

# BIOÉTICA E DIREITO: O INÍCIO DE UM DIÁLOGO

V- *Plínio José Cavalcante Monteiro \**  
VI- *Carlos Lélío Lauria Ferreira \**

**SUMÁRIO.** 1.Introdução. 2.A Ética e a Bioética. 3.A Bioética e o Direito. 4.A Bioética e a Constituição Federal. 5.A Bioética e o Direito Civil. 6.A Bioética e o Direito Penal. 7.Considerações Finais. 8.Obras Consultadas.

## 1. INTRODUÇÃO

As dimensões éticas e jurídicas do comportamento humano encontram-se em permanente evolução, exigindo de filósofos e juristas um diálogo maduro e uma aprofundada reflexão sobre os valores morais e as regras de conduta. O pluralismo de idéias é fundamental para uma correta compreensão das origens históricas e culturais das diferentes posições adotadas, tanto no discurso ético como no jurídico. Assim, o altivo e perplexo homem contemporâneo defronta-se diariamente com numerosos dilemas bioéticos, exigindo-lhe um contínuo repensar acerca dos limites do seu agir, bem como a respeito das possíveis e aceitáveis formas de controle para tais limites. No nosso entendimento, a ética, mediante um discurso heurístico, criativo e essencialmente relativo, complementa-se com o direito, que, empregando um discurso em regra absoluto, determina-se por meio de uma ordenação coercível e heterônoma aplicável a diversas formas de conduta. Montesquieu, em sua clássica obra *O Espírito das Leis*, defende que "(...) numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer".

## I. A ÉTICA E A BIOÉTICA

Atualmente, a ética encontra-se banalizada, em virtude da desvinculação com os seus fundamentos metafísicos e da fragmentação ideológica de seu conteúdo.<sup>22</sup> Diante desse contexto, surgem expressões particulares de uma ética presumidamente universal, sendo a bioética uma de suas mais fascinantes elaborações.

<sup>22</sup> José Renato Nalini, *Ética Geral e Profissional*, Revista dos Tribunais, 1997, pp. 64-65.

O incontestável avanço científico e tecnológico da biomedicina fez surgir, em especial no que se refere aos cuidados com a saúde, uma atormentadora avalanche de novíssimas questões ético-jurídicas. Se de um lado temos *o interesse coletivo*, sempre em busca de benefícios advindos do progresso da ciência biomédica, teremos, do outro, *o interesse individual e o respeito à pessoa humana*, preservando seus bens maiores: *a vida e a liberdade*. O confronto entre ambos, em diversas oportunidades, gerará conflitos de resultados por vezes imprevisíveis – *experiências com seres humanos; transplante de órgãos; aborto; eutanásia, distanásia e ortotanásia; pesquisas genéticas e reprodução humana assistida*. Assim, a natureza e a complexidade dessas questões remetem-nos para as possíveis razões ético-médicas e suas implicações socioculturais, objeto de estudo da bioética. Sua natureza interdisciplinar qualifica a bioética, no contexto do estudo filosófico da moral, como um dos campos mais promissores e apaixonantes do saber humano contemporâneo.

### **Mas o que é a bioética?**

A *Encyclopedia of Bioethics* buscou definir a bioética como “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados de saúde, na medida em que essa conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais (edição de 1978)” ou “o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão e normas morais – das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar (edição de 1995)”.<sup>23</sup> De outra forma, Marco Segre diz que “a bioética é uma parte da ética, ramo da filosofia, que enfoca as questões referentes à vida humana e, portanto, à saúde”.<sup>24</sup>

O termo bioética surgiu em 1971, a partir da obra *Bioethics: a bridge to the future*, do oncologista norte-americano Rensselaer Van Porter. No início, na visão de Porter, a bioética tinha uma implicação mais ecológica e uma abrangência global, significando a preocupação com questões relativas à preservação do meio ambiente e das relações do ser humano com os diversos ecossistemas do planeta. Posteriormente, em 1979, a partir da obra de Beauchamp e Childress – *The principles of biomedical ethics* – a bioética assume uma função mais utilitarista, sendo poderosa ferramenta decisória nos conflitos morais decorrentes da prática médica.<sup>25</sup>

Esta nova visão da bioética, conhecida como *princípioalismo*, em que pese a existência de outras abordagