qualidade de vida significa tão-somente a

habilidade de alguém realizar certos objetivos na vida e quando estas habilidades não mais existem, venha desaparecer a obrigação de tratar, aí então esse conceito é pobre e mesquinho. Outra coisa: na conceituação de qualidade e quantidade da vida vem se procurando determinar o que deve ser considerado ordinário ou extraordinário.

Para alguns, sobre isto, o Vaticano colocou-se de forma muito subjetiva e simplista, em Declaração sobre a Eutanásia, ao afirmar: “Não se pode impor a ninguém a obrigação de recorrer a uma técnica que, embora já em uso, representa um risco ou é demasiado onerosa. Recusá-la não equivale a um suicídio; significa, antes, a aceitação da condição humana, ou preocupação de evitar adotar um procedimento médico desproporcional aos resultados que se podem esperar, ou vontade de não impor despesas demasiado pesadas à família ou à coletividade”. E quando afirma que “tomar decisões corresponderá, em última análise, à consciência do enfermo ou das pessoas qualificadas para falar em seu nome ou inclusive dos médicos, à luz das obrigações morais e dos distintos aspectos do caso”, parece-nos demasiado permissivo para que em certos momentos, até mesmo por questões econômicas, alguém venha a decidir sobre a licitude ética do que constitui morrer com dignidade.

Se o critério para o uso de um medicamento é fundamental na possibilidade de oferecer resultado a um paciente salvável, então isto é que vai determinar o que é ordinário ou não. A avaliação é sobre a qualidade da vida e não sobre a qualidade do meio. O difícil, parece-nos, é conceituar o que é “qualidade de vida” e estabelecer os limites mais objetivos ante a diversidade das situações apresentadas, e não conceituar o que seja “qualidade de meios”. O conceito de qualidade de vida torna-se complexo a partir do instante em que se admite ser todo juízo baseado em considerações qualitativas até certo ponto preconceituosas. É mais difícil ainda é classificar as pessoas baseadas em critérios de tipos de vida, ou justificar uma ética da qualidade da vida que se fundamenta no princípio simplista de que a um determinado paciente se ofereça todos os cuidados disponíveis ou não se ofereça nenhum.

Entender também que a qualidade da vida de uma pessoa não pode ser avaliada como uma capacidade plena para o exercício de todas as habilidades. Não. O ser humano merece respeito a sua dignidade, independente do que ele consegue realizar. Ninguém existe para disputar torneios ou competições de habilidades, mas para realizar o próprio destino de criatura humana. A qualidade e a sacralidade da vida são valores que podem estar aliados. É inaceitável essa desvinculação absoluta que se faz entre sacralidade e qualidade da vida. Poderíamos até dizer que o princípio da

sacralidade é o primeiro princípio, pelo menos do ponto de vista teórico, para se iniciar uma discussão sobre eutanásia. Por sua vez, a qualidade da vida não é um valor estranho ou um valor alternativo de um determinado conceito vida. É um critério de referência capaz de contribuir também com o respeito que se deve à vida humana. McCormick deixa isso bem claro quando afirma: “ambos enfoques não deveriam contrapor-se desta maneira. A valorização sobre a qualidade da vida deve fazer-se com absoluta reverência, como uma extensão do próprio respeito pela sacralidade da vida”.

Deve ficar claro que o juízo de valor sobre a proporcionalidade dos cuidados não é tão simples, pois ele não termina na avaliação da qualidade da vida. Devem influenciar o raciocínio médico, as razões da família e o que admite o paciente sobre a insistência das medidas terapêuticas. O fundamento ético impositivo de uma necessária assistência a um paciente terminal é a predisposição de melhores condições para que este doente conviva com sua doença e eventualmente com sua morte. Um dos erros dos defensores mais intransigentes da ética da qualidade da vida, como já dissemos, é admitir que ao paciente se dêem todos os cuidados ou não se dê nenhum, agindo assim de maneira tão caprichosa e simplista sobre questões quase sempre complexas e difíceis.

O pensamento utilitarista que se inclina obstinadamente para o lado do valor biográfico do indivíduo –desprezando o “estar vivo” sob o aspecto biológico–, erra ainda quando procura resolver as questões com a aplicação de um só critério, transformando os problemas morais em meros problemas técnicos ou estatísticos, não deixando espaço para uma reflexão sobre os valores que definem a dignidade humana, nem reconhecendo a oportunidade de avaliar outras considerações. O significado da racionalidade iluminista não é compatível com uma ética biomédica que se ajusta no princípio da ponderação e do respeito à dignidade de ser humano.

Outra teoria não bem definida é a de Kuhsh, baseada no princípio do *duplo efeito*, no qual se indaga se é lícito utilizar uma conduta cujos resultados são traduzidos em parte por benefícios e, em outra, por malefícios impossíveis de evitar. Caracteriza-se esta teoria por quatro fundamentos: 1 – que o ato em si seja moralmente bom ou indiferente; 2 – que o agente não busque diretamente o efeito mau senão que apenas permita; 3 – que o efeito bom não seja produto diretamente da ação do efeito mau; 4 – que o bem obtido do efeito bom seja devidamente relaciona-

do com o efeito mau permitido, de forma que o compense.

O que a autora pretende na defesa de tal princípio é demonstrar a possibilidade de justificar um ato que “fique restrito a intencionalidade e não assuma todas as conseqüências previsíveis de uma ação voluntária” ou que “a qualificação moral de um ato depende sempre do que o agente pretendeu como fim”. Tenta justificar que supressão intencional e supressão não intencional da vida são diferentes do que se entende entre “matar” e “deixar morrer”. O fundamento da doutrina do *duplo efeito* está pois na condição da proporcionalidade entre os bons e os maus resultados. No entanto, essa condição não explica como estabelecer os limites entre os resultados pretendidos e os meramente previstos. Nem muito menos esclarece se um ato está ou não proibido e quais as condições da intencionalidade. Em suma, o critério da proporcionalidade não tem como determinar se um agente pretendeu efetivamente o bem ou previu um certo efeito mau, como afirma Reichlin.

Entende-se por dignidade a qualidade ou a condição de alguém ser respeitado, honrado e valorizado. Hobbes dizia que “o valor social de um homem, que é o valor estabelecido sobre ele e sobre o bem comum, é o que os homens comumente chamam de dignidade”. Pelo visto, este não é o conceito que normalmente se tem quando se justifica a eutanásia. Muitos admitem que a dignidade está muito vinculada à liberdade. Isso também nem sempre se ajusta ao interesse comum, embora todos reconheçam que ser livre é parte significativa da identidade pessoal e do exercício da cidadania.

Como tal se entende, permitir que alguém continue vivendo uma vida apenas biológica, mantida por aparelhos, sem levar em consideração o sofrimento do paciente e a inutilidade do tratamento, é agir contra a dignidade humana. Se alguém defende tal permanência, apenas por considerar a “santidade da vida”, certamente tem nessa obstinação uma forma indisfarçável de atentado à dignidade dessa pessoa. Por sua vez, antecipar a morte de alguém consciente ou não, com as constantes vitais mantidas normalmente, ainda que tenha uma morte prevista e um relativo sofrimento, é atentar contra a dignidade humana.

3. Paciente terminal

Definir paciente terminal não tem sido tarefa tão fácil como aparentemente pode

dar a entender. Inclusive a expressão *terminal*, no presente momento, é complexa e arriscada, porque um paciente portador de uma enfermidade de evolução fatal e grave pode, em determinados instantes, voltar às suas atividades, como, por exemplo, os portadores de neoplasias mais severas que podem ter uma sobrevida estimável –às vezes por tempo prolongado, graças ao avanço vertiginoso das terapêuticas hoje empregadas. Seu conceito, portanto, é impreciso, até porque a própria vida já é por si mesma terminal.

Considera-se paciente terminal aquele que, na evolução de sua doença, não responde mais a nenhuma medida terapêutica conhecida e aplicada, sem condições portanto de cura ou de prolongamento da sobrevivência, necessitando apenas de cuidados que faculte o máximo de conforto e bem-estar. Segundo Holland é terminal aquele paciente que apresenta duas características fundamentais: a da incurabilidade e a do fracasso terapêutico dos recursos médicos.

Ninguém discute hoje os benefícios que a tecnologia moderna vem trazendo na preservação, erradicação e cura das doenças e na reversibilidade da expectativa ante as condições mais adversas. O que se discute, no momento, é o mau uso desses recursos, com suas implicações éticas, legais e econômicas, evitando-se que ela se transforme num instrumento de exploração ou num mecanismo de sofrimento inútil e de resultados ineficazes.

Mesmo que a morte faça parte da vida de cada um de nós, este instante é muito pessoal e único. Por isso, já se defende a idéia de que temos o direito de viver em toda plenitude a última etapa de nossa existência, apesar dos sofrimentos e das limitações.

Nunca podemos esquecer que o conteúdo e o significado da fase terminal da vida de um ser humano –a expectativa da morte iminente, o lugar onde ele se encontra, a agonia, o sofrimento e os rituais que precedem a sua morte–, estão intrincados nos valores basilares que ele crê, e nos costumes e tradições que envolvem este momento na cultura a que ele pertence.

Há quem considere admissível, diante de um paciente salvável, prevalecer a preservação da vida sobre o alívio do sofrimento, mesmo com algum constrangimento do paciente. E diante de um outro em fase de morte inevitável, quando a cura não é mais possível e quando seu estágio de vida é final, prevalecer o princípio do alívio do sofrimento sobre o da preservação de uma existência precária, por considerar que qualquer tratamento mais agressivo traria certamente sofrimentos inúteis.

Também é importante que se defina o que significam procedimento ordinário e procedimento extraordinário. Se um paciente terminal necessita de uma traqueostomia ou de uma alimentação parenteral, isso deve ser feito por tratar-se muito mais de cuidados ordinários do que de tratamento. Por outro lado, se um doente descerebrado necessitar de uma série de diálises renais, é evidente que esse procedimento merece outra forma de discussão. Deve ficar bem claro que o conceito de ordinário e extraordinário deve estar relacionado com o estado do paciente e não com as condições da disponibilidade médico-hospitalar. O medo que faz é existir hoje ou amanhã uma relação de procedimentos escrita considerando o que seja ordinário ou extraordinário. E assim chegaríamos à situação em que alguém viesse a considerar uma hidratação ou uma traqueostomia como recurso despropositado.

Mesmo assim, qualquer que seja o entendimento da equipe em relação a um paciente terminal, é muito justo que toda conduta seja discutida com a família e, quando possível, com o próprio doente, levando-se em conta o que é melhor para assisti-lo, mesmo sabendo-se que é difícil falar em autonomia do doente terminal. O que se discute a partir daí, é a utilização de recursos ou procedimentos considerados inúteis e capazes de trazer desconforto e sofrimento ao paciente chamado terminal. E mais: suspender uma respiração artificial de um paciente portador de uma vida vegetativa e sem nenhuma condição de reversibilidade, com certeza não é uma forma de matar, pois o médico não deu início ao curso de eventos que levará à morte o paciente.

Dentro deste quadro, há uma pungente situação: a da *criança enferma terminal*, face o envolvimento dos pais no processo, a necessidade de uma avaliação sobre a compreensão do pequeno enfermo a respeito da morte e as repercussões negativas que podem surgir no seu psiquismo com a comunicação dos profissionais. Entender também que a família da criança terminal é um núcleo de alto risco psicológico, pois a enfermidade dela pode constituir um fator de culpabilidade assimilado pelos pais, assim como a dificuldade de passar algumas informações aos irmãos do pequeno paciente.

4. Critérios atuais para um diagnóstico de morte

O conceito de morte, tradicionalmente aceito, constituiu-se por muito tempo na certeza da cessação total e permanente de todas as funções vitais.

Hoje a tendência é aceitar-se a morte *encefálica*, traduzida como aquela que compromete irreversivelmente a vida de relação e a coordenação da vida vegetativa, diferente, pois, da *morte cerebral* ou *cortical*, que compromete apenas a vida de relação.

Mesmo assim, é difícil precisar o exato momento da morte porque ela não é um fato instantâneo, e sim uma seqüência de fenômenos gradativamente processados nos vários órgãos e sistemas de manutenção da vida. Hoje, com os novos meios semiológicos e instrumentais disponíveis, podem-se, tecnicamente, determiná-la mais precocemente.

Os fundamentos éticos de um rigoroso conceito de morte nos levam a respeitar, entre outros, um determinado espaço de tempo, dentro de uma criteriosa margem de segurança. Por isso, não podemos esquecer as palavras de Vega Diaz: “Um segundo pode ser a unidade de tempo que faça de um sujeito vivo um cadáver, mas também pode fazer da morte um homicídio”.

Atualmente, a tendência é dar-se privilégio à avaliação da atividade cerebral e ao estado de descerebração ultrapassada como indicativo de morte real. Será que basta apenas a observação do traçado isoeletrico do cérebro para se concluir pelo estado de morte? Acreditamos que não.

A morte, como elemento definidor do fim da pessoa, não pode ser explicada pela parada ou falência de um único órgão, por mais hierarquizado e indispensável que seja. É na extinção do complexo pessoal, representado por um conjunto, que não era constituído só de estruturas e funções, mas de uma representação inteira. O que morre é o conjunto que se associava para a integração de uma personalidade. Daí a necessidade de não se admitir em um único sistema o plano definidor da morte.

Agora, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução CFM n.º 1.480, de 8 de agosto de 1997, dispondo sobre novos critérios de constatação da morte encefálica. Com a edição desta Resolução, ficam atualizadas as normas anteriormente editadas, baixando seu limite de idade, criando um termo de declaração de morte encefálica para ser preenchido no hospital e estabelecimento onde se verificar o óbito. Os parâmetros clínicos para a avaliação da morte encefálica estão indicados na valorização do coma aperceptivo com ausência da atividade motora supra-espinhal e de apnéia. Os exames complementares ionizados para essa confirmação devem estar

representados pela ausência da atividade metabólica cerebral ou pela ausência de perfusão sanguínea cerebral.

Desta forma, só há morte quando existe lesão irreversível de todo encéfalo. Isto, além de ser tecnicamente mais fácil e seguro de se confirmar, não nos levaria a intervir contra um comatoso que mantém suas funções vitais sem a assistência de um respirador ou de certas medidas de reanimação circulatória. Ou seja: com tais critérios pode-se dizer que existe uma margem de segurança para se propor, no momento, um conceito ético de morte.

Mollaret e Goulon cunharam a expressão “coma dépassé” como sendo aquele em indivíduos com respiração assistida, arreflexia e perda irreversível da consciência, juntas com a inatividade elétrica do cérebro.

É perigoso dizer-se que a vida só deve ser preservada quando constituir um veículo para a consciência e que apenas a consciência tem valor. Pode-se até admitir que alguém se expresse e se aperfeiçoe mediante uma atividade, porém não se identifica com ela. Aquele pensamento pode levar a políticas eugênicas e propostas seletivas, onde certamente os grupos discriminados seriam mais vítimas ainda. Uma nobre intenção de hoje capaz de se transformar num pesadelo amanhã.

Estamos certos de que podemos hoje elaborar um razoável conceito ético de morte, desde que os critérios para sua avaliação sejam simples, objetivos, universais e acessíveis. E que se entenda que o momento da morte não pode ser objeto de diagnóstico porque ele não é evidente nem avaliado. Mas podemos determinar a morte desde que se possa confirmar a ausência de sinais de vida organizada. Esta determinação também não pode estar na morte de um órgão, mesmo sendo ele indispensável, senão na evidência de sinais claros que indiquem a privação da atividade vital como um todo e, se possível, registrados em instrumentos confiáveis.

Resumindo: o fato de um indivíduo, com privação irreversível da consciência, manter espontaneamente a integração das funções vitais (respiração e circulação), demonstra que é uma pessoa viva. Tal afirmativa, no entanto, não é o mesmo que manter tecnologicamente um simulacro de vida, prolongar de forma artificial um sofrimento ou insistir no medicalismo obstinado da medicina fútil.

5. Aspectos éticos

A eutanásia, mesmo com o eufemismo de *sanidicídio* ou *benemortásia*, não pode deixar de merecer a devida censura, tenha o médico o consentimento dos familiares do paciente (eutanásia involuntária), ou se agiu a pedido do próprio paciente, induzindo-o ou fornecendo meios para o chamado *suicídio assistido* (eutanásia voluntária).

Assim, fica claro que o médico não pode nem deve, de forma alguma e em nenhuma circunstância, contribuir ativamente para a morte do paciente, pois isso se contrapõe ao seu compromisso profissional e a sua formação moral. O médico, amparado na sua tradição e no seu Código de Ética, fundamenta tal posição nos ditames que lhe vedam “utilizar em qualquer caso meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”. Orienta-se no princípio que deve empregar o melhor do seu esforço e da sua ciência, no sentido de “promover a vida humana e jamais utilizar seus recursos para promover a morte”. É inaceitável qualquer forma de eutanásia, tal qual nós a entendemos, sempre que se possa ter o mesmo resultado – não sofrimento, mantendo o respeito pela vida do paciente. Não é justo também que, por razões utilitaristas, alguém venha a privar um moribundo dos chamados procedimentos primários, ainda que de certa forma paliativos.

Também deve ser registrado que entre a ação e a omissão existe apenas um vácuo filosófico, mas a intenção do resultado é a mesma. Fletcher afirma que “é ser ingênuo e superficial supor que, não fazendo ‘nada positivamente’ para apressar a morte, não somos cúmplices na sua morte. Não fazer algo é fazer algo, é uma decisão para agir tanto quanto decidir em fazer qualquer outra coisa”.

O mesmo se diga quanto ao consentimento. Se ele existe, não justifica, pois o interesse comum não pode ser subjugado pelo interesse individual. A autorização de um ato, por si, não legitima sua realização. A licitude do ato está na sua legitimidade e na sua indiscutível necessidade. Mesmo que o consentimento do paciente estivesse vinculado à liceidade do ato eutanásico, ainda assim não estariam afastadas as dúvidas. Difícilmente alguém em estado gravíssimo e de iminência de morte poderia autodeterminar-se racionalmente para autorizar sua morte. Se apenas fosse exigido o consentimento dos familiares, neste caso as dúvidas ainda seriam maiores quando tantos interesses inconfessáveis poderiam fluir contra o pobre moribundo. E se não existe o consentimento, quando das chamadas eutanásias involuntárias, então, nesses casos, o fato é ainda mais grave porque os princípios morais que tentam justificar

a eutanásia tornariam ainda mais precária a sua validade.

Até que ponto tem o médico o direito de manter os meios de sustentação artificial da vida de um paciente com morte encefálica, cujas funções cerebrais são irrecuperáveis? Até onde a ética do médico permite a suspensão desses meios que mantêm vegetativamente uma vida?

Fala-se que a obrigação de prolongar essa vida dependeria das relações médico-paciente-familiares, ficando o profissional livre para decidir por sua consciência e por delegação dos responsáveis legais.

Acreditamos que já contamos com uma definição bem clara de morte e, assim, já temos como proceder mesmo nas situações mais delicadas. Quando a própria lei remete ao Conselho Federal de Medicina a oportunidade de definir os critérios para uma conceituação de morte encefálica, achamos que a partir daí o problema ficou mais simples de ser resolvido: se o indivíduo não se apresenta nas circunstâncias ali determinadas, ele está vivo e como tal não se pode cogitar a eutanásia. Desta forma, fica bem claro, desde logo, existir uma fundamental diferença entre a eutanásia – proibida e condenável – e a suspensão de meios artificiais utilizados na manutenção de uma vida vegetativa para a qual aqueles critérios já a definem como morte.

Também deve ser dito que a suspensão de tratamento de um paciente grave que vive autonomamente, não é diferente de matá-lo usando outro recurso, pois as situações são equivalentes sob o ponto de vista moral. O gesto eutanásico está demonstrado de forma inequívoca.

Ipsa facto, a ortotanásia, constante da supressão de meios artificiais para o prolongamento da vida de um indivíduo em “coma depressé”, já merece a compreensão da sociedade, tendo em conta que ele se mantém com respiração assistida, arreflexia e perda irreversível da consciência, associadas a um “silêncio” eletroencefalográfico. Para essas pessoas, o prolongamento penoso de uma “vida vegetativa”, por seus aspectos físicos, emocionais e mesmo econômicos, seria de nenhuma utilidade. Gafo, ao defender a ortotanásia, afirma que ela tem o sentido de contribuir para que as pessoas possam morrer humanamente, sem uso de qualquer processo capaz de apressá-la, mas tão-só de torná-la uma medida que não prolongue a existência de uma vida vegetativa, cujos critérios diagnósticos atualmente recomendados já consideram o indivíduo morto.

Ainda que a ética não seja uma ciência exata, ela tem implicações lógicas que nos permitem em cada caso um procedimento que se ajuste ao bem procurado. Se

não tivermos bem definida a questão da morte, através de critérios cada vez mais claros e precisos, a vida se transformará num objeto disponível sujeito às imposições subjetivas, e isso não pode se constituir numa experiência do atuar moralmente.

6. Conclusão

Diante do exposto, fica claro que a *eutanásia* –aquela na qual se utiliza meios ou que se facilita a supressão de uma vida–, é prática condenável, e quando praticada pelo médico, constitui subversão de toda doutrina hipocrática e distorção do exercício da medicina, cujo compromisso é voltar-se sempre em favor da vida do homem, prevenindo doenças, tratando dos enfermos e minorando o sofrimento, sem discriminação ou preconceito de qualquer natureza. Kohl afirma que “é interessante ler a bibliografia que exalta a eutanásia como ‘fato de piedade’. Não é fácil descobrir nela o espírito utilitarista e a ultrapassagem ilícita dos limites hierárquicos, elementos esses que, na prática, caracterizam todas as formas de manipulação nocivas para o homem”.

No que se refere à *ortotanásia* –suspensão dos meios artificiais de manutenção da vida–, cada vez mais aceita e compreendida, não pode ser considerada ilícita, pois, em tais casos, se os critérios utilizados na conceituação diagnóstica forem corretos, o indivíduo já está morto. Por isso, nunca é demais dizer que tais critérios para um diagnóstico de morte encefálica devem ser mais e mais difundidos e explicados para o conjunto da sociedade, pois só assim as pessoas passarão a ser sócias de tais decisões. Além do mais, não há hoje necessidade do uso da expressão “eutanásia passiva” pelo seu sentido dúbio, chamando de eutanásia a qualquer forma de supressão da vida, de forma direta ou indireta, passiva ou ativa, voluntária ou involuntária, que tenha por medida antecipar a morte de um paciente incurável, evitando-lhe o sofrimento e a agonia. Até porque moralmente não existe nenhuma diferença entre alcançar um resultado por ação ou por omissão.

O mesmo se diga quanto à *distanásia* –obstinação terapêutica diante de casos irreversíveis e mantidos artificialmente–, pois só assim teremos uma alternativa consciente de determinar respeitosamente o fim da criatura humana. Isso nada tem a ver com o que se chama de “assassinato piedoso”. Uma coisa é se negar a cuidar da vida e prolongá-la; outra é prolongar apenas o processo inelutável da morte, como assina-la Haering.

Acreditamos que esta distinção de estágios de um paciente terminal é importante, não só por questões de segurança ético-legal, mas como forma de equilibrar a inclinação pessoal, o interesse público e a ordem social. Achamos até que tais distinções deviam existir na norma penal, para que a matéria não fique no neutralismo das concepções apáticas, nem no açoitamento do impulso ousado, permitindo que se venha a decidir pelo comodismo ou pelos interesses inconfessáveis. Não esquecer ainda os três grandes riscos que a generalização da eutanásia pode acarretar: a possibilidade de erro, a possibilidade de abuso e o desgaste da relação médico-paciente. Abertas as portas, passarão também as piores intenções e as conseqüências mais desastrosas. Além do mais, o perigo que uma possível institucionalização da eutanásia poderia representar às pessoas mais fracas de um determinado segmento social.

Se quisermos simplificar a questão, diremos apenas que não se trata de sermos a favor ou contra essa ou aquela forma de eutanásia, mas tão-só o cuidado de seguir criteriosamente o novo conceito de morte, sabendo-se se o paciente está vivo ou não. Com isso, muitas das chamadas “diretivas de futuro” (advance directives—DA), como os “testamentos vitais” (living wills) ou os “poderes legais” (durable powers of attorney), ambos instrumentos jurídicos para decisões subrogadas criados com base na “lei da auto-determinação do paciente (patient self-determination act—PSDA), até de forma compulsória em certos climas mais consumistas, principalmente quando do internamento de pessoas carentes, já não terão maior significado. Clotet, com acentuada razão, afirma: “A atitude de desconfiança para com a PSDA é compreensível quando se leva em conta as seguintes questões: Qual é o momento em que o curador deve iniciar o seu papel? É necessário um atestado médico ou do tribunal para poder assumir as funções de curador ou de responsável pelo paciente? O que fazer quando as DA não têm nada a ver com o quadro ou situação extrema apresentados pelo paciente?” Estas e outras questões, com certeza, serão respondidas à medida em que a sociedade for se conscientizando mais e mais de tais problemas.

Finalmente, uma coisa é certa: se o indivíduo está vivo, tratá-lo. Se ele morreu não há porque mantê-lo artificialmente ligado a aparelhos. Não há meia vida, nem meia morte.

Genival Veloso de França,
Professor de Medicina Legal

BIBLIOGRAFIA

- PIVA, JP e CARVALHO, PRRA. *Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal*, Bioética 1993; 1:129-38.
- CASABONA, CMR. *El medico ante el derecho*, Madrid: Ministério de Sanidade y Consumo, 1985.
- FRANÇA, GV e SOUTO MAIOR, HJ. *Direito de viver e direito de morrer (Um enfoque pluridisciplinar sobre a eutanásia)*, in *Eutanásia*, Porto Alegre: Fasc. Ciênc. Penais, vol.4, n.º 4, out.-dez., 1991, pags. 54-66.
- LICURZI, A. *El derecho de matar (de la eutanasia a la pena de muerte)*, 2ª edição, Cordoba: Ed. Pereyra, 1934.
- MANTOVANI, F. *Aspectos jurídicos da eutanásia*, in *Eutanásia*, Porto Alegre: Fasc. Ciênc. Penais, vol.4, n.º4, out.dez., 1991, pags. 32-53.
- ILLICH, I. *A expropriação da saúde – nêmesis da medicina*, Rio de Janeiro,: Nova Fronteira, 1975.
- MACKIE, JL. *The cement of the universe*, London: Oxford University Press, 1974.
- SEGRE, M. *Eutanásia: aspectos médico-legais*, Rev Ass Med Brasil – vol. 32, n.º 77/81 – jul./ago., 1966.
- RACHELS, J. *La fine della vita. La moralità de eutanásia*. Turim: Sonda, 1986
- BERISTAIN, A. *Prolongamentos para a reflexão penal-criminológica sobre o direito a culminar a vida com dignidade (a eutanásia)*, in *Eutanásia*, Porto Alegre: Fasc. Ciênc. Penais, vol. 4, n.º 4, out.-dez., 1991, pags. 11-31.
- MCCORMICK, RA. *The quality of life, the sanctity of life*, Hastings Center Report 1978, 8:30-36-35.
- KUHSE, H. *The sanctity line doctrine in medicine. A critique*. Oxford: Claredon Press, 1987.
- REICHLIN, M. *La eutanasia en la bioética de orientación utilitarista*. Madrid: Medicina y Ética, vol. VIII, n.º I, jan.-mar. 1997.
- HOBBS, T. *Leviathan*, New York: Cambridge University Press, 1991.
- HOLLAND, JC. *Psychological issues in the care of the terminal III*, em *Directions in psychiatry*, Nova York, Hatherleigh, 1982.
- TODOLI, J. *Ética dos Transplantes*, São Paulo: Editora Herder, 1968.
- MOLLARET P e GOULON M. *Le coma dépassé*. Revue Neurologique, 1959, 101:3-15.
- FLETCHER, J. *Ethics and euthanasia*, in *To live and to die*, New York: Springer-Verlag, 1973.
- GAFO, J. *La eutanasia: el derecho de uma morte humana*, Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1989.
- KOHL, M. *The morality of killing: Euthanasia, abortion and transplant*, London: Science, Medicine and Man, 1973.
- HAERING, B. *Medicina e manipulação*, São Paulo: Edições Paulinas, 1976.
- CLOTET, J. *Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da “the patient self-determination act”*, Bioética, 1993;1:157-63.

ABORTAMENTO

EUGÊNICO E

BIOÉTICA:

ALGUMAS REFLEXÕES

Lauro Luiz Gomes Ribeiro

Lauro Luiz Gomes Ribeiro

ABORTAMENTO EUGÊNICO E BIOÉTICA: ALGUMAS REFLEXÕES ¹

“Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.”

MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, livro XI, capítulo XX.

I - Introdução:

O desenvolvimento tecnológico permanente e veloz que temos vivenciado está exigindo um repensar sobre o *direito* –esse como *meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada*– e sobre as regras de direito ², de molde a adequar novos valores e situações à realidade que nos cerca e à salvaguarda do homem enquanto centro de todas as preocupações.

Dentro dessa nova perspectiva, a bioética ³ surge como uma preocupação ética com estes avanços tecnológicos, especialmente na área da biotecnologia (ciências médico-biológicas), objetivando trazer critérios éticos e morais a cientistas e

¹ Extraído de monografia apresentada na disciplina de filosofia do Direito I (Biodireito – Bioética – Direitos Humanos), curso de mestrado, PUC-SP, 1º sem. 2000, prof. dra. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos.

² lembrando que para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições conforme ensinamentos de JJ.Gomes Canotilho, *in Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 239.

³ A *Encyclopedia of Bioethics* define bioética como: “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais” *apud* Maria Celeste Cordeiro dos Santos *in O Equilíbrio do Pêndulo – A Bioética e a Lei*, p. 38.

investigadores, propondo limitações ao progresso científico de sorte a preservar-se a dignidade e a vida humana como prioridades absolutas ⁴.

Bastante ilustrativa a proposta de Rensselaer Van Potter ao definir a bioética como “*a bridge to the future*”, uma nova disciplina para servir de ponte a unir os valores éticos com os fatos biológicos.

Giovanni Berlinguer faz seu diagnóstico para o crescente avanço da bioética: o mundo físico e biológico, aonde estão compreendidos os seres humanos, caminha para uma condição de alto risco para sua integridade e sobrevivência havendo um paradoxo a ser enfrentado: a humanidade dispõe tanto de conhecimentos como de recursos produtivos para eliminar a fome e muitas doenças no mundo; todavia, é a época da história em que se viu tanto os maiores progressos com relação à saúde humana como o maior número de vítimas evitáveis. A partir dessa constatação, diz ele: “*Compreende-se também por que nasceu novo campo da filosofia moral, a bioética: e porque esta tornou-se, provavelmente, o setor mais dinâmico do renascimento da ética e um dos campos mais sugestivos da reflexão filosófica. Isso se deve ao fato de que o desenvolvimento da ciência e da tecnologia no campo biológico e médico propõe continuamente problemas inéditos, referentes não apenas às ‘zonas de fronteira’ da existência humana, como o nascimento, a morte e a doença, mas também à vida cotidiana de todos*”⁵.

E nessa perspectiva identificamos alguns avanços da ciência que contrastam ou colocam em “xeque” mesmo algumas garantias constitucionais ao nascituro e às crianças.

II – Alcance da controvérsia:

Os avanços tecnológicos na área médico-biológica têm trazido indagações e inquietações de tirar o sossego daqueles cuja preocupação vai além do ideológico e do econômico.

⁴ O Papa João Paulo II adverte: “existe já um real e perceptível perigo de que, enquanto progride enormemente o domínio do homem sobre o mundo das coisas, ele perca os fios essenciais deste seu domínio e, de diversas maneiras, submeta a elas a sua humanidade, e ele próprio se torne objeto de multiforme manipulação, se bem que muitas vezes não diretamente perceptível” (referência apresentada pelo mestrando Marcos Roberto Pereira no seminário “*A possibilidade e a necessidade de resgate da perspectiva ética-científica*”, na disciplina de Filosofia –PUC-SP, 1º sem.2000.

⁵ Ética da Saúde, p. 15/16.

Referimo-nos, em especial, ao sentimento radical de um poder absoluto dos pais sobre a vida dos filhos a ponto de permitir àqueles deliberar sobre ela (a vida), levando ao *abortamento eugênico ou eugenético*, o que contrasta com a garantia dada à criança de gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, dentre os quais podemos citar, exemplificativamente, o direito à vida, que deve ter precedência sobre todos os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos; o direito de ser criado e educado no seio da família natural e dentro de uma convivência familiar e comunitária saudável; o direito ao nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência (art. 3.º, 7.º e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, lei federal n.º 8.069/90).

III – Abordagem da problemática proposta:

O tema sugere os seguintes conceitos: 1) *abortamento*⁶: é o ato de abortar, também chamado de *feticídio*; é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto; 2) *aborto*: é o produto morto ou expelido.

III.1 –Abortamento eugênico:

Os valores morais atuais atrelados ao tema da biotecnologia e que correspondem a interesses ideológicos e econômicos⁷ conduzem à *Ética do desejo e da técnica*: o que se quer, e tecnicamente se pode fazer, deve ser feito! É a supervalorização do princípio da autonomia. Há um desejo veemente de liberdade, esquecendo-se que tal não é ilimitado, pois devem ser respeitados os direitos dos outros, em especial dos mais fracos e indefesos, dentre os quais o nascituro e a criança⁸.

⁶ O abortamento distingui-se, apenas terminologicamente, do parto prematuro, por razão temporal: o primeiro é a morte do produto da concepção “antes das dezesseis semanas de vida no útero materno” e o segundo o que ocorre a partir da décima-sexta semana de vida do feto dentro do útero materno (porque um feto é dificilmente viável, fora do útero, antes dos cento e oitenta dias de gestação).

⁷ sobre o interesse econômico vale reproduzir a advertência do ator Paulo José, portador de Mal de Alzheimer, no programa global “Fantástico” de 21.5.00, sobre os avanços no tratamento desta moléstia: *querem garantir o tratamento, mas mantendo o doente como paciente e não promovendo sua cura!*

⁸ Adverte o ministro do STF Carlos Veloso, citando Frans Engelhard, Ministro da Justiça da Alemanha, de que *nem tudo que é cientificamente possível pode ser autorizado* - prefácio à obra *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*, Sérgio Ferraz, p.8.

Neste contexto surge o *abortamento eugênico ou eugenético* como aquele fundado em indicações referentes à qualidade de vida e à eugenia. *Eugenia*, por seu turno, deve ser entendida como o estudo de fatores que podem elevar ou diminuir as qualidades raciais – físicas e mentais – das gerações futuras.

Francis Galton, a quem se atribui a aparição da eugenia através do livro *Hereditary Genius*, publicado em 1869⁹, sustentava que a seleção natural já não se realizava entre os homens, porque os governos e as instituições de caridade passaram a proteger os fracos, doentes, incapazes, o que levou e leva à decadência da raça humana e ao surgimento de toda espécie de doenças que contaminam toda a sociedade. Para interromper isto é necessário impedir-se a propagação dos degenerados, dos débeis mentais, dos alcoólatras, dos criminosos; em resumo, de todas as pessoas indesejáveis na sociedade: é o *princípio da eliminação dos indesejáveis*.

Ricardo Henry Marques Dip lembra célebre passagem de Jérôme Lejeune, famoso descobridor da síndrome de Down, quando num debate televisivo com um *médico abortista, Monod*, a tantas, fez-lhe a indagação:

“Sabendo-se que um pai sífilítico e uma mãe tuberculosa tiveram quatro filhos: o primeiro, cego de nascença, o segundo, morto logo após o parto; o terceiro surdo-mudo, o quarto tuberculoso. A mãe fica grávida de um quinto filho. Que fazer?” Respondeu Monod: *“Eu interromperia essa gestação.”* A isso, concluiu Lejeune: *“O senhor teria matado Beethoven!”*¹⁰

O núcleo da tese abortista eugenésica é, como já destacado, a *qualidade de vida*: vários fatores como anomalias hereditárias, alimentos tóxicos, radiações atômicas etc. geram seres deformados que por isto devem ser *eliminados*, para evitar o seu

⁹ Revista USP, *Dossiê Genética e Ética*, vol.24,p.28.

¹⁰ *Uma Questão Biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – Alvará para matar* :RT 734/522. Lembra o mesmo autor que atualmente ainda prevalece, dentre as tarefas da eugenia, a *eliminação de rasgos considerados não desejáveis para a espécie humana, de caráter físico e mental (eugenia negativa) seja por meio da contracepção, seja mediante a eliminação de entes defeituosos, antes ou depois de seu nascimento – vale dizer, por meio do aborto ou do infanticídio* (p.520).

¹¹lembramos dois princípios da bioética da procriação trazidos pelo mestrando Fernando Álvaro Pinheiro, no seminário *Ética do início da vida*, na disciplina de filosofia do Direito (Bio Direito – Bioética – Direitos Humanos), PUC-SP, 1º sem.2000: princípio da necessidade: a utilização da técnica deve ser necessária e não voluntária. Assim, deve haver uma justificativa moralmente concebível para o uso da técnica, entendendo como a garantia de qualidade de vida e a satisfação do desejo de procriar.A garantia de qualidade de vida permite o uso da técnica para corrigir defeitos de formação da pessoa, sem, contudo, atribuir características notáveis; princípio da diversidade: a bioética da procriação deve assegurar a diversidade do patrimônio genético.Desta forma, o cientista não poderá ceder a modismos ou teses que quebrem esta diversidade, moldando serem idênticos.

próprio sofrimento e de outros ou seja, o pressuposto fundamental desse tipo de aborto é que *só tem direito a nascer e a viver os sadios físicos e mentais*, porque os enfermos são *infelizes* e farão *outros também infelizes* ¹¹.

Para demonstrar a impertinência dessa idéia, Ricardo Dip traz a seguinte informação: em 1967, Hellegers fez um estudo em Baltimore (EUA), sobre *duzentos e cinquenta* suicídios consecutivos, precisamente em razão do debate sobre o aborto, porque diziam que era preferível não viver sendo um incapacitado. Imaginou que haveriam muitos incapacitados entre os suicidas e concluída a pesquisa, constatou que havia zero, ou seja, nenhum incapacitado havia se suicidado, o que serviu para concluir que na verdade somos nós que pensamos que eles não preferem viver e não eles e que não se pode deixar a cargo da medicina definir o que é vida saudável.

Na atualidade, o marco histórico das preocupações eugenésicas foi o regime nacional-socialista alemão.

A “Lei Esterilizadora”, datada de 14.7.33, destinava-se à “*prevenção da descendência hereditariamente mórbida*” e pode ser considerada como ponto de partida de um amplo programa eugenésico chamado “*destruição da vida privada de valor*” .

Como de tudo (inclusive de deformidades filosóficas) podemos extrair pensamentos positivos, essa preocupação e prática eugenésica nazista foram a raiz das declarações pró-vida que se seguiram, tais como: *Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU (1948)*; *Código de Nuremberg, Declaração dos Direitos da Criança (Res.1.386,ONU,1959)*, *Carta de São José da Costa Rica, Declaração dos Direitos dos Deficientes Mentais (Res. 2.856, ONU, 1971)*, *Declaração de Helsinki (Associação Médica Mundial –1964)* e serviram de suporte para a sólida doutrina que sustenta ser o aborto eugênico oposto ao justo natural.

No plano nacional, a legislação penal permite somente dois tipos de abortamento: a) “*necessário*” – quando haja risco de vida para a mãe; e b) “*sentimental ou humanitário*” – quando a gravidez é decorrente de estupro (art.128,I e II CP); pautados basicamente sobre os seguintes fundamentos: no primeiro caso para preservação de outro bem inalienável que é a *vida da gestante* – e é este bem que deve estar em risco e não apenas a saúde (estado de necessidade – arts.23/24 do CP) e no segundo a preservação da *moral* da gestante, não a obrigando a conviver e arcar com o pesado ônus da maternidade de um ser gerado pela força e contra sua vontade.

Conseqüentemente, o abortamento eugênico, em nosso sistema jurídico, é ilegal.

Nada obstante, tem sido reiteradamente postuladas autorizações judiciais para a prática do aborto engênico em caso de malformações graves de fetos, principalmente anencefalias, incompatíveis com a vida.

O prof. de direito penal Paulo José da Costa Jr. traz dados de 1996, informando que foram requeridas 250 autorizações em todo o Brasil, sendo que apenas 06 foram indeferidas, sendo que na comarca de Campinas, entre julho de 1994 e novembro de 1995, todos os pedidos judiciais de autorização para realização do aborto, em casos de anomalia, foram deferidos.

Os fundamentos para a sua concessão são, basicamente, os seguintes: *a)* apesar da ausência de autorização legislativa, diante da inviabilidade da vida extra-uterina do feto e dos danos psicológicos à gestante, não se pode censurar o comportamento por inexigibilidade da conduta conforme o dever; *b)* dano psicológico à gestante, desde que comprovado, acarreta risco à saúde da mesma, inserindo a hipótese de aborto necessário. As decisões denegatórias estão pautadas, todas, na impossibilidade jurídica do pedido, face à ausência de guarida na legislação penal brasileira ¹².

Referido professor das “Arcadas” parece favorável à tese abortiva eugênica quando sustenta: *a)* é senso comum a sua admissibilidade (por que levar adiante uma gravidez cujo feto seguramente não sobreviverá? Por que impor um sofrimento psicológico tão intenso e inútil à gestante?); *b)* direito é bom senso. Direito é balanceamento de bens, cotejando-se, em cada situação, os seus valores. Diante do diagnóstico de anomalia do feto, o que o incompatibiliza com a vida de modo definitivo, a melhor solução é o abortamento ¹³.

Nosso posicionamento é contrário ao do ilustre professor. Não se pode olvidar a carga protetiva à vida e à inviolabilidade do direito a esta vida da pessoa –aquele ser humano gerado a partir da fecundação– de nosso sistema constitucional, o que é inconciliável com a tese abortiva. Sendo assim, o sofrimento materno ou o risco à sua saúde não são bens suscetíveis de serem cotejados com o direito à vida do concepto

¹² *Aborto Eugênico ou Necessário?*, RJ 229,p.27.

¹³ Tivemos oportunidade de tratar deste tema em aula dada recentemente sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiência, no curso de pós-graduação do COGEAE-PUC-SP, na área de educação, quando constatamos que a grande maioria do alunado presente, formado basicamente por mulheres, foi favorável à tese abortiva eugênica sob o enfoque do direito da mãe sobre a vida do feto e do sofrimento que o nascimento naquelas condições ocasionaria, mesmo reconhecendo a existência de vida autônoma do feto a partir da fecundação.

diante da superioridade deste; são bens incomparáveis.¹⁴ Outrossim, a falibilidade e incerteza do diagnóstico médico da enfermidade e da inviabilidade fetal, máxime em nosso sistema público de saúde que agoniza na UTI, justificam e recomendam o posicionamento contrário¹⁵.

Também não se pode esquecer que em não havendo previsão legal para o abortamento eugênico não é possível estabelecer-se um procedimento judicial ou mesmo administrativo para sua concessão tal como vem ocorrendo e, o que é mais grave, tem sido operado, ao que nos foi dado saber, sem a garantia constitucional elementar do devido processo legal (art. 5.º, LV, CF/88) pois diante do evidente conflito entre os interesses do concepto e de sua mãe, requerente da autorização para matá-lo, indispensável ao menos a nomeação de um curador especial quer com base em regras processuais penal (art. 33 CPP) ou civil (art. 9.º CPC), quer estatutárias (art. 148, VIII do ECA) ou mesmo de direito civil (art. 387 CC), curador este que obviamente não poderia concordar com o pedido face à indisponibilidade do bem tutelado (vida), além da obrigatoriedade de ampla dilação probatória, especialmente no que se refere à gravidade da doença ou inviabilidade do feto.

O tema é relevante na medida em que o anteprojeto de lei que altera dispositivos do Código Penal prevê, no art. 127, a exclusão de ilicitude do aborto provocado por médico, se “...III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável”, hipótese em que deverá haver consentimento da gestante ou, se menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou companheiro sem qualquer apego ou preocupação com os problemas e indagações antes salientados e contentando-se com a “fundada probabilidade”.

Um grave perigo para essas novidades é a deturpação de interpretações, passando-se da prevenção às deficiências para a recusa de aceitação, de assistência e amor às pessoas com deficiência.

¹⁴ o então prof. catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Direito da USP, Costa Júnior, em 1965, tratando do aborto necessário, já ensinava: a) há outros meios para se tentar salvar a vida da gestante; b) sendo conjecturas os diagnósticos médicos, nunca haverá certeza absoluta sobre o êxito letal; c) a intervenção abortiva acarreta maiores perigos para a vida da gestante do que o prosseguimento da gravidez; e d) o “mal causado” não é, pela natureza e importância, consideravelmente inferior ao suposto mal evitado - *apud* Ricardo H. Marques Dip, *op.cit*, p.534.

¹⁵ Geraldo Batista de Siqueira, com apoio em Fabrini Mirabete, radicaliza sustentando que a autorização judicial é irrelevante como causa obstativa da persecução penal em caso de aborto eugênico – *apud* Ricardo H. Marques Dip, *op.cit*, p.537.

III.2 – Alguns aspectos constitucionais:

O tema da manipulação genética de uma forma global deve ser sempre enfrentado e calibrado à vista dos *princípios constitucionais*, única fórmula de assegurar o progresso dentro dos marcos fundamentais livremente estabelecidos pela sociedade.

Nesta linha de raciocínio, devemos nos pautar pelo respeito:

1) à *dignidade da pessoa humana* pois esta é a base da própria existência do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, *fim permanente* de todas as suas atividades (CF/88, art. 1º, III). “*É a criação e manutenção das condições para que as pessoas sejam respeitadas, resguardadas e tuteladas, em sua integridade física e moral, assegurados o desenvolvimento e a possibilidade da plena concretização de suas potencialidades e aptidões*”¹⁶.

A característica fundamental deste princípio é que ele assegura *um mínimo de respeito ao homem pelo simples fato de ser homem* e por isto, será inválido e inadmissível o sacrifício deste seu valor e dignidade em benefício simplesmente da sociedade ou da comunidade.

Costuma-se mencionar como fundamento jurídico do princípio da *dignidade da pessoa humana* a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, promulgada pela ONU, sendo que o seu artigo II, ao garantir o gozo de todos os direitos e liberdades nela previstos, veda que a pessoa sofra qualquer espécie de distinção em razão da “*raça, cor, sexo ...origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição*”, ou seja, já ter ou não nascido não pode ser elemento discriminatório;

2) à *garantia de inviolabilidade do direito à vida*, quer intra como extra-uterina, indistintamente (art. 5.º, CF/88) ;

3) à *igualdade*, que pode ser retratada como a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres;¹⁷

4) à *liberdade* – que vem atrelada ao princípio bioético da *autonomia* que consiste na capacidade do indivíduo de autogovernar-se, é o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade;

¹⁶ *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*, Sérgio Ferraz, p. 19.

¹⁷ este o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos in “Curso de Direito Constitucional”, p. 225.

5) ao *objetivo fundamental* de nosso Estado Democrático de Direito, que é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, *idade* ... (art. 3.º,IV) e que pode ser assim definido, pelo critério negativo: *infringe o princípio toda e qualquer medida contra a vida, a liberdade; por conseguinte, contra a dignidade e a igualdade* ¹⁸;

6) às *pessoas com deficiência de uma forma geral*, com a garantia de prestação de assistência social objetivando sua *integração à vida comunitária* (art. 203,IV CF/88) —o que, certamente, exclui a idéia de matá-los;

7) à *criança* a quem se garante, com *prioridade absoluta* (primazia de receber proteção, socorro em qualquer circunstância), o direito a *proteção à vida, à dignidade, ao respeito*, além de ser colocado a salvo de toda forma de *negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*, incumbência atribuída à família, ao Estado e à sociedade (art.227, CF/88) —o que por certo também exclui, dentre outras, a idéia de se pedir, consentir e autorizar o abortamento eugenético.

Outra idéia nos vem a mente e que é o da titularidade dessas garantias, ou seja a pessoa humana e o início de sua existência: “*pessoa*”, lembra Edilsom Pereira de Farias ¹⁹, desde o cristianismo (pautado nas idéias de amor fraterno e igualdade perante Deus), é qualquer ser humano: homem, mulher, criança, *nascituro*, escravo, estrangeiros, inimigos ... Teixeira de Freitas também professa esta idéia ao referir-se ao nascituro: “*Se se atribuem direitos às pessoas por nascer ... se os nascituros são representados dando-se-lhes Curador, é forçoso concluir que já existem, e que são pessoas; pois o nada não se representa*”. José Tavares não hesita em atribuir à *concepção* em vez do nascimento, a *origem da personalidade humana* pois é naquele momento que forma-se o ser, começa a existir, viver e desde então deve ser protegido pela lei ²⁰.

Sob o ponto de vista *biológico* adotamos, pela sua clareza e lógica, a posição do médico ginecologista Dernival da Silva Brandão, para quem, com tantos outros, o *início da vida* (e, conseqüentemente, da pessoa humana) ocorre no *momento da concepção*, com a fertilização do óvulo e formação do *zigoto*, isto porque,

¹⁸ “Manipulações biológicas e Princípios Constitucionais:Uma Introdução, Sérgio Ferraz”, cit.p.21.

¹⁹ “Colisão de Direitos, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação”, p.47.

²⁰ pensamentos reproduzidos pela professora Maria Celeste in “Imaculada Concepção –Nascendo *in vitro* e morrendo *in machina*”, p. 202.

biologicamente, o ser concebido ou é humano desde o início de sua vida ou não será jamais; *não há processo de humanização*, momento que marque a passagem do não humano ao humano, concluindo ele que desde o primeiro momento de sua existência, esse novo ser já tem determinadas todas as suas características pessoais (sexo, grupo sanguíneo, cor de pele e olhos etc). É um ser *distinto de sua mãe* e não uma parte do corpo dela. Tem sistemas e aparelhos distintos dos do organismo materno, com quem mantém uma associação harmônica. Portanto, a vida humana tem início na *concepção*, com a fertilização do óvulo e formação do zigoto ²¹.

III.3 – Da colisão dos direitos: mecanismos de enfrentamento e a bioética.

É freqüente, na prática, a ocorrência de choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens juridicamente protegidos e a esse fenômeno a doutrina chama de “colisão de direitos”.

Essa colisão pode, basicamente, ocorrer sob duas vertentes: o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental ou o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de conservação de outro bem coletivo ou protegido constitucionalmente pelo Estado ²².

Observa Canotilho que antes de partir para a solução dos conflitos cabe ao intérprete determinar se as situações de fato colocadas sob análise estão verdadeiramente em colisão ou não para poder se excluir desde logo a colisão aparente ²³.

²¹ Diz ele: “Biologia Molecular e a Genética ensinam que os antepassados se acham ligados às gerações que lhes sucedem por um material contínuo de ligação, o ADN (ácido desoxirribonucléico), que é o portador das informações vitais dos novos indivíduos, e que são transmitidas dos genitores aos filhos através dos gametas feminino e masculino. Essas informações ficam contidas no *genoma*, o complexo de cromossomas que contém a carga genética própria do indivíduo e que é formado na concepção. A Embriologia humana demonstra que a nova vida tem início com a fusão dos gametas – espermatozóide e óvulo. Dois sistemas separados interagem e dão origem a um novo sistema que dá início a uma série de atividades concatenadas. Já não são mais dois sistemas mas um único que existe e opera em unidade: é o zigoto, embrião unicelular, que compartilha todos os cromossomas da espécie humana, cujo desenvolvimento, então iniciado, não mais se detém até a sua morte. É, portanto, um ser vivo humano e completo. Humano porque do ponto de vista biológico ou é humano desde o início de sua vida ou não será jamais; não há processo de humanização, momento que marque a passagem do não humano ao humano. Completo porque nada mais de essencial à sua constituição lhe é acrescentado após a concepção. Desde o primeiro momento de sua existência, esse novo ser já tem determinadas todas as suas características pessoais (sexo, grupo sanguíneo, cor de pele e olhos etc). É um ser distinto de sua mãe e não uma parte do corpo dela. Tem sistemas e aparelhos distintos dos do organismo materno, com quem mantém uma associação harmônica. Portanto, a vida humana tem início na concepção, com a fertilização do óvulo e formação do zigoto” – “A Vida dos Direitos Humanos – Bioética Médica e

Na hipótese por nós sugerida para reflexão há colisão entre os citados direitos fundamentais garantidos ao nascituro e à criança (“sadia” ou portadora de alguma deficiência) e os direitos de todos os cidadãos de desfrutarem de avanços tecnológicos que devem ser incentivados e estimulados pelo Estado, mediante tratamento prioritário (art. 218 e §§, CF/88 ²⁴), com vistas à efetivação de outros direitos fundamentais, como o de desfrutar de uma vida digna –o que envolve viver em boas condições físicas, mentais e espirituais; de ter uma prole e constituir família enfim, ser feliz.

Para a resolução destes conflitos apresentam-se soluções doutrinárias bem abrangentes: ocorrendo conflito entre regras jurídicas antinômicas utilizam-se de três critérios básicos: o cronológico, o hierárquico e o da especificidade ²⁵; verificando-se a colisão de direitos fundamentais caberá ao intérprete realizar a ponderação dos bens envolvidos, com vistas a solucionar a colisão com o menor sacrifício possível dos direitos em jogo e, para tanto, deverá guiar-se pelos *princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade*, dentre outros.

Pelo primeiro analisa-se a constituição como um todo harmônico de maneira que o sistema necessita compatibilizar os preceitos discrepantes; pelo segundo os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados através de um juízo de ponderação, em cada caso, de maneira a preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens protegidos; pelo terceiro, “a afetação de um direito só é justificável pelo grau de importância de satisfação de outro direito oposto” ²⁶.

O sólido balizamento doutrinário, apesar de dar respostas imediatas (embora nem sempre a contento) a algumas das questões, não responde satisfatoriamente a todas, sendo necessário ingrediente novo, que é a bioética e com ela o biodireito voltados a disciplinar a conduta humana na área das ciências da vida e cuidado com a saúde à luz dos valores e princípios morais, ou seja, um tratamento legal de cunho preventivo face à magnitude dos interesses em jogo.

Lembra Goffredo Telles Junior que, “*diferentemente dos outros animais, o homem tem consciência dos seus defeitos, de suas limitações. Ele sabe que algo há que*

²⁴ Art.218.O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

²⁵ o critério cronológico exprime-se pela regra “*lex posterior derogat priori*” – prevalece a norma posterior -, o critério hierárquico exprime-se pela regra “*lex superior derogat lex inferior*” e o critério da especialidade pela regra “*lex specialis derogat generali*”.

²⁶ Robert Alexy, apud “Colisão de Direitos”, Edilson Pereira de Farias, p.99.

precisa ser atingido, para além do que ele é, em cada momento de sua história. Ele sabe que algo há de ser que ele necessita para o seu perfazimento, para a sua perfeição”, mas para isso não pode fugir dos patamares éticos ²⁷e como tal o comportamento ético só será bom se conforme com os laços da nossa irmandade natural, afinal, *“sendo irmãos, é como irmãos que devemos tratar uns aos outros”*²⁸.

Sérgio Ferraz dá seu posicionamento: *“É tão acachapante a magnitude de tais problemas que a reunião informal do Conselho de Ministros da Justiça dos Estados-Membros do Conselho da Europa, realizada em Edimburgo, em 1984, já concluía que, nesses pontos, só é cogitável uma legislação internacional de incidência interna assegurada, sob pena de se estar a fomentar o aparecimento de novas formas, extremamente mais cruéis, por certo, de espoliação das nações desenvolvidas sobre as que não o são, e, já agora, com o preço pago pela transformação de seus habitantes em cobaias para os experimentos daquelas”*²⁹.

E esse raciocínio é de todo pertinente quando observamos que o fenômeno da globalização representa um ciclo de expansão do capitalismo, capitalismo esse universalista e sem ideologia, dominado por grupos transnacionais que, conduzidos pelo ideal do lucro, monopolizam o conhecimento científico e a tecnologia, quando o antropocentrismo deixa de ter relevância em troca de interesses puramente econômicos, passando-se a uma perigosa coisificação do ser humano.

Dentro da visão bioética e dos princípios que a integram, em especial o *princípio da beneficência* segundo o qual não se deve causar dano, maximizando-se benefícios e minimizando riscos, e o *princípio da justiça*, que consiste na imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, há que se impor restrições urgentes aos avanços tecnológicos, especialmente naquilo que interessa a esse estudo porque, ainda que se vislumbre vantagens e benefícios com o avanço da engenharia genética, com a descoberta cada vez mais prematura de problemas congênitos nos fetos, o que induz a um posicionamento ético de se adotar um procedimento bastante cauteloso, máxime

²⁷ o prof. Reinaldo Pereira e Silva ensina que “A ética é a ordenação destinada a conduzir o homem de acordo com uma hierarquia de bens, uma tábua de valores, um sistema axiológico de referência, tornando-o cada vez mais homem, cada vez mais aquele ser que a natureza dotou de consciência e espiritualidade. A natureza é aqui considerada como a essência do ser humano” apud “Biotecnologia – Reflexões éticas e legais”, seminário apresentado pelo mestrando Aluizo Ferreira de Almeida na PUC-SP,2000, na disciplina Filosofia do Direito (biodireito, bioética e direitos humanos)

²⁸ Biotecnologia – Reflexões éticas e legais, Aluizo Ferreira de Almeida, p.4/5.

²⁹ “Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais”, Sérgio Ferraz, p.15.

em nosso país de dimensões continentais aonde vigora na sua totalidade a mais famosa das leis que é a “lei de Gerson” segundo a qual sempre se quer levar vantagem em tudo, e aonde são tão pífios os recursos para acompanhamento e fiscalização dos avanços tecnológicos e suas aplicações cotidianas, fechando-se as portas ao abortamento eugenético (o que deve vir acompanhado de efetiva fiscalização e punição aos violadores) até que aflore legislação compatível com a magnitude do tema, quer nacional ou internacionalmente.

Para esse trabalho não se pode prescindir da figura do jurista, tirando das mãos dos médicos, cientistas e capitalistas tão relevantes funções como as de definir quem vive e quem morre; qual é a vida considerada boa ou ruim; quem é feliz e quem é triste; a quem se destina a felicidade e às custas de quem essa é atingida, obrigando-os à uma reflexão ética mais profunda, despida de outros ideais que não a efetivação da garantia da dignidade da pessoa humana dentro de um espírito de solidariedade e para esse desiderato é imprescindível o papel de todos nós enquanto cidadãos na cobrança de condutas eticamente coerentes de nossos administradores e nossos concidadãos.

Finalizamos essas reflexões com o pensamento do sociólogo Betinho sobre o cidadão: *“é o indivíduo que tem consciência de seus direitos e deveres e participa ativamente de todas as questões da sociedade. Tudo que acontece no mundo, acontece comigo. Então eu preciso participar das decisões que interferem na minha vida. Um cidadão com um sentimento ético forte e consciência da cidadania não deixa passar nada, não abre mão desse poder de participação. A idéia de cidadania ativa é ser alguém que cobra, propõe e pressiona o tempo todo. O cidadão precisa ter consciência de seu poder.”*³⁰.

IV- Conclusão:

1- o avanço tecnológico é uma verdade inarredável e caminha para descobertas até recentemente inimagináveis e de conseqüências futuras muitas vezes desconhecidas;

³⁰ “A cidadania no Largo”, Andrea Mustafa, “Verso e Reverso,” pag.11

2- desse avanço nos preocupa o biotecnológico porque diretamente relacionado à vida humana;

3- a disparidade entre o desenvolvimento e o avanço tecnológico e o respectivo tratamento jurídico tem causado um vácuo que urgentemente precisa ser preenchido para satisfação de uma série de questões relevantíssimas envolvendo, no que pertine a nosso estudo, temas ligados a direitos fundamentais do cidadão —em especial do nascituro e da criança— no caso do abortamento eugênico;

4- mostra-se marcante a falta de um tratamento ético a todas essas questões, fazendo surgir uma nova disciplina denominada bioética e, também, um biodireito, ambos vocacionados a enfrentar o progresso científico —que vem atrelado a interesses muitas vezes apenas ideológicos e econômicos— à luz dos valores éticos e jurídicos;

5- o tratamento legal a esse tema sugere providências internacionais em face da globalização avassaladora que atinge nosso planeta, com predomínio do povo mais forte sobre o povo mais fraco, sem prejuízo do trato individual a ser dado por cada país;

6- em nosso caso, qualquer que seja a direção a se tomar, o norte terá que ser, sempre e sempre, o homem, o respeito a sua dignidade e a busca de sua plena felicidade;

7- para toda essa discussão, a presença do jurista é fundamental;

8- pelas características físicas e culturais de nosso país e nosso povo, há de haver uma presença marcante do poder público na fiscalização e retenção de avanços tecnológicos e de eventuais práticas atentatórias à vida de qualquer ser humano;

9- enquanto cidadãos devemos participar ativamente de todas as discussões que nos afetem, com sentimento ético forte e sem abrir mão de nossos valores fundamentais, não perdendo nosso senso de cidadania.

Lauro Luiz Gomes Ribeiro,
Promotor de Justiça designado para o
Grupo de Atuação Especial de Proteção
às Pessoas Portadoras de Deficiência

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Aluizo Ferreira de. *Biotecnologia – Reflexões éticas e legais*. "lido no original", com 8 páginas.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- BERLINGUER, Giovanni. *Ética da Saúde*. Trad. Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996.
- CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Aborto Eugênico ou Necessário?* Revista Jurídica. Porto Alegre: Síntese, vol 229.
- DIP, Ricardo Henry Marques. *Uma Questão Biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – Alvará para matar*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 734/522.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.
- MUSTAFA, Andrea et al. *Cidadania – Verso e Reverso*. São Paulo: Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo, 1997/98.
- PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *A Vida dos Direitos Humanos – Bioética Médica e Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.
- PEREIRA, Marcos Roberto. *A possibilidade e a necessidade de resgate da perspectiva ética-científica* "lido no original digitado", com 14 páginas.
- PINHEIRO, Fernando Álvaro. *Ética do início da vida*. "lido no original digitado", com 11 páginas.
- Revista USP, Dossie Genética e Ética, São Paulo, vol. 24.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *Imaculada Concepção, Nascendo in vitro e morrendo in machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- _____ . *O Equilíbrio do Pêndulo. A Bioética e a Lei. Implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone, 1998.

A NATUREZA NO

DIREITO BRASILEIRO:

COISA, SUJEITO

OU NADA DISSO

Antônio Herman e Benjamin

Antônio Herman Benjamin

A NATUREZA NO DIREITO BRASILEIRO: COISA, SUJEITO OU NADA DISSO ¹

“Todo ser vivente quer viver.”

(caboclo da Chapada dos Veadeiros)

1. A roda da história

Como tudo na vida, os nossos valores e percepções mudam, sem trégua, com o passar do tempo. Ainda na década de 60, Garrett Hardin, em estudo clássico, já alertava que pouca ou nenhuma repreensão traria contra si o caçador das pradarias que, há apenas cento e cinquenta anos, matasse um bisão norte-americano com o único intuito de usar sua língua na próxima refeição, abandonando o resto do animal às aves de rapina. Dificilmente, pelos padrões da época, receberia o título de perdulário ou esbanjador. Hoje, quando restam apenas alguns milhares desses animais majestosos, ninguém deixaria de criticar e condenar sua conduta².

Transformam-se os valores e percepções sociais, transforma-se, mais cedo ou mais tarde, o quadro jurídico que rege a comunidade –foi assim com a escravidão, foi

¹ Resumo de palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação, Campo Grande, 8.11.2000. Uma versão mais completa do texto aparecerá na Revista de Direito Ambiental.

² Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in Robert Dorfman and Nancy S. Dorfman (editors), *Economics of the Environment. Selected Readings*, 3rd edition, New York, W. W. Norton & Company, 1993, p. 12.

assim com os direitos da mulher. Nessa linha, o Direito brasileiro, nos últimos trinta anos, revisitou e modificou profundamente o tratamento dado à natureza³. Saímos de uma situação insustentável, onde os elementos do meio ambiente eram coisas e só coisas, vistas isoladamente e condenadas, irrestritamente, à apropriação privada, para uma outra, em melhor sintonia com o pensamento contemporâneo e o estado do conhecimento científico, baseada na valorização não apenas dos fragmentos ou elementos da natureza, mas do *todo* e de suas *relações* recíprocas⁴; um *todo* que deve ser “ecologicamente equilibrado”, visto, por um lado, como “essencial à sadia qualidade de vida”, e, por outro, como “bem de uso comum do povo”⁵. Numa palavra, o legislador não só *autonomizou* (= deselementalizou) o meio ambiente, como ainda o *descoisificou*, atribuindo-lhe sentido *relacional*, de carácter ecossistêmico e feição intangível. Um avanço verdadeiramente extraordinário.

O Direito clássico, pós-Revolução Francesa, listava a natureza e seus componentes na categoria de *coisa* ou *bem* (ou, para usar uma expressão econômica da moda, *commodity*), quando não os vendo como simples *res nullius*⁶. Coisa para ser utilizada e, eventualmente, até destruída, ao bel-prazer daquele que contasse com sua posse ou propriedade. Coisa a serviço direto da pessoa –individualmente considerada–, sem outro atributo que não fosse o de se prestar a satisfazer os desejos humanos, mesmo os mais mesquinhos e egoístas.

Nesse paradigma jurídico tradicional, os *seres vivos* (não humanos) não recebem tratamento muito diverso de outros bens, como os minerais; são todos “elementos do patrimônio”⁷, como expressão de riqueza e poder do *homo economicus* (indivíduo econômico racional). Em vista disso, ainda hoje, na maioria dos países, estão incluídos

³ Sobre a evolução do Direito Ambiental brasileiro, cf. Antônio Herman Benjamin, *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*, in Antônio Herman Benjamin (organizador), *A Proteção Jurídica das Florestas Tropicais*, vol. I, São Paulo, Instituto “O Direito por um Planeta Verde” e Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, 1999, pp. 77-78.

⁴ Cite-se, aqui, o conceito legal de *meio ambiente* que, nos termos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/8), inclui “o conjunto de condições, leis, *influências* e *interações* de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”(art. 3º, inciso I, grifo nosso).

⁵ Constituição Federal, art. 225, *caput*.

⁶ Na fórmula consagrada pelo Livro II, do Código Civil francês de 1804, dedicado às “coisas e diferentes modificações da propriedade, denomina-se “coisa – em direito romano *res* – a tudo o que tem uma qualquer existência, a tudo o que existe na natureza. As coisas susceptíveis de apropriação são *bens*, quer estejam ou não na propriedade actual duma pessoa; certas coisas, tal como o ar e o mar, não podem, em geral ser apropriadas, pois *apropriação* implica ideia de *propriedade*”(John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, 3ª edição, tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 633, grifos no original).

⁷ Philippe Malaurie, *Introduction Générale*, Paris, Éditions Cujas, 1991, p. 62.

na classificação geral de “recursos naturais”, apesar de, pela sua capacidade de reprodução, serem – especialmente as espécies migratórias – muito diferentes de recursos minerais não-renováveis e estáticos, como o petróleo, ouro e ferro. Conseqüência disso tudo é que à fauna e à flora reserva-se a posição de recursos “mineráveis”, tal qual uma pedreira ou um depósito de carvão⁸.

Aqui e lá fora, tudo isso mudou e ninguém contestará tal avaliação. Cabe, por isso, e não apenas a título de curiosidade acadêmica, indagar sobre as bases éticas que orientam o modelo normativo atual de proteção da natureza no ordenamento brasileiro. No presente estudo, de caráter introdutório, pretendemos empreender, na perspectiva jurídica, uma reflexão preliminar –até hoje não consolidada entre nós⁹ – sobre o(s) paradigma(s) éticos que informam e amparam a legislação de proteção da natureza.

Por trás de todas as manifestações ecológicas e dessa inequívoca (r)evolução conceitual, principiológica e instrumental, paira um sem-número de interrogações éticas, que precisam ser bem compreendidas e respondidas, antes de darmos início à difícil tarefa de aplicar a norma ambiental posta.

Questionamentos estruturais esses que se põem em três níveis, distintos, mas reciprocamente relacionados: o *discurso filosófico*, o *discurso econômico* e o *discurso jurídico* sobre a natureza.

É, pois, mais do que oportuno começar a passar em cuidadosa revista –sob o prisma ético– os vários modelos legais de salvaguarda da natureza adotados pelo Brasil, do Código Florestal (1965) à Lei de Proteção à Fauna (1967), da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981) à Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente (1998) e à nova Lei do SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação (2000).

Meu propósito, aqui, contudo, será bem mais modesto, na medida em que adotarei uma técnica de análise duplamente reducionista.

⁸ Patricia W. Birnie e Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 421.

⁹ Entre as exceções, com ênfase no tratamento jurídico dos animais, cf. Edna Cardozo Dias, *A Tutela Jurídica dos Animais*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000; Laerte Fernando Levai, *Direito dos Animais: O Direito Deles e o Nosso Direito sobre Eles*, Campos do Jordão, Editora Mantiqueira, 1998; Tamara Bauab Levai, *Vítimas da Ciência: Limites Éticos da Experimentação Animal*, Campos do Jordão, Editora Mantiqueira, 2001. No âmbito mais geral, com uma visão não-antropocêntrica, cf. José Renato Nalini, *Ética Ambiental*, Campinas, Millenium Editora, 2001.

Primeiro, não farei incursões tópicas ou temáticas, isto é, cuidarei genericamente da matéria, no contexto mais amplo possível da proteção jurídica do meio ambiente no Brasil, sem deter-me, a não ser de modo circunstancial, nos vários domínios que hoje a compõem. Em vez de tratar de cada um dos textos normativos que amparam, especificamente, o meio ambiente, limitar-me-ei a uma apreciação mais abrangente, na forma de vôo panorâmico.

Segundo, levando em conta a realidade do Direito brasileiro (e a própria experiência comparada), simplificarei minha abordagem, classificando tais textos e dispositivos normativos em *três modelos* ético-jurídicos básicos. Deixarei de fora, portanto, todas as categorias intermediárias e sub-categorias –tons e variações de um mesmo tema, por assim dizer–, organizando a totalidade do quadro normativo nacional na forma de tripé axiológico:

- antropocentrismo puro
- antropocentrismo intergeracional
- não-antropocentrismo

É o que veremos a seguir.

2. O discurso filosófico sobre a natureza

Numa palavra, a Ética fundamenta e suplementa, a um só tempo, as leis¹⁰. Nem tudo que integra o ordenamento é ético (p. ex., a escravidão¹¹) e nem tudo que está fora dele é irrelevante, como parâmetro de conduta a ser seguido pela sociedade.

No que tange à forma como enxergam o meio ambiente, as regras jurídicas tradicionais seguem essa linha: integram o sistema legal, mas representam, em muitos casos, uma postura ética ultrapassada e constituída sob o império de visões

¹⁰ J. Baird Callicott, *Earth's Insights: A Survey of Ecological Ethics from the Mediterranean Basin to the Australian Outback*, Berkeley, University of California Press, 1994, p. 2.

¹¹ Nesse ponto, é ilustrativa a simetria valorativa que, por vezes, observa-se entre animais domésticos e escravidão; na visão popular, o “animal doméstico é considerado o mais fiel escravo do homem” (Tamara Bauab Levai, *Ob. Cit.*, p. 16).

cientificamente desmentidas (a infinitude dos recursos naturais, a inesgotável e permanente capacidade de auto-regeneração da Terra, a incompatibilidade entre um adequado cuidado com a natureza e a geração de emprego e riqueza).

A *Ética Ambiental* (= Ecofilosofia ou Filosofia Ambiental), embora recente e em pleno processo de formação, está na gênese de todo o esforço regulatório, nacional e internacional, de proteção do meio ambiente. E não poderia ser diferente. Como alerta Nalini, que adota uma postura não-antropocêntrica, “somente a ética poderia resgatar a natureza, refém da arrogância humana. Ela é a ferramenta para substituir o deformado *antropocentrismo* num saudável *biocentrismo*”.¹²

Inicialmente, temos que entender que um dos componentes da nossa condição humana é exatamente essa qualidade única de sermos capazes de nos atribuir responsabilidades, às vezes unilateralmente, inclusive em favor dos não-humanos. A rigor, como indivíduos éticos, não nos custa muito esforço aceitar que a natureza vai além da realidade humana, do seu microcosmo; aliás, ela “existiu antes dos seres humanos e pode existir sem os seres humanos”¹³.

No campo da *Ética Ambiental* –mas com inevitáveis reflexos no Direito–, o estudioso logo percebe que impera uma ampla indefinição conceitual e principiológica, que acaba por prejudicar a implementação do próprio sistema normativo.

Podemos muito bem examinar as normas ambientais pelo que elas formalmente contêm, isto é, seus dispositivos que regem os particulares e o Estado. Essa técnica, contudo, não deixa de ser insuficiente: a explicação profunda das regras jurídicas exige outros tipos de questionamento teórico¹⁴, tanto mais no terreno da regulação do meio ambiente. Na nossa disciplina, engana-se, portanto, quem imaginar ser o discurso ético uma questão destituída de relevância jurídica ou prática, pois sua validade maior está exatamente em nos dar a chave para a compreensão das finalidades primordiais do Direito Ambiental¹⁵.

¹² José Renato Nalini, *Ob. Cit.*, p. 3.

¹³ Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1997, p. 36.

¹⁴ Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de Droit Civil: Introduction Générale*, 3e. édition, Paris, LGDJ, 1990, p. 5.

¹⁵ Alexandre Kiss, *Droit International de L'Environnement*, Paris, Pedone, 1989, p. 15.

Em verdade, à boa aplicação do texto legal é essencial não só conhecer a estrutura formal dos comandos normativos, mas também apreender seus fundamentos mais elementares, de caráter axiológico. Como muito bem afirma Dominique Jacquemin, “a realidade ecológica é suscetível de apreciações bem diversas e de interesses plurais”¹⁶, o que, compreensivelmente, determina o aparecimento de orientações multifacetárias no pensamento jurídico-filosófico contemporâneo.

Antes de prosseguir, cabe, contudo, a ressalva de que, como decorrência de sua novidade, a Ecofilosofia ainda está, já dissemos, no amanhecer de sua formação; não surpreende que seja vista como “matéria caótica” e em “plena expansão”.¹⁷ Qualquer simplificação, como a que fazemos, só é possível e justificável em reflexão que prima pela finalidade didática.¹⁸

De outra parte, é de mister recordar que em vão buscaremos na filosofia clássica uma análise da natureza na condição própria de objeto moral. Nos tratados de ética encontramos de tudo, desde o estudo do conhecimento, da consciência, da lei, da virtude, da felicidade, da religião, do trabalho, do sexo, dos valores, do prazer –mas nada que, com o mesmo vulto, cuide de uma “Ética da Natureza”. Muito ao contrário, nem a natureza, nem a ação humana sobre si eram tidas como merecedoras de consideração moral, estando muito mais no campo das coisas tidas, do ponto de vista ético, como axiologicamente neutras. Até recentemente, o nosso conhecimento filosófico baseava-se no precedente socrático de que somente os assuntos concernentes ao homem possuem dimensão moral. Nossa civilização ocidental está impregnada do platonismo espiritualizante, que “demonizou” a natureza, relegando-a a uma condição menor, de colônia a conquistar e de depósito inesgotável de bens a explorar. Foi sob essas bases filosóficas que se constituiu a visão equivocada de que o desenvolvimento (melhor, crescimento) econômico só seria viável sobre os escombros dos ecossistemas, uma Natureza carente de direitos e incompetente para gerar deveres. Não espanta, pois, que ao *homo technicus* e ao *homo economicus* a natureza só interesse como objeto apropriável e gerador de riquezas¹⁹.

¹⁶ Dominique Jacquemin, *Écologie, Éthique et Création: de la Mode Verte à L'Éthique Écologique*, Louvain-la-Neuve et Montréal, Artel-Fides, 1994, p. 28.

¹⁷ Sergio Bartolommei, *Ética e Ambiente*, Milano, Guerini e Associati, 1989, p. 24.

¹⁸ Cf. Michael E. Zimmerman, *General Introduction*, in Michael E. Zimmerman (editor), *Environmental Philosophy: From Animal Rights to Radical Ecology*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1993, pp. VI – IX. No Brasil, veja-se: Antonio Carlos Diegues, *O Mito Moderno da Natureza Intocada*, São Paulo, Hucitec, 1996; Leonardo Boff, *Ecologia: Grito da Terra, Grito dos Pobres*, São Paulo, Editora Ática, 1996..

¹⁹ José M. G. Gómez-Heras, *El problema de una ética del 'medio ambiente'*, in José M. G. Gómez-Heras (coordinador), *Ética del Medio Ambiente: Problema, Perspectivas, Historia*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 17-18.

No que se refere ao confronto antropocentrismo x não-antropocentrismo, é bom não perder de vista que, na perspectiva do Direito positivo brasileiro, estamos diante mais de *modelos* (ou paradigmas) éticos do que propriamente de *estágios* em sequência temporal, conquanto observamos incursões não-antropocêntricas ainda na década de 30, do Século XX²⁰, muito antes da era do ambientalismo.

Ademais, essas três vertentes do pensamento filosófico-ambiental e da formulação jurídica de proteção da natureza não são excludentes. Podem informar –e, como regra, informam– simultaneamente um mesmo período histórico²¹ e até mesmo um mesmo texto normativo (como é o caso da Constituição Federal de 1988), com dispositivos filiados a correntes diversas.

O paradigma não-antropocêntrico, ao contrário do que imaginam alguns, mantém a validade e a plenitude dos objetivos antropocêntricos do Direito Ambiental: a tutela da saúde humana, das paisagens com apelo turístico, e do valor econômico de uso direto dos recursos da natureza. Mas vai além disso, aceitando que a natureza é dotada de *valor inerente*, que independe de qualquer apreciação utilitarista de caráter homocêntrico.

2.1 Antropocentrismo puro: o homem como centro e medida de todas as coisas

Os primeiros esforços de tutela jurídica do meio ambiente foram estritamente antropocêntricos. Antropocentrismo “é a crença na existência de uma linha divisória,

²⁰ O melhor exemplo – ainda em vigor – é o Decreto n.º 24.645, de 10.7.34, do então chefe do Governo Provisório, Getúlio Vargas, estabelecendo “medidas de proteção aos animais”, tanto na esfera civil, como penal. Segundo o Decreto (que tinha força de lei ordinária), “os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros da Sociedade Protetora de Animais” (art. 1.º, par. 3.º). Não só. Nos termos legais, “Todos os animais existentes no País são tutelados do Estado.” (art. 1º). E tal regime tinha campo de aplicação muito vasto, aplicando-se a animais domésticos e selvagens. “A palavra animal, da presente Lei, compreende todo ser irracional, quadrúpede ou bípede, doméstico ou selvagem, exceto os daninhos.” (art. 17). Finalmente, o Decreto define 31 condutas de “maus tratos” (art. 3.º), sendo a primeira “praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal”.

O Presidente Collor de Mello, numa só penada, revogou, via Decreto, dezenas de atos regulamentares, promulgados pelos governos anteriores, entre os quais incluiu o Decreto n.º 24.645/34. Sucede que, na época em que foi editado, o Decreto n.º 24.645/34 tinha *força de lei*. Logo, só lei aprovada pelo Congresso Nacional poderia revogá-lo.

²¹ Neste ponto, cabe lembrar, mais uma vez, o Decreto n.º 24.645, de 10.7.34, de evidente (e surpreendente!) orientação biocêntrica, promulgado na mesma década do nosso primeiro Código Florestal, extremamente antropocêntrico.

clara e moralmente relevante, entre a humanidade e o resto da natureza; que o ser humano é a principal ou única fonte de valor e significado no mundo e que a natureza não-humana aí está com o único propósito de servir aos homens”²².

Há, na base do pensamento antropocêntrico, uma percepção cosmológica muito própria e estreita, conectada ao “chauvinismo de uma espécie”, ao utilitarismo, que remonta a Jeremy Bentham, e ao liberalismo de Locke, este e aquele pregando o individualismo e o atomismo social.

2.2 Antropocentrismo mitigado ou reformado

Ninguém duvida que nossas atividades de hoje —esgotamento das reservas de petróleo, destruição das florestas tropicais e dos recursos marinhos, costeiros ou não, contaminação de lençol freático e das águas de superfície, desaparecimento de espécies— repercutirão no futuro, ou seja, no tipo, qualidade, quantidade e acessibilidade dos recursos que as gerações vindouras terão à sua disposição, com isso determinando, portanto, sua estrutura econômica, suas oportunidades recreativas, suas opções ambientais e até suas preferências.

São preocupações dessa ordem que levam a um abrandamento do antropocentrismo tradicional, originando aquilo que chamamos *antropocentrismo mitigado* ou *reformado*, que ora se curva perante as gerações futuras (= antropocentrismo intergeracional), ora incorpora um sentimento de bondade no relacionamento com os animais, principalmente os domésticos (= antropocentrismo do bem-estar dos animais).

2.2.1 Antropocentrismo intergeracional²³

O *antropocentrismo intergeracional* (= das *gerações futuras*) é uma forma *temporalmente ampliada* da visão antropocêntrica clássica, já que enfatiza obrigações

²² Robyn Eckersley, *Ob. Cit.*, p. 51.

²³ Sobre este ponto, cf. Antônio Herman Benjamin, *Objetivos do Direito Ambiental*, in Antônio Herman Benjamin e José Carlos Meloni Sícoli (organizadores), *O Futuro do Controle da Poluição e da Implementação Ambiental*, São Paulo, Instituto “O Direito por um Planeta Verde” e Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, 2001, pp. 60-62.

do presente para com os seres humanos do futuro²⁴. Como fundamento ético para a tutela jurídica do meio ambiente, é o paradigma dominante nos principais países²⁵.

No caso das gerações futuras, temos um novo quadro ético, construído sobre a *ética da solidariedade*, que se manifesta em vários níveis, no individual e no coletivo, no presente (equidade ou solidariedade intrageracional) e no futuro (equidade ou solidariedade intergeracional)²⁶.

No contexto do antropocentrismo reformado, fala-se em *antropocentrismo-extrínseco* (utilitarista) e *antropocentrismo-intrínseco* (que admite conferir um estatuto de “sujeito moral” ao meio ambiente, negando-se, contudo, a nele reconhecer valor intrínseco ou mesmo possibilidade de titulação de direitos)²⁷.

No plano dos fundamentos que buscam moralmente justificar a proteção do meio ambiente, a estratégia das gerações futuras está a meio caminho entre o *antropocentrismo radical* (o ser humano como centro do universo e senhor de tudo o que nele há) e o não-antropocentrismo (biocentrismo ou ecocentrismo)²⁸.

Apesar dessa sua feição de *noção-compromisso*, à solidariedade intergeracional não se pode negar uma vinculação fundamentalmente homocêntrica, na medida em que orienta a proteção do ambiente em função das necessidades e interesses do ser humano, só que do futuro²⁹.

A bem da verdade, não são propriamente excludentes, mas complementares, a tutela das gerações futuras e o reconhecimento de que os seres da natureza, animados

²⁴ Para uma crítica da teoria de direitos das gerações futuras, cf. Mark Sagoff, *The Economy of the Earth*, New York, Cambridge University Press, 1992, p. 60 e segs..

²⁵ Mas há aqueles que ainda contestam a possibilidade de se conferir direitos às gerações futuras. Pessoas que não existem não têm direitos: quando muito “terão interesses, no devido momento” (The Economist, *The ethics gap*, December 2nd 2000, p. 78).

Na mesma linha, alguns defendem que apenas quando constituírem direitos simultâneos das gerações presentes, é que se poderia falar em “direitos” das gerações futuras (John Lee, *The underlying legal theory to support a well-defined human right to a healthy environment as a principle of Customary International Law*, 25 Columbia Journal of Environmental Law, 2000, p. 325). Essa posição transforma a existência e reconhecimento de um direito à geração presente em condição para o reconhecimento de direitos às gerações futuras. Na realidade, expurga de qualquer sentido, a expressão “gerações futuras” usada pela Constituição Federal brasileira, dentre outros documentos legislativos, aqui e lá fora.

²⁶ Dominique Jacquemin, *Ob. Cit.*, p. 133.

²⁷ Cf. André Chartrand, *Balises pour une éthique de l'environnement et du développement durable*, in José A. Prades et alii (coordenadores), *Gestion de L'Environnement, Étique et Societé*, Québec, Fides, 1992, p. 133.

²⁸ Para uma crítica, na perspectiva biocêntrica, da concepção da equidade intergeracional, cf. Christopher D. Stone, *Earth and Other Ethics. The Case for Moral Pluralism*, New York, Harper & Row, 1987, pp. 84/89.

²⁹ Christopher D. Stone, *Earth ... cit.*, p. 91.

e inanimados, merecem um *status* próprio, inclusive jurídico –não necessariamente na forma de *sujeito de direito*; conformação normativa esta que vá além da coisificação, própria do Direito Privado tradicional, que enxerga a natureza e seus componentes como simples *res* e objeto de direitos, já notamos.

Vale dizer, mesmo que, no contexto da geração atual, não valorizemos adequada e suficientemente o meio ambiente ou seus elementos (como algo que ultrapasse a noção de *res*), ainda assim haveríamos de protegê-los, porque as gerações futuras podem vir a estimá-lo de modo diverso do nosso (= menos antropocentricamente), inclusive conferindo-lhes a posição de sujeito de direitos. Por esse enfoque, o papel do Direito Ambiental seria o de assegurar às gerações futuras a *opção* de poder reorganizar (ou redimensionar) seu sistema ético-jurídico, retificando a *coisificação* da natureza, o que seria impossível ou inútil sem a conservação, pelas gerações anteriores, da própria natureza e de seus atributos preponderantes.

Do ponto de vista da geração atual, pode não valer a pena proteger uma determinada espécie ameaçada de extinção, seja por não enxergarmos nenhum atributo determinante que justificasse o esforço, seja pelos eventuais sacrifícios exigidos, em especial os econômicos. Mas se incorporamos a dimensão do futuro –o desejo (ou mesmo, a necessidade) de deixar como herança tal espécie para as gerações que nos sucederão– a decisão em favor da preservação ganha muito mais força e legitimidade.

Como se percebe, o modelo das gerações futuras dá, no nosso sistema legal, mais peso à equação da proteção do meio ambiente, pois enseja que os interesses dos não-nascidos, os nossos descendentes, sejam somados aos do presente, obrigando-nos a refazer nossos cálculos³⁰.

Em síntese, no plano ambiental, a solidariedade intergeracional, fundada em argumentos éticos que apontam na direção da *justiça entre as várias gerações*, tem, pelo menos, dois elementos básicos: (a) a conservação da natureza para as gerações futuras, visando assegurar a perpetuação da espécie humana com (b) os mesmos ou superiores padrões de qualidade de vida hoje encontráveis. Inclui, segundo a lição de Edith Brown Weiss³¹, um conjunto de obrigações e direitos planetários, que nos conduzem à:

³⁰ Christopher D. Stone, *Earth ... cit.*, p. 85.

³¹ Edith Brown Weiss, *Global environmental change and international law: The introductory framework*, in Edith Brown Weiss (editor), *Environmental Change and International Law. New Challenges and Dimensions*, Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 19.

- *conservação de opções* (manutenção da diversidade biológica e cultural)
- *conservação da qualidade* (manutenção da ambientabilidade ou habitabilidade do planeta)
- *conservação do acesso* (garantia de direitos eqüitativos e não discriminatórios no uso do legado planetário)

Para alguns, a solidariedade entre gerações traduz-se numa espécie de “contrato social intergeracional”, que “garante ao futuro as mesmas *oportunidades* que foram abertas ao passado”³².

Um dos pilares da noção de *sustentabilidade* é exatamente a solidariedade intergeracional. Já observamos que a preocupação com as gerações futuras (transgeracionalidade) amplia *temporalmente* os braços do Direito Ambiental³³. Logo, a solidariedade, tradicionalmente utilizada no âmbito das relações intrageracionais (entre sujeitos de uma mesma época), agora se põe, de modo muito mais desafiador para o jurista, no relacionamento entre gerações diversas.³⁴

O tema da solidariedade ou eqüidade intergeracional é, realmente, complexo; são dificuldades teóricas decorrentes da novidade do tema e da nossa ignorância do que está por vir, nomeadamente quando projetamos um futuro muito remoto ou distante. Nada sabemos, só nos cabendo fazer conjecturas, sobre: a) *quem* habitará o planeta num futuro muito além dos dias de hoje; b) as *conseqüências* remotas que nossas ações atuais provocarão nesses habitantes incertos; e c) os tipos de *preferências* adotadas por tais gerações³⁵.

³² R. Kerry Turner *et alii*, *Environmental Economics: An Elementary Introduction*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1993, p. 32, grifo no original.

³³ Peider Kőnz, *Law and global environmental management: Some open issues*, in Edith Brown Weiss (editor), *Environmental Change ... cit.*, p. 160.

³⁴ David W. Pearce and Jeremy J. Warford, *World Without End. Economics, Environment, and Sustainable Development*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 65.

³⁵ Christopher D. Stone, *Earth ... cit.*, p. 39.

2.2.2 Antropocentrismo do Bem-Estar dos Animais

É bom ressaltar que o antropocentrismo mitigado não se esgota no discurso intergeracional. Há outras formas de, sem apego ao paradigma homocêntrico puro e sem cair no não-antropocentrismo, proteger-se a natureza, em especial os animais. Assim, por exemplo, alguns consideram antropocêntrica mitigada –mas sem ser intergeracional– a corrente da Ética do *Bem-Estar dos Animais* (*Animal Welfare*), que, mesmo contentando-se com a *summa divisio* humanos x não-humanos, advoga um tratamento mais “humanitário” para os outros seres vivos, com relevo para os animais domesticados e de estimação.

Nessa corrente, aceita-se, de uma maneira geral e conforme as circunstâncias, a possibilidade de eliminação de animais, desde que estes sejam tratados da forma mais *humana* possível. Ou seja, inexistiria qualquer interesse animal que não possa sucumbir em função de benefícios de vulto para os seres humanos.

As várias versões da Teoria do Bem-Estar dos Animais normalmente demandam algum tipo de balanceamento de valores e utilidades³⁶; além disso aceitam que os animais, apesar de dotados de sensibilidade e percepção, não merecem o respeito e consideração que oferecemos aos seres humanos; são *objeto* e, por isso mesmo, passíveis de dominialidade privada³⁷.

2.3 Não-antropocentrismo: o ser humano como parte da natureza

Por “não-antropocentrismo”, queremos significar todas as correntes que criticam ou rejeitam por insuficiência a doutrina antropocêntrica (inclusive o antropocentrismo mitigado). É uma visão do mundo informada por um modelo ecológico de *inter-relacionameto interno*, um rico sistema de circulação permanente entre o “eu” e o mundo exterior, e que advoga ser a natureza mais complexa do que a conhecemos e, possivelmente, mais complexa do que poderemos saber (Teoria do Caos).

³⁶ Gary L. Francione, *Animals, Property, and the Law*, Philadelphia, Temple University Press, 1995, pp. 6-7.

³⁷ Gary L. Francione, *Rain Without Thunder: The Ideology of the Animal Rights Movement*, Philadelphia, Temple University Press, 1996, p. 8.

No não-antropocentrismo inexistiria, assim, qualquer linha rígida de separação entre o vivo e o inanimado, entre o humano e o não-humano, com isso contestando a hierarquia bíblica anjo-homem-besta.

Uma das principais marcas do não-antropocentrismo é a sintonia e consistência com a Ciência moderna. Diz-se que o caráter único e a superioridade moral dos humanos decorrem da nossa habilidade para pensar, falar e fazer ferramentas. Ora, alguns seres humanos não falam (mudos); outros vivem em estado vegetativo (portadores de deficiência mental); nem por isso propomos que eles sejam tidos como menos humanos.

A principal consequência da adoção do pensamento não-antropocêntrico seria um modelo técnico-jurídico muito mais protetório da Terra e dos seus múltiplos sistemas.

Nessa vasta e heterogênea família, incluímos o *biocentrismo*³⁸ e o *ecocentrismo* (ou *holismo*³⁹). Algumas dessas tendências são comumente associadas aos movimentos de contracultura, incluindo ainda a teoria dos “direitos dos animais” (“animal liberation”⁴⁰), tendo Peter Singer⁴¹ à sua frente, o *ecofeminismo*⁴², a *ecologia social* e a cosmologia animística dos povos indígenas, todas essas correntes propõem uma alteração ontológica na nossa visão da natureza e do nosso relacionamento com ela⁴³.

³⁸ Nos termos da *Ética da Reverência pela Vida*, exposta inicialmente pelo prêmio Nobel Albert Schweitzer, e alicerçada na idéia de que o imperativo ético central é não agredir a vida, nas suas múltiplas formas.

³⁹ Para os holistas (e são várias as correntes entre eles), seres vivos e ecossistemas merecem igual respeito, e só podem ser tratados conjuntamente. Nesse grupo, temos não só a *Ética da Terra (Land Ethic)*, apresentada por Aldo Leopold (“que transforma o papel do *Homo Sapiens*, de conquistador da comunidade da terra a seu membro e cidadão integral”), como também a *Ecologia Profunda* (também denominada “ecologia transpessoal” ou “naturalismo ecológico”, neste último caso já que faz uma opção geocêntrica, cf. José M. G. Gómez-Heras, *art. cit.*, p. 26).

A Ecologia Profunda – de grande influência em todo o mundo e que tem em George Sessions um dos seus mais ativos advogados – foi originalmente proposta pelo filósofo norueguês Arne Naess, que atribuiu “valor intrínseco” à biodiversidade.

Sobre a *Ecologia Profunda*, cf. Arne Naess, *Ecosofia: Ecologia, Società e Stili di Vita*, Como, Red Edizioni, 1994; Mariachiara Tallacchini, *Ob. Cit.*, pp. 106-136; François Ost, *La Nature Hors la Loi: L'Écologie à l'Épreuve du Droit*, Paris, Éditions La Découverte, 1995, pp. 147-204.

Outra manifestação do pensamento holístico é o *gaianismo*: A Terra – Gaia – funcionado como se fora um enorme sistema “vivo” ou “super-organismo”, na fórmula proposta pelo cientista britânico James Lovelock. A hipótese científica de Gaia “procura explicar a sobrevivência dos seres vivos na Terra por bilhões de anos tratando a vida e o meio ambiente global como duas partes de um mesmo sistema”, sistema este que se auto-regula e conserta (R. Kerry Turner *et alii*, *Ob. Cit.*, p. 33).

⁴⁰ Não confundir com o “animal welfare”, que, atrás observamos, tem cunho antropocêntrico.

⁴¹ Cf. Peter Singer, *Animal Liberation*, New York, Avon Books, 1990; para uma crítica do sistema de “direitos” dos animais, cf. Ted Benton, *Natural Relations: Ecology, Animal Rights & Social Justice*, London, Verso, 1993.

⁴² Segundo os ecofeministas, a dominação da natureza é apenas uma das muitas manifestações da opressão machista.

⁴³ Analisando o ecocentrismo e a ecologia profunda, cf. George Sessions (editor), *Deep Ecology for the 21st Century: Readings on the Philosophy and Practice of the New Environmentalism*, Boston & London, Shambhala, 1995.

As correntes que rejeitam o antropocentrismo não são misantrópicas, isto é, anti-homem. O que elas combatem é o chauvinismo humano, a ficção insistente – negada pela Ciência– de enxergar os seres humanos como entidades apartadas da natureza. Esta e aqueles podem viver e prosperar.

Um dos mais importantes aspectos do pensamento não-antropocêntrico, isto é, a possibilidade de se reconhecer *direitos* a entidades não-humanas, será analisado a seguir, em outro ponto do presente estudo.

2.4 Conservação e preservação

De certa maneira pairando sobre essas três famílias –antropocentrismo, antropocentrismo intergeracional e não-antropocentrismo–, estão duas escolas de proteção da natureza: a *conservação* e a *preservação*. Aquela, preferida pelos antropocêntricos puros ou mitigados; esta, favorecida pelos não-antropocêntricos.

A maioria dos conservacionistas vê os ecossistemas e outras espécies como recursos – é o enfoque próprio do *homo economicus*. Recursos que demandam regras para sua exploração, mas ainda assim recursos. Para essa corrente, a preocupação principal não é exatamente a proteção de espécies ou ecossistemas *per se*, mas o seu uso adequado (= uso-inteligente⁴⁴ ou, em linguagem mais atual, sustentável). Na exata medida em que *todos* os componentes da natureza precisam ser utilizados é que se justifica o cuidado ao usá-los, para que não falem⁴⁵.

Já os preservacionistas, convictos, inclusive com evidências científicas, de que a interferência humana, em certos casos, está em confronto direto com a proteção eficaz do meio ambiente, pretendem manter grandes áreas naturais fora do *uso econômico direto* (permitido, contudo, o uso econômico indireto, como nos Parques Nacionais), com isso assegurando-se a integridade desses *habitats*. Buscam, em um

⁴⁴ Robyn Eckersley, *Environmentalism and Political Theory: Toward an Ecocentric Approach*, New York, State University of New York Press, 1992, p. 39.

⁴⁵ Cf. Bryan G. Norton, *Toward Unity among Environmentalists*, New York, Oxford University Press, 1991, pp. 6-7.

mundo onde pouco sobrou da natureza “intocável”, a manutenção de um mínimo do *status quo* ecológico o mais original possível, admitindo-se, quando muito, a recuperação (e não transformação!) dos fragmentos degradados. Historicamente, na sua origem, está uma postura de *reverência* perante a natureza, na forma de apreciação das belezas naturais e dos espaços virgens ou selvagens.

Enquanto a conservação dos recursos pressupõe manutenção da natureza *para* o desenvolvimento, a preservação indica manutenção da natureza *do* desenvolvimento⁴⁶. Hoje, conservação e preservação encurtaram o oceano que as apartavam, sob o guarda-chuva integrador da garantia já não mais de um recurso individualizado, mas da biodiversidade como um todo.

O certo é que, em todo o mundo, os vários ordenamentos jurídicos adotam um conjunto de instrumentos de tutela ambiental que mesclam objetivos de conservação (como a Reserva Legal, a Reserva de Desenvolvimento Sustentável e a APA – Área de Proteção Ambiental) com outros, mais rígidos, de preservação (como as APPs – Áreas de Proteção Ambiental, Reservas Biológicas e Estações Ecológicas). Uns mais antropocêntricos (Florestas Nacionais, p. ex.), outros de índole claramente ecocêntrica (Estações Ecológicas ou Reservas Biológicas, p. ex.).

3. O discurso econômico sobre a natureza

Há aqueles que, na proteção do meio ambiente, preferem enfatizar o enfoque do *homo economicus*. Para essa corrente de pensamento, integrada, como não poderia deixar de ser, fundamentalmente por economistas, “tudo o que fazemos, e toda a organização da sociedade moderna, tem, goste-se ou não disso, uma orientação econômica. Assim, se queremos preservar nossas florestas e ecossistemas ainda inteiros, é preciso, antes de tudo, tornar isso economicamente interessante”.

⁴⁶ Robyn Eckersley, *Ob. Cit.*, p. 39.

Nessa linha de raciocínio, os economistas apresentam uma formulação própria, atribuindo à natureza quatro modalidades de *valores* principais⁴⁷:

- *valor de uso econômico direto*⁴⁸
- *valor de uso indireto*⁴⁹
- *valor de opção*⁵⁰
- *valor existencial*⁵¹.

Segundo os economistas, esses valores podem ser organizados em duas grandes categorias: valores instrumentais (ou de uso) e valores intrínsecos (existenciais ou de não-uso).

Valor instrumental “refere-se à capacidade de algo, quando usado, de satisfazer um desejo ou preferência” de alguém; diversamente, valor intrínseco “é visto pelos filósofos ecológicos como sendo inerente a algo”, manifestando-se ácida divergência entre aqueles sobre o que é capaz de possuir valor intrínseco: objetos conscientes e inconscientes, objetos animados ou inanimados.

Os valores instrumentais podem ser divididos entre valor direto, valor indireto e valor de opção. O valor de existência relaciona-se com a apreciação que não seja nem de uso presente, nem de uso de opção. Na sociedade, a manifestação de valor

⁴⁷ Para uma abordagem desses valores, no contexto da proteção da biodiversidade, cf. Antônio Herman Benjamin, *Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*, in Antônio Herman Benjamin (coordenador), *Direito Ambiental das Áreas Protegidas: O Regime Jurídico das Unidades de Conservação*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, pp. 278-280.

⁴⁸ Como, v.g., alimentos, biomassa, madeira.

⁴⁹ Por “valor econômico indireto” entende-se aquele que é manifestado através de serviços, em vez de produtos. Na hipótese, o melhor exemplo são os benefícios estético-recreativos e os serviços ecológicos proporcionados pela natureza.

⁵⁰ O *valor de opção* refere-se à importância que as pessoas atribuem a um futuro tranquilo, repleto de oportunidades e opções. Funciona como uma espécie de seguro de vida a garantir aos nossos descendentes o acesso a benefícios vindouros oriundos da biodiversidade, hoje sub-apreciada (Rudolf S. de Groot, *Environmental functions and economic value of natural ecosystems*, in AnnMari Jansson *et alii* (editors), *Investing in Natural Capital: The Ecological Economics Approach to Sustainability*, Washington, Island Press, 1994, p. 156). É a conservação da biodiversidade pensando na sua provável, embora ainda incerta, importância no amanhã, em particular no campo da medicina e agricultura, através do uso de informações genéticas ou bioquímicas em novas descobertas científicas.

⁵¹ Como já dissemos, para muitos a natureza, mais que utilidade econômica ou recreativa, tem valor estritamente *existencial*: a sua existência *per se* já é razão de sobra para protegê-la, à parte de qualquer outra contribuição, direta ou indireta, aos seres humanos (= benefícios instrumentais) que possa dar. Tal tipo de avaliação refere-se aos valores intangíveis, intrínsecos e éticos atribuídos à natureza. Proteger a biodiversidade, nessa perspectiva, é uma questão de princípio (cf. Rudolf S. de Groot, *art. cit.*, p. 156; William P. Cunningham and Barbara Woodworth Saigo, *Environmental Science: a Global Concern*, 5th edition, Boston, WCB/McGraw-Hill, 1999, p. 275).

existencial é incontestável. Basta verificar-se o grande número de pessoas que contribuem financeiramente, ou com trabalho voluntário, para as ONGs dedicadas à proteção da natureza⁵². Ou, como já observava Bruce Ackerman, ainda nos anos 70, “é certo que, mesmo aqueles que nunca planejaram visitá-lo sentir-se-iam mais pobres após saberem que um sítio de valor especial, como o Grand Canyon, foi substancialmente degradado”⁵³.

Os valores de uso econômico direto ou indireto são fundamentais no discurso antropocêntrico tradicional. O valor de opção conduz ao antropocentrismo das gerações futuras. Já as correntes não-antropocêntricas bebem na fonte dos valores existenciais.

Passíveis de monetarização (são atributos econômicos, afinal de contas), essas quatro categorias de valores são, em sede de responsabilidade civil, computadas na avaliação do dano ambiental, fazendo parte do *quantum debeatur*.

4. O discurso jurídico sobre a natureza: da natureza-coisa à natureza-sujeito

O Direito, seja no terreno internacional, seja no campo das legislações nacionais, vem se afastando, cada vez mais, do antropocentrismo puro, sendo mesmo correto afirmar-se que o paradigma atualmente predominante é o do antropocentrismo intergeracional, com crescentes bolsões de não-antropocentrismo⁵⁴, aqui e ali⁵⁵.

Para fins didáticos, poderíamos, no campo jurídico, representar os paradigmas do antropocentrismo (puro ou mitigado) e do não-antropocentrismo em uma linha reta, delimitada, nas pontas, por dois pontos finais, constituídos por duas visões jurídicas antagônicas da natureza: a *natureza-objeto* e a *natureza-sujeito*; uma, profundamente

⁵² David Pearce and Jeremy J. Warford, *World Without End: Economics, Environment and Sustainable Development*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 100 e 102.

⁵³ Bruce A. Ackerman *et alii*, *The Uncertain Search for Environmental Quality*, New York, The Free Press, 1974, p. 142.

⁵⁴ Citemos, como exemplos do pensamento não-antropocêntrico, reconhecendo um certo valor intrínseco à natureza, a Convenção Européia para Conservação da Fauna e *Habitats* Naturais (1979), a Carta Mundial da Natureza (1982), e a Convenção da Biodiversidade (1992).

⁵⁵ Tratando dessa evolução, na perspectiva do Direito, cf. Susan Emmenegger e Axel Tschentscher, *Taking nature's rights seriously: the long way to biocentrism in Environmental Law*, in *The Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6, 1994, pp. 545-592..

utilitarista e antropocêntrica, baseada na separação (e oposição) rígida homem-natureza; outra, mais aberta, propondo uma releitura da relação ser humano-mundo natural, estimulando-se, para tanto, uma reorganização dogmática no campo da Teoria Geral do Direito, que termina por afetar as noções usuais (e estreitas) de *direito* e *interesse*⁵⁶. Como já referido, entre um e outro pólo extremado, há todo um universo de cores ético-jurídicas, que pendem ora para um, ora para outro horizonte.

4.1 A natureza-objeto

A *natureza-objeto* apóia-se numa visão dualista do mundo.

Em um campo (que uns poderiam chamar de “campo de concentração” auto-imposto, tal seu rigor excludente e isolacionista) está a humanidade, os seres humanos como únicos sujeitos de direitos e obrigações.

No lado oposto, encontra-se a natureza, reduzida à condição única de objeto, posta à disposição de todos, passível de apropriação, de manejo e, como dissemos, até de destruição irreversível, pura e simples.

4.2 A natureza-sujeito

Já a *natureza-sujeito* funda-se em um certo monismo jurídico, onde as posições jurídicas do ser humano e dos componentes naturais não operam por exclusão, estando, ao revés, em posição de simetria. Cabe recordar, neste ponto, que nem todas as correntes não-antropocêntricas enxergam a natureza (ou, mais restritivamente, seus componentes) como titular de direitos⁵⁷. Há, pois, aqueles que, embora rejeitando o antropocentrismo (inclusive o mitigado, das gerações futuras), adotam outros mecanismos não-antropocêntricos, diversos do discurso de *direitos*.

⁵⁶ Mariachiara Tallacchini, *Diritto per la Natura: Ecologia e Filosofia del Diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1996, pp. 93-94.

⁵⁷ Para uma ampla análise dos “direitos da natureza”, cf. Roderick Frazier Nash, *The Right of Nature: A History of Environmental Ethics*, The University of Wisconsin Press, Madison, 1989; tratando dos “direitos dos animais”, cf. Tom Regan, *Introduction*, in Tom Regan (editor), *Earthbound: New Introductory Essays in Environmental Ethics*, New York, Random House, 1984, pp. 3-37.

Sem serem os pioneiros no tema, os professores e filósofos Tom Regan (americano) e Peter Singer (australiano) são vistos como os mais influentes teóricos modernos do biocentrismo limitado, um estando aquém (Singer) e outro (Regan) adotando a noção de *direitos dos animais*⁵⁸.

Outros, como Lawrence Tribe (o grande constitucionalista americano) e Christopher Stone, são mais ambiciosos, adotando um modelo de direitos que abraça não só os seres humanos, mas igualmente os seres abióticos e até mesmo a natureza como um todo. É disso que trataremos, com maior ênfase, em seguida.

4.3 Pode a natureza ter direitos?

Nos últimos anos, vem ganhando força a tese de que um dos objetivos do Direito Ambiental é a proteção da biodiversidade (fauna, flora e ecossistemas), sob uma diferente perspectiva: a natureza como titular de valor jurídico *per se* ou próprio, vale dizer, exigindo, por força de profundos argumentos éticos e ecológicos, proteção independentemente de sua utilidade econômico-sanitária direta para o homem.

De Platão a Santo Agostinho, passando por São Francisco de Assis, os filósofos vêm asseverando que a natureza tem desígnios e objetivos não relacionados com as finalidades humanas. Coube a John Locke confirmar que todos os homens são titulares de direitos: os biocentristas estenderam tal tese a outras formas de vida; e, indo mais longe, Aldo Leopold desenhou o modelo dos ecossistemas como titulares de direitos que precedem aqueles dos sujeitos e espécies individuais que os compõem.

De acordo com essa visão, o *homo sapiens* abandona sua postura de conquistador e degradador irresistível e assume seu papel de membro pleno e cidadão de uma comunidade ampliada, a Natureza. Tal inovador paradigma, posteriormente, é sofisticado por Arne Naess, no campo filosófico, e por Christopher Stone e Lawrence Tribe, no terreno jurídico.

Já não causa tanto furor, pois, a proposição de que a natureza também tem direitos, tema que, contudo, pela sua feição de certo revolucionária e extremamente recente, ainda localiza-se nas fronteiras da Ética com o Direito. A perspectiva dos “direitos da

⁵⁸ Cf. o texto clássico Tom Regan, *The Case for Animal Rights*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1983.

natureza”⁵⁹ propõe indagações várias e complexas, muitas das quais ainda não estamos preparados para responder: quem ou o que, na natureza, é titular desses direitos? Os organismos individualmente, ou as espécies e, mais além, os ecossistemas também? Só os componentes bióticos, ou os abióticos igualmente? Qual o conteúdo e limites desses direitos? Seriam eles iguais para todas as espécies e organismos, em outras palavras, teriam todos os seres um mesmo valor (uma espécie de igualitarismo biótico)? Ou, diversamente, uma certa gradação seria permissível? Como se relacionariam tais direitos com aqueles de que são titulares os seres humanos? O que deveria ser incluída numa eventual “Carta de Direitos da Natureza”?⁶⁰

Não seria nada desprezível o impacto dessa nova visão no terreno jurídico – repita-se, não necessariamente estruturada na fórmula de “direitos”. Uma das principais conseqüências da afirmação de que o meio ambiente deve ser protegido *per se* opera no terreno da responsabilidade civil, onde a noção de “dano ambiental” (dano ao ambiente em si mesmo⁶¹) passa a ser dissociada da idéia de prejuízo (pessoal ou econômico) ao indivíduo.

Finalmente, é oportuno corrigir um mal-entendido que, com frequência, aparece na doutrina menos informada ou entre aqueles que querem liberdade plena para degradar o meio ambiente e submeter os animais a sacrifícios desnecessários. O reconhecimento de direitos aos animais –ou mesmo à natureza– não leva ao resultado absurdo de propor que seres humanos e animais tenham os *mesmos* ou *equivalentes* direitos. Nem Regan, nem outros teóricos de sua corrente, defendem direitos *absolutos* ou *iguais* para os animais. Os direitos de não-humanos não são menos flexíveis que os direitos humanos⁶². O que eles propõem é uma mudança de paradigma na dogmática jurídica. Só isso.

⁵⁹ A expressão “direitos da natureza” não é aceita pacificamente entre filósofos e juristas. Há os que a rejeitam, por ser ampla demais, incluindo os elementos abióticos, como os rios, o mar, as montanhas, os mangues, as belezas naturais etc. “Rigorosamente, não se pode falar em ‘direitos da natureza’, na medida em que os elementos abióticos são dotados de simples valor instrumental, faltando-lhes qualquer valoração intrínseca, não podendo, por isso mesmo, serem titulares de direitos” (James A. Nash, *The case for biotic rights*, in *Yale Journal of International Law*, vol. 18, 1993, p. 242).

⁶⁰ Cf. James A. Nash, *art. cit.*, p. 236.

⁶¹ Augusto M. Morello y Gabriel Stiglitz, *Ob. cit.*, p. 97.

⁶² Gary L. Francione, *Ob. Cit.*, p. 10.

5. Conclusão

Hoje, poucos negariam que a natureza é a nossa Casa. A partir disso, estamos a um passo para aceitar que não somos uma entidade à parte dos ecossistemas que nos cercam, mas apenas um fragmento de muitos, e cuja saúde depende da saúde do todo⁶³.

Em conclusão, é mister notar que, na perspectiva do Direito, antropocentrismo e não-antropocentrismo não são, até certo ponto, fatalmente excludentes, podendo atuar de forma complementar entre si.

Se é verdade que nem toda a proteção ambiental é explicável pela perspectiva do resguardo utilitarista do ser humano (tome-se, p. ex., a proibição legal de crueldade contra animais, vedação esta que já é bem antiga em certos países, inclusive no Brasil), por outro lado, ao se reconhecer valor intrínseco à natureza termina-se, como regra, por tutelar os humanos que dela dependem.

Sabe-se que essas duas preocupações – om a natureza e com o ser humano – são, na realidade, indivisíveis. O controle da poluição é necessário à proteção da saúde humana, mas é igualmente essencial à tutela do meio ambiente, em si considerado, pois os mesmos poluentes nocivos ao ser humano, também afetam a vida em terra e no mar. Além disso, a interconexão e interdependência da nossa biosfera atinge nosso quintal, quando degradamos as outras partes do ecossistema. O dano à natureza, quase sempre, volta-se contra o próprio ser humano, assombrando-o e, não raro, prejudicando-o de modo inevitável⁶⁴.

Antônio Herman Benjamin,

Procurador de Justiça, Mestre em Direito, Professor

⁶³ Eric T. Freyfogle, *Should we green the bill?*, in *University of Illinois Law Review*, vol. 1992, p. 162-163.

⁶⁴ Frank P. Grad, *Environmental Law*, third edition, New York, Matthew Bender, 1985, p. 2.

NORMA BRASILEIRA

DA ÉTICA EM

PESQUISA COM

SERES HUMANOS

*Júlia Maria Martins de souza Felippe
e Tiyo Sakurai*

***Júlia Maria Martins de Souza Felipe
e Tiyo Sakurai***

A NORMA BRASILEIRA DA ÉTICA EM PESQUISA COM SERES HUMANOS

O avanço do conhecimento científico e a participação direta do ser humano como agente de pesquisa vêm preocupando, desde que o mundo tomou conhecimento do ocorrido com os judeus, nos campos de concentração, durante a II Guerra Mundial. As barbáries cometidas em nome da Ciência levaram à criação do Código de Nuremberg (1947), que tratou de forma humanitária diretrizes sobre pesquisas que envolvem seres humanos. Este código foi o marco da preocupação mundial envolvendo conhecimento científico e utilização do ser humano para experimentos. A partir deste marco, a evolução dessa preocupação, com a criação de outras declarações e diretrizes, tais como Declaração dos Direitos do Homem (1948), Declaração de Helsinque (1964), Acordo Internacionais Sobre Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 1966), Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisa Biomédica Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS, 1982, 1993) etc, vem propondo reflexões e normativas para a conduta condizente entre avanço científico/experimentos nas ciências da vida humana.

No Brasil, as primeiras normas que tratam de ética em pesquisa com Seres Humanos são de 1988, com a Resolução do Conselho Nacional de Saúde, CNS n.º 1/88, que representou um grande avanço no estabelecimento dessas condutas no País. Em 1994, o Conselho Nacional de Saúde decidiu pela revisão dessa resolução, em virtude da necessidade de atualizá-la, tendo em vista o aparecimento de novos produtos/conhecimentos, oriundos da velocidade do desenvolvimento e da divulgação

de novos conhecimentos científicos. Um grupo de trabalho de caráter multiprofissional foi composto, com representantes de diferentes segmentos da Sociedade Civil, o que resultou na Resolução CNS n.º 196/96, em vigência no País.

Esta resolução, aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde em outubro de 1996, está fundamentada em uma série de importantes documentos nacionais e internacionais com diretrizes sobre pesquisa envolvendo seres humanos e cumprindo as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil e da legislação brasileira correlata.

É importante salientar que esta resolução incorpora os princípios referenciais da Bioética: autonomia, não malificiência, beneficência e justiça, e visa assegurar direitos e deveres no que diz respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa (de caráter voluntário, individual ou coletivamente) e ao Estado.

A resolução CNS n.º 196/96 pode ser obtida na íntegra no site do Ministério da Saúde: <http://conselho.saude.gov.br> (em comissões).

Ressaltando as palavras do Dr. Willian Saad Hossne (coordenador do grupo), no parágrafo de encerramento do documento Relato de Trabalho do Grupo Executivo de Trabalho, que elaborou a Resolução : “Desta forma acredita-se que estas normas realmente são resultado do que pensa a sociedade brasileira, construída a partir dos requisitos do Ministério da Saúde/Governo, da comunidade científica, dos sujeitos da pesquisa e da sociedade como um todo, constituindo efetivo instrumento de concretização da cidadania e de defesa dos direitos humanos.”

Com os avanços nas Áreas da Genética, da Biologia Molecular, dos novos Fármacos, da Reprodução Assistida, da Intervenção sobre os Fetos, do aborto terapêutico, da Geneterapia, da transgênese, da clonagem levando à necessidade crescente e discussões éticas nessas áreas, é preciso a atenção da Sociedade para estar presente nos debates de confecção de novas normas ou de atualização das normas em vigência.

***Júlia Maria Martins de Souza Felipe
e Tiyo Sakurai,
Médicas da Divisão de Biologia Médica do Instituto Adolfo Lutz - SP***

CONHEÇA A RESOLUÇÃO 196/96

O Plenário do Conselho Nacional de Saúde em sua Quinquagésima Nona Reunião Ordinária, realizada nos dias 09 e 10 de outubro de 1996, no uso de suas competências regimentais e atribuições conferidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, **RESOLVE**:

Aprovar as seguintes diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos:

I - PREÂMBULO

A presente Resolução fundamenta-se nos principais documentos internacionais que emanaram declarações e diretrizes sobre pesquisas que envolvem seres humanos: o Código de Nuremberg (1947), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Declaração de Helsinque (1964 e suas versões posteriores de 1975, 1983 e 1989), o Acordo Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 1966, aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 1992), as Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993) e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991). Cumpre as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da legislação brasileira correlata: Código de Direitos do Consumidor, Código Civil e Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Orgânica da Saúde 8.080, de 19/09/90 (dispõe sobre as condições de atenção à saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes), Lei 8.142, de 28/12/90 (participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde), Decreto 99.438, de 07/08/90 (organização e atribuições do Conselho Nacional de Saúde), Decreto 98.830, de 15/01/90 (coleta por estrangeiros de dados e materiais científicos no Brasil), Lei 8.489, de 18/11/92, e Decreto 879, de 22/07/93 (dispõem sobre retirada de tecidos, órgãos e outras partes do corpo humano com fins humanitários e científicos), Lei 8.501, de 30/11/92 (utilização de cadáver), Lei 8.974, de 05/01/95 (uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados), Lei 9.279, de 14/05/96 (regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial), e outras.

Esta Resolução incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades, os quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, entre outros, e visa assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado.

O caráter contextual das considerações aqui desenvolvidas implica em revisões periódicas desta Resolução, conforme necessidades nas áreas tecnocientífica e ética.

Ressalta-se, ainda, que cada área temática de investigação e cada modalidade de pesquisa, além de respeitar os princípios emanados deste texto, deve cumprir com as exigências setoriais e regulamentações específicas.

II - TERMOS E DEFINIÇÕES

A presente Resolução, adota no seu âmbito as seguintes definições:

II.1 - Pesquisa - classe de atividades cujo objetivo é desenvolver ou contribuir para o conhecimento generalizável. O conhecimento generalizável consiste em teorias, relações ou princípios ou no acúmulo de informações sobre as quais estão baseados, que possam ser corroborados por métodos científicos aceitos de observação e inferência.

II.2 - Pesquisa envolvendo seres humanos - pesquisa que, individual ou coletivamente, envolva o ser humano, de forma direta ou indireta, em sua totalidade ou partes dele, incluindo o manejo de informações ou materiais.

II.3 - Protocolo de Pesquisa - Documento contemplando a descrição da pesquisa em seus aspectos fundamentais, informações relativas ao sujeito da pesquisa, à qualificação dos pesquisadores e à todas as instâncias responsáveis.

II.4 - Pesquisador responsável - pessoa responsável pela coordenação e realização da pesquisa e pela integridade e bem-estar dos sujeitos da pesquisa.

II.5 - Instituição de pesquisa - organização, pública ou privada, legitimamente constituída e habilitada na qual são realizadas investigações científicas.

II.6 - Promotor - indivíduo ou instituição, responsável pela promoção da pesquisa.

II.7 - Patrocinador - pessoa física ou jurídica que apoia financeiramente a pesquisa.

II.8 - Risco da pesquisa - possibilidade de danos à dimensão física, psíquica, moral, intelectual, social, cultural ou espiritual do ser humano, em qualquer fase de uma pesquisa e dela decorrente.

II.9 - Dano associado ou decorrente da pesquisa - agravo imediato ou tardio, ao indivíduo ou à coletividade, com nexos causal comprovado, direto ou indireto, decorrente do estudo científico.

II.10 - Sujeito da pesquisa - é o(a) participante pesquisado(a), individual ou coletivamente, de caráter voluntário, vedada qualquer forma de remuneração.

II.11 - Consentimento livre e esclarecido - anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa.

II.12 - Indenização - cobertura material, em reparação a dano imediato ou tardio, causado pela pesquisa ao ser humano a ela submetida.

II.13 - Ressarcimento - cobertura, em compensação, exclusiva de despesas decorrentes da participação do sujeito na pesquisa.

II.14 - Comitês de Ética em Pesquisa-CEP - colegiados interdisciplinares e independentes, com “munus público”, de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criados para defender os interesses dos sujeitos da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro de padrões éticos.

II.15 - Vulnerabilidade - refere-se a estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido.

II.16 - Incapacidade - Refere-se ao possível sujeito da pesquisa que não tenha capacidade civil para dar o seu consentimento livre e esclarecido, devendo ser assistido ou representado, de acordo com a legislação brasileira vigente.

III - ASPECTOS ÉTICOS DA PESQUISA ENVOLVENDO SERES HUMANOS

As pesquisas envolvendo seres humanos devem atender às exigências éticas e científicas fundamentais.

III.1 - A eticidade da pesquisa implica em:

a) consentimento livre e esclarecido dos indivíduos-alvo e a proteção a grupos vulneráveis e aos legalmente incapazes (**autonomia**). Neste sentido, a pesquisa envolvendo seres humanos deverá sempre tratá-los em sua dignidade, respeitá-los em sua autonomia e defendê-los em sua vulnerabilidade;

b) ponderação entre riscos e benefícios, tanto atuais como potenciais, individuais ou coletivos (**beneficência**), comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos;

c) garantia de que danos previsíveis serão evitados (**não maleficência**);

d) relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos da pesquisa e minimização do ônus para os sujeitos vulneráveis, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio-humanitária (**justiça e equidade**).

III.2- Todo procedimento de qualquer natureza envolvendo o ser humano, cuja aceitação não esteja ainda consagrada na literatura científica, será considerado como pesquisa e, portanto, deverá obedecer às diretrizes da presente Resolução. Os procedimentos referidos incluem entre outros, os de natureza instrumental, ambiental, nutricional, educacional, sociológica,

econômica, física, psíquica ou biológica, sejam eles farmacológicos, clínicos ou cirúrgicos e de finalidade preventiva, diagnóstica ou terapêutica.

III.3 - A pesquisa em qualquer área do conhecimento, envolvendo seres humanos deverá observar as seguintes exigências:

a) ser adequada aos princípios científicos que a justifiquem e com possibilidades concretas de responder a incertezas;

b) estar fundamentada na experimentação prévia realizada em laboratórios, animais ou em outros fatos científicos;

c) ser realizada somente quando o conhecimento que se pretende obter não possa ser obtido por outro meio;

d) prevalecer sempre as probabilidades dos benefícios esperados sobre os riscos previsíveis;

e) obedecer a metodologia adequada. Se houver necessidade de distribuição aleatória dos sujeitos da pesquisa em grupos experimentais e de controle, assegurar que, *a priori*, não seja possível estabelecer as vantagens de um procedimento sobre outro através de revisão de literatura, métodos observacionais ou métodos que não envolvam seres humanos;

f) ter plenamente justificada, quando for o caso, a utilização de placebo, em termos de não maleficência e de necessidade metodológica;

g) contar com o consentimento livre e esclarecido do sujeito da pesquisa e/ou seu representante legal;

h) contar com os recursos humanos e materiais necessários que garantam o bem-estar do sujeito da pesquisa, devendo ainda haver adequação entre a competência do pesquisador e o projeto proposto;

i) prever procedimentos que assegurem a confidencialidade e a privacidade, a proteção da imagem e a não estigmatização, garantindo a não utilização das informações em prejuízo das pessoas e/ou das comunidades, inclusive em termos de auto-estima, de prestígio e/ou econômico - financeiro;

j) ser desenvolvida preferencialmente em indivíduos com autonomia plena. Indivíduos ou grupos vulneráveis não devem ser sujeitos de pesquisa quando a informação desejada possa ser obtida através de sujeitos com plena autonomia, a menos que a investigação possa trazer benefícios diretos aos vulneráveis. Nestes casos, o direito dos indivíduos ou grupos que queiram participar da pesquisa deve ser assegurado, desde que seja garantida a proteção à sua vulnerabilidade e incapacidade legalmente definida;

l) respeitar sempre os valores culturais, sociais, morais, religiosos e éticos, bem como os hábitos e costumes quando as pesquisas envolverem comunidades;

m) garantir que as pesquisas em comunidades, sempre que possível, traduzir-se-ão em benefícios cujos efeitos continuem a se fazer sentir após sua conclusão. O projeto deve analisar as necessidades de cada um dos membros da comunidade e analisar as diferenças presentes entre eles, explicitando como será assegurado o respeito às mesmas;

n) garantir o retorno dos benefícios obtidos através das pesquisas para as pessoas e as comunidades onde as mesmas forem realizadas. Quando, no interesse da comunidade, houver benefício real em incentivar ou estimular mudanças de costumes ou comportamentos, o protocolo de pesquisa deve incluir, sempre que possível, disposições para comunicar tal benefício às pessoas e/ou comunidades;

o) comunicar às autoridades sanitárias os resultados da pesquisa, sempre que os mesmos puderem contribuir para a melhoria das condições de saúde da coletividade, preservando, porém, a imagem e assegurando que os sujeitos da pesquisa não sejam estigmatizados ou percam a auto-estima;

p) assegurar aos sujeitos da pesquisa os benefícios resultantes do projeto, seja em termos de retorno social, acesso aos procedimentos, produtos ou agentes da pesquisa;

q) assegurar aos sujeitos da pesquisa as condições de acompanhamento, tratamento ou de orientação, conforme o caso, nas pesquisas de rastreamento; demonstrar a preponderância de benefícios sobre riscos e custos;

r) assegurar a inexistência de conflito de interesses entre o pesquisador e os sujeitos da pesquisa ou patrocinador do projeto;

s) comprovar, nas pesquisas conduzidas do exterior ou com cooperação estrangeira, os compromissos e as vantagens, para os sujeitos das pesquisas e para o Brasil, decorrentes de sua realização. Nestes casos deve ser identificado o pesquisador e a instituição nacionais responsáveis pela pesquisa. O protocolo deverá observar as exigências da Declaração de Helsinque e incluir documento de aprovação, no país de origem, entre os apresentados para avaliação do Comitê de Ética em Pesquisa da instituição brasileira, que exigirá o cumprimento de seus próprios referenciais éticos. Os estudos patrocinados do exterior também devem responder às necessidades de treinamento de pessoal no Brasil, para que o país possa desenvolver projetos similares de forma independente;

t) utilizar o material biológico e os dados obtidos na pesquisa exclusivamente para a finalidade prevista no seu protocolo;

u) levar em conta, nas pesquisas realizadas em mulheres em idade fértil ou em mulheres

grávidas, a avaliação de riscos e benefícios e as eventuais interferências sobre a fertilidade, a gravidez, o embrião ou o feto, o trabalho de parto, o puerpério, a lactação e o recém-nascido;

v) considerar que as pesquisas em mulheres grávidas devem, ser precedidas de pesquisas em mulheres fora do período gestacional, exceto quando a gravidez for o objetivo fundamental da pesquisa;

x) propiciar, nos estudos multicêntricos, a participação dos pesquisadores que desenvolverão a pesquisa na elaboração do delineamento geral do projeto; e

z) descontinuar o estudo somente após análise das razões da descontinuidade pelo CEP que a aprovou.

IV - CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

O respeito devido à dignidade humana exige que toda pesquisa se processe após consentimento livre e esclarecido dos sujeitos, indivíduos ou grupos que por si e/ou por seus representantes legais manifestem a sua anuência à participação na pesquisa.

IV.1 - Exige-se que o esclarecimento dos sujeitos se faça em linguagem acessível e que inclua necessariamente os seguintes aspectos:

a) a justificativa, os objetivos e os procedimentos que serão utilizados na pesquisa;

b) os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados;

c) os métodos alternativos existentes;

d) a forma de acompanhamento e assistência, assim como seus responsáveis;

e) a garantia de esclarecimentos, antes e durante o curso da pesquisa, sobre a metodologia, informando a possibilidade de inclusão em grupo controle ou placebo;

f) a liberdade do sujeito se recusar a participar ou retirar seu consentimento, em qualquer fase da pesquisa, sem penalização alguma e sem prejuízo ao seu cuidado;

g) a garantia do sigilo que assegure a privacidade dos sujeitos quanto aos dados confidenciais envolvidos na pesquisa;

h) as formas de ressarcimento das despesas decorrentes da participação na pesquisa; e

i) as formas de indenização diante de eventuais danos decorrentes da pesquisa.

IV.2 - O termo de consentimento livre e esclarecido obedecerá aos seguintes requisitos:

a) ser elaborado pelo pesquisador responsável, expressando o cumprimento de cada uma das exigências acima;

b) ser aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa que referenda a investigação;

c) ser assinado ou identificado por impressão dactiloscópica, por todos e cada um dos sujeitos da pesquisa ou por seus representantes legais; e

d) ser elaborado em duas vias, sendo uma retida pelo sujeito da pesquisa ou por seu representante legal e uma arquivada pelo pesquisador.

IV.3 - Nos casos em que haja qualquer restrição à liberdade ou ao esclarecimento necessários para o adequado consentimento, deve-se ainda observar:

a) em pesquisas envolvendo crianças e adolescentes, portadores de perturbação ou doença mental e sujeitos em situação de substancial diminuição em suas capacidades de consentimento, deverá haver justificação clara da escolha dos sujeitos da pesquisa, especificada no protocolo, aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa, e cumprir as exigências do consentimento livre e esclarecido, através dos representantes legais dos referidos sujeitos, sem suspensão do direito de informação do indivíduo, no limite de sua capacidade;

b) a liberdade do consentimento deverá ser particularmente garantida para aqueles sujeitos que, embora adultos e capazes, estejam expostos a condicionamentos específicos ou à influência de autoridade, especialmente estudantes, militares, empregados, presidiários, internos em centros de readaptação, casas-abrigo, asilos, associações religiosas e semelhantes, assegurando-lhes a inteira liberdade de participar ou não da pesquisa, sem quaisquer represálias;

c) nos casos em que seja impossível registrar o consentimento livre e esclarecido, tal fato deve ser devidamente documentado, com explicação das causas da impossibilidade, e parecer do Comitê de Ética em Pesquisa;

d) as pesquisas em pessoas com o diagnóstico de morte encefálica só podem ser realizadas desde que estejam preenchidas as seguintes condições:

- documento comprobatório da morte encefálica (atestado de óbito);
- consentimento explícito dos familiares e/ou do responsável legal, ou manifestação prévia da vontade da pessoa;
- respeito total à dignidade do ser humano sem mutilação ou violação do corpo;
- sem ônus econômico financeiro adicional à família;
- sem prejuízo para outros pacientes aguardando internação ou tratamento;
- possibilidade de obter conhecimento científico relevante, novo e que não possa ser obtido de outra maneira;

e) em comunidades culturalmente diferenciadas, inclusive indígenas, deve-se contar com a anuência antecipada da comunidade através dos seus próprios líderes, não se dispensando, porém, esforços no sentido de obtenção do consentimento individual;

f) quando o mérito da pesquisa depender de alguma restrição de informações aos sujeitos, tal fato deve ser devidamente explicitado e justificado pelo pesquisador e submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa. Os dados obtidos a partir dos sujeitos da pesquisa não poderão ser usados para outros fins que os não previstos no protocolo e/ou no consentimento.

V - RISCOS E BENEFÍCIOS

Considera-se que toda pesquisa envolvendo seres humanos envolve risco. O dano eventual poderá ser imediato ou tardio, comprometendo o indivíduo ou a coletividade.

V.1 - Não obstante os riscos potenciais, as pesquisas envolvendo seres humanos serão admissíveis quando:

a) oferecerem elevada possibilidade de gerar conhecimento para entender, prevenir ou aliviar um problema que afete o bem-estar dos sujeitos da pesquisa e de outros indivíduos;

b) o risco se justifique pela importância do benefício esperado;

c) o benefício seja maior, ou no mínimo igual, a outras alternativas já estabelecidas para a prevenção, o diagnóstico e o tratamento.

V.2 - As pesquisas sem benefício direto ao indivíduo, devem prever condições de serem bem suportadas pelos sujeitos da pesquisa, considerando sua situação física, psicológica, social e educacional.

V.3 - O pesquisador responsável é obrigado a suspender a pesquisa imediatamente ao perceber algum risco ou dano à saúde do sujeito participante da pesquisa, conseqüente à mesma, não previsto no termo de consentimento. Do mesmo modo, tão logo constatada a superioridade de um método em estudo sobre outro, o projeto deverá ser suspenso, oferecendo-se a todos os sujeitos os benefícios do melhor regime.

V.4 - O Comitê de Ética em Pesquisa da instituição deverá ser informado de todos os efeitos adversos ou fatos relevantes que alterem o curso normal do estudo.

V.5 - O pesquisador, o patrocinador e a instituição devem assumir a responsabilidade de dar assistência integral às complicações e danos decorrentes dos riscos previstos.

V.6 - Os sujeitos da pesquisa que vierem a sofrer qualquer tipo de dano previsto ou não no termo de consentimento e resultante de sua participação, além do direito à assistência integral, têm direito à indenização.

V.7 - Jamais poderá ser exigido do sujeito da pesquisa, sob qualquer argumento, renúncia ao direito à indenização por dano. O formulário do consentimento livre e esclarecido não deve conter nenhuma ressalva que afaste essa responsabilidade ou que implique ao sujeito da pesquisa abrir mão de seus direitos legais, incluindo o direito de procurar obter indenização por danos eventuais.

VI - PROTOCOLO DE PESQUISA

O protocolo a ser submetido à revisão ética somente poderá ser apreciado se estiver instruído com os seguintes documentos, em português:

VI.1 - folha de rosto: título do projeto, nome, número da carteira de identidade, CPF, telefone e endereço para correspondência do pesquisador responsável e do patrocinador, nome e assinaturas dos dirigentes da instituição e/ou organização;

VI.2 - descrição da pesquisa, compreendendo os seguintes itens:

- a)** descrição dos propósitos e das hipóteses a serem testadas;
- b)** antecedentes científicos e dados que justifiquem a pesquisa. Se o propósito for testar um novo produto ou dispositivo para a saúde, de procedência estrangeira ou não, deverá ser indicada a situação atual de registro junto a agências regulatórias do país de origem;
- c)** descrição detalhada e ordenada do projeto de pesquisa (material e métodos, casuística, resultados esperados e bibliografia);
- d)** análise crítica de riscos e benefícios;
- e)** duração total da pesquisa, a partir da aprovação;
- f)** explicitação das responsabilidades do pesquisador, da instituição, do promotor e do patrocinador;
- g)** explicitação de critérios para suspender ou encerrar a pesquisa;
- h)** local da pesquisa: detalhar as instalações dos serviços, centros, comunidades e instituições nas quais se processarão as várias etapas da pesquisa;
- i)** demonstrativo da existência de infra-estrutura necessária ao desenvolvimento da pesquisa e para atender eventuais problemas dela resultantes, com a concordância documentada da instituição;
- j)** orçamento financeiro detalhado da pesquisa: recursos, fontes e destinação, bem como a forma e o valor da remuneração do pesquisador;
- l)** explicitação de acordo preexistente quanto à propriedade das informações geradas, demonstrando a inexistência de qualquer cláusula restritiva quanto à divulgação pública dos resultados, a menos que se trate de caso de obtenção de patenteamento; neste caso, os resultados devem se tornar públicos, tão logo se encerre a etapa de patenteamento;
- m)** declaração de que os resultados da pesquisa serão tornados públicos, sejam eles favoráveis ou não; e
- n)** declaração sobre o uso e destinação do material e/ou dados coletados.

VI.3 - informações relativas ao sujeito da pesquisa:

a) descrever as características da população a estudar: tamanho, faixa etária, sexo, cor (classificação do IBGE), estado geral de saúde, classes e grupos sociais, etc. Expor as razões para a utilização de grupos vulneráveis;

b) descrever os métodos que afetem diretamente os sujeitos da pesquisa;

c) identificar as fontes de material de pesquisa, tais como espécimens, registros e dados a serem obtidos de seres humanos. Indicar se esse material será obtido especificamente para os propósitos da pesquisa ou se será usado para outros fins;

d) descrever os planos para o recrutamento de indivíduos e os procedimentos a serem seguidos. Fornecer critérios de inclusão e exclusão;

e) apresentar o formulário ou termo de consentimento, específico para a pesquisa, para a apreciação do Comitê de Ética em Pesquisa, incluindo informações sobre as circunstâncias sob as quais o consentimento será obtido, quem irá tratar de obtê-lo e a natureza da informação a ser fornecida aos sujeitos da pesquisa;

f) descrever qualquer risco, avaliando sua possibilidade e gravidade;

g) descrever as medidas para proteção ou minimização de qualquer risco eventual. Quando apropriado, descrever as medidas para assegurar os necessários cuidados à saúde, no caso de danos aos indivíduos. Descrever também os procedimentos para monitoramento da coleta de dados para prover a segurança dos indivíduos, incluindo as medidas de proteção à confidencialidade; e

h) apresentar previsão de ressarcimento de gastos aos sujeitos da pesquisa. A importância referente não poderá ser de tal monta que possa interferir na autonomia da decisão do indivíduo ou responsável de participar ou não da pesquisa.

VI.4 - qualificação dos pesquisadores: “Curriculum vitae” do pesquisador responsável e dos demais participantes.

VI.5 - termo de compromisso do pesquisador responsável e da instituição de cumprir os termos desta Resolução.

VII - COMITÊ DE ÉTICA EM PESQUISA-CEP

Toda pesquisa envolvendo seres humanos deverá ser submetida à apreciação de um Comitê de Ética em Pesquisa.

VII.1 - As instituições nas quais se realizem pesquisas envolvendo seres humanos deverão constituir um ou mais de um Comitê de Ética em Pesquisa- CEP, conforme suas necessidades.

VII.2 - Na impossibilidade de se constituir CEP, a instituição ou o pesquisador responsável deverá submeter o projeto à apreciação do CEP de outra instituição, preferencialmente dentre os indicados pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS).

VII.3 - Organização - A organização e criação do CEP será da competência da instituição, respeitadas as normas desta Resolução, assim como o provimento de condições adequadas para o seu funcionamento.

VII.4 - Composição - O CEP deverá ser constituído por colegiado com número não inferior a 7 (sete) membros. Sua constituição deverá incluir a participação de profissionais da área de saúde, das ciências exatas, sociais e humanas, incluindo, por exemplo, juristas, teólogos, sociólogos, filósofos, bioeticistas e, pelo menos, um membro da sociedade representando os usuários da instituição. Poderá variar na sua composição, dependendo das especificidades da instituição e das linhas de pesquisa a serem analisadas.

VII.5 - Terá sempre caráter multi e transdisciplinar, não devendo haver mais que metade de seus membros pertencentes à mesma categoria profissional, participando pessoas dos dois sexos. Poderá ainda contar com consultores “ad hoc”, pessoas pertencentes ou não à instituição, com a finalidade de fornecer subsídios técnicos.

VII.6 - No caso de pesquisas em grupos vulneráveis, comunidades e coletividades, deverá ser convidado um representante, como membro “ad hoc” do CEP, para participar da análise do projeto específico.

VII.7 - Nas pesquisas em população indígena deverá participar um consultor familiarizado com os costumes e tradições da comunidade.

VII.8 - Os membros do CEP deverão se isentar de tomada de decisão, quando diretamente envolvidos na pesquisa em análise.

VII.9 - Mandato e escolha dos membros - A composição de cada CEP deverá ser definida a critério da instituição, sendo pelo menos metade dos membros com experiência em pesquisa, eleitos pelos seus pares. A escolha da coordenação de cada Comitê deverá ser feita pelos membros que compõem o colegiado, durante a primeira reunião de trabalho. Será de três anos a duração do mandato, sendo permitida recondução.

VII.10 - Remuneração - Os membros do CEP não poderão ser remunerados no desempenho desta tarefa, sendo recomendável, porém, que sejam dispensados nos horários de trabalho do Comitê das outras obrigações nas instituições às quais prestam serviço, podendo receber ressarcimento de despesas efetuadas com transporte, hospedagem e alimentação.

VII.11 - Arquivo - O CEP deverá manter em arquivo o projeto, o protocolo e os relatórios correspondentes, por 5 (cinco) anos após o encerramento do estudo.

VII.12 - Liberdade de trabalho - Os membros dos CEPs deverão ter total independência na tomada das decisões no exercício das suas funções, mantendo sob caráter confidencial as informações recebidas. Deste modo, não podem sofrer qualquer tipo de pressão por parte de superiores hierárquicos ou pelos interessados em determinada pesquisa, devem isentar-se de envolvimento financeiro e não devem estar submetidos a conflito de interesse.

VII.13 - Atribuições do CEP:

a) revisar todos os protocolos de pesquisa envolvendo seres humanos, inclusive os multicêntricos, cabendo-lhe a responsabilidade primária pelas decisões sobre a ética da pesquisa a ser desenvolvida na instituição, de modo a garantir e resguardar a integridade e os direitos dos voluntários participantes nas referidas pesquisas;

b) emitir parecer consubstanciado por escrito, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, identificando com clareza o ensaio, documentos estudados e data de revisão. A revisão de cada protocolo culminará com seu enquadramento em uma das seguintes categorias:

- aprovado;

- com pendência: quando o Comitê considera o protocolo como aceitável, porém identifica determinados problemas no protocolo, no formulário do consentimento ou em ambos, e recomenda uma revisão específica ou solicita uma modificação ou informação relevante, que deverá ser atendida em 60 (sessenta) dias pelos pesquisadores;

- retirado: quando, transcorrido o prazo, o protocolo permanece pendente;

- não aprovado; e

- aprovado e encaminhado, com o devido parecer, para apreciação pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa -CONEP/MS, nos casos previstos no capítulo VIII, item 4.c.

c) manter a guarda confidencial de todos os dados obtidos na execução de sua tarefa e arquivamento do protocolo completo, que ficará à disposição das autoridades sanitárias;

d) acompanhar o desenvolvimento dos projetos através de relatórios anuais dos pesquisadores;

e) desempenhar papel consultivo e educativo, fomentando a reflexão em torno da ética na ciência;

f) receber dos sujeitos da pesquisa ou de qualquer outra parte denúncias de abusos ou notificação sobre fatos adversos que possam alterar o curso normal do estudo, decidindo pela continuidade, modificação ou suspensão da pesquisa, devendo, se necessário, adequar o termo de consentimento. Considera-se como anti-ética a pesquisa descontinuada sem justificativa aceita pelo CEP que a aprovou;

g) requerer instauração de sindicância à direção da instituição em caso de denúncias de irregularidades de natureza ética nas pesquisas e, em havendo comprovação, comunicar à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa-CONEP/MS e, no que couber, a outras instâncias; e

h) manter comunicação regular e permanente com a CONEP/MS.

VII.14 - Atuação do CEP:

a) A revisão ética de toda e qualquer proposta de pesquisa envolvendo seres humanos não poderá ser dissociada da sua análise científica. Pesquisa que não se faça acompanhar do respectivo protocolo não deve ser analisada pelo Comitê.

b) Cada CEP deverá elaborar suas normas de funcionamento, contendo metodologia de trabalho, a exemplo de: elaboração das atas; planejamento anual de suas atividades; periodicidade de reuniões; número mínimo de presentes para início das reuniões; prazos para emissão de pareceres; critérios para solicitação de consultas de *experts* na área em que se desejam informações técnicas; modelo de tomada de decisão, etc.

VIII - COMISSÃO NACIONAL DE ÉTICA EM PESQUISA (CONEP/MS)

A Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP/MS é uma instância colegiada, de natureza consultiva, deliberativa, normativa, educativa, independente, vinculada ao Conselho Nacional de Saúde.

O Ministério da Saúde adotará as medidas necessárias para o funcionamento pleno da Comissão e de sua Secretaria Executiva.

VIII.1 - Composição: A CONEP terá composição multi e transdisciplinar, com pessoas de ambos os sexos e deverá ser composta por 13 (treze) membros titulares e seus respectivos suplentes, sendo 05 (cinco) deles personalidades destacadas no campo da ética na pesquisa e na saúde e 08 (oito) personalidades com destacada atuação nos campos teológico, jurídico e outros, assegurando-se que pelo menos um seja da área de gestão da saúde. Os membros serão selecionados, a partir de listas indicativas elaboradas pelas instituições que possuem CEP registrados na CONEP, sendo que 07 (sete) serão escolhidos pelo Conselho Nacional de Saúde e 06 (seis) serão definidos por sorteio. Poderá contar também com consultores e membros “ad hoc”, assegurada a representação dos usuários.

VIII.2 - Cada CEP poderá indicar duas personalidades.

VIII.3 - O mandato dos membros da CONEP será de quatro anos com renovação alternada a cada dois anos, de sete ou seis de seus membros.

VIII.4 - Atribuições da CONEP - Compete à CONEP o exame dos aspectos éticos da pesquisa envolvendo seres humanos, bem como a adequação e atualização das normas

atinentes. A CONEP consultará a sociedade sempre que julgar necessário, cabendo-lhe, entre outras, as seguintes atribuições:

a) estimular a criação de CEPs institucionais e de outras instâncias;

b) registrar os CEPs institucionais e de outras instâncias;

c) aprovar, no prazo de 60 dias, e acompanhar os protocolos de pesquisa em áreas temáticas especiais tais como:

1- genética humana;

2- reprodução humana;

3- fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos novos (fases I, II e III) ou não registrados no país (ainda que fase IV), ou quando a pesquisa for referente a seu uso com modalidades, indicações, doses ou vias de administração diferentes daquelas estabelecidas, incluindo seu emprego em combinações;

4- equipamentos, insumos e dispositivos para a saúde novos, ou não registrados no país;

5- novos procedimentos ainda não consagrados na literatura;

6- populações indígenas;

7- projetos que envolvam aspectos de biossegurança;

8- pesquisas coordenadas do exterior ou com participação estrangeira e pesquisas que envolvam remessa de material biológico para o exterior; e

9- projetos que, a critério do CEP, devidamente justificado, sejam julgados merecedores de análise pela CONEP;

d) prover normas específicas no campo da ética em pesquisa, inclusive nas áreas temáticas especiais, bem como recomendações para aplicação das mesmas;

e) funcionar como instância final de recursos, a partir de informações fornecidas sistematicamente, em caráter *ex-officio* ou a partir de denúncias ou de solicitação de partes interessadas, devendo manifestar-se em um prazo não superior a 60 (sessenta) dias;

f) rever responsabilidades, proibir ou interromper pesquisas, definitiva ou temporariamente, podendo requisitar protocolos para revisão ética inclusive, os já aprovados pelo CEP;

g) constituir um sistema de informação e acompanhamento dos aspectos éticos das pesquisas envolvendo seres humanos em todo o território nacional, mantendo atualizados os bancos de dados;

h) informar e assessorar o MS, o CNS e outras instâncias do SUS, bem como do governo e da sociedade, sobre questões éticas relativas à pesquisa em seres humanos;

i) divulgar esta e outras normas relativas à ética em pesquisa envolvendo seres humanos;

j) a CONEP juntamente com outros setores do Ministério da Saúde, estabelecerá normas e critérios para o credenciamento de Centros de Pesquisa. Este credenciamento deverá ser proposto pelos setores do Ministério da Saúde, de acordo com suas necessidades, e aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde; e

l) estabelecer suas próprias normas de funcionamento.

VIII.5 - A CONEP submeterá ao CNS para sua deliberação:

a) propostas de normas gerais a serem aplicadas às pesquisas envolvendo seres humanos, inclusive modificações desta norma;

b) plano de trabalho anual;

c) relatório anual de suas atividades, incluindo sumário dos CEP estabelecidos e dos projetos analisados.

IX - OPERACIONALIZAÇÃO

IX.1 - Todo e qualquer projeto de pesquisa envolvendo seres humanos deverá obedecer às recomendações desta Resolução e dos documentos endossados em seu preâmbulo. A responsabilidade do pesquisador é indelegável, indeclinável e compreende os aspectos éticos e legais.

IX.2 - Ao pesquisador cabe:

a) apresentar o protocolo, devidamente instruído ao CEP, aguardando o pronunciamento deste, antes de iniciar a pesquisa;

b) desenvolver o projeto conforme delineado;

c) elaborar e apresentar os relatórios parciais e final;

d) apresentar dados solicitados pelo CEP, a qualquer momento;

e) manter em arquivo, sob sua guarda, por 5 anos, os dados da pesquisa, contendo fichas individuais e todos os demais documentos recomendados pelo CEP;

f) encaminhar os resultados para publicação, com os devidos créditos aos pesquisadores associados e ao pessoal técnico participante do projeto;

g) justificar, perante o CEP, interrupção do projeto ou a não publicação dos resultados.

IX.3 - O Comitê de Ética em Pesquisa institucional deverá estar registrado junto à CONEP/MS.

IX.4 - Uma vez aprovado o projeto, o CEP passa a ser co-responsável no que se refere aos aspectos éticos da pesquisa.

IX.5 - Consideram-se autorizados para execução, os projetos aprovados pelo CEP, exceto os que se enquadrarem nas áreas temáticas especiais, os quais, após aprovação pelo CEP institucional deverão ser enviados à CONEP/MS, que dará o devido encaminhamento.

IX.6 - Pesquisas com novos medicamentos, vacinas, testes diagnósticos, equipamentos e dispositivos para a saúde deverão ser encaminhados do CEP à CONEP/MS e desta, após parecer, à Secretaria de Vigilância Sanitária.

IX.7 - As agências de fomento à pesquisa e o corpo editorial das revistas científicas deverão exigir documentação comprobatória de aprovação do projeto pelo CEP e/ou CONEP, quando for o caso.

IX.8 - Os CEP institucionais deverão encaminhar trimestralmente à CONEP/MS a relação dos projetos de pesquisa analisados, aprovados e concluídos, bem como dos projetos em andamento e, imediatamente, aqueles suspensos.

X. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

X.1 - O Grupo Executivo de Trabalho-GET, constituído através da Resolução CNS 170/95, assumirá as atribuições da CONEP até a sua constituição, responsabilizando-se por:

- a)** tomar as medidas necessárias ao processo de criação da CONEP/MS;
- b)** estabelecer normas para registro dos CEP institucionais;

X.2 - O GET terá 180 dias para finalizar as suas tarefas.

X.3 - Os CEP das instituições devem proceder, no prazo de 90 (noventa) dias, ao levantamento e análise, se for o caso, dos projetos de pesquisa em seres humanos já em andamento, devendo encaminhar à CONEP/MS, a relação dos mesmos.

X.4 - Fica revogada a Resolução 01/88.

ADIB D. JATENE

Presidente do Conselho Nacional de Saúde

Homologo a Resolução CNS nº 196, de 10 de outubro de 1996, nos termos do Decreto de Delegação de Competência de 12 de novembro de 1991.

ADIB D. JATENE

Ministro de Estado da Saúde

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procurador-geral de Justiça

José Geraldo Brito Filomeno

Corregedor-geral do Ministério Público

Agenor Nakazone

Conselho Superior do Ministério Público

José Geraldo Brito Filomeno

(presidente)

Agenor Nakazone

José Roberto Garcia Durand

Marilisa Germano Bortolin

Antonio de Padua Bertone Pereira

Paulo Mário Spina

Nelson Gonzaga de Oliveira

Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira

Maria Cristina Barreira de Oliveira

Lúcia Maria Casali de Oliveira

João Antonio Bastos Garreta Prats

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Membros Natos

Gomides Vaz de Lima Júnior

José Roberto Garcia Durand

Clóvis Almir Vital de Uzeda

Jobst Dieter Horst Niemayer

Guido Roque Jacob

Luiz Cesar Gama Pellegrini

Herberto Magalhães da Silveira Júnior

René Pereira de Carvalho

Francisco Moraes Ribeiro Sampaio

Newton Alves de Oliveira

José Ricardo Peirão Rodrigues

Luiz Antonio Forlin

José Roberto Dealis Tucunduva

Eduardo Francisco Crespo

Oswaldo Hamilton Tavares

Fernando José Marques

Irineu Roberto da Costa Lopes

Regina Helena da Silva Simões

Antonio Paulo Costa de Oliveira e Silva

Roberto João Elias

Claus Paione

Membros Eleitos

Vera Lúcia Nogueira Franco Moysés

José Reynaldo de Almeida

Amaro Alves de Almeida Neto

Maria Tereza do Amaral Dias de Souza

Walter Paulo Sabella

João Francisco Moreira Viegas

Paulo Ortigosa

Fernando Carlos Rudge Bastos

Sérgio de Araújo Prado Júnior

Paulo do Amaral Souza

Maria Aparecida Berti Cunha

Paulo Roberto Grava Brazil

Pedro Antonio Bueno Oliveira

Pedro Luiz de Melo

Máximo Alves Barbosa Filho

José Domingos da Silva Marinho

Nelson Lacerda Gertel

Shiozo Tanaka

Mário Pedro Paes

Paulo Hideo Shimizu

Conselho do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

José Geraldo Brito Filomeno

(presidente)

Agenor Nakazone

Amaro Alves de Almeida Neto

Nelson Gonzaga de Oliveira

Arthur de Oliveira Costa Filho

Silvana Buogo

Jocimar Guimarães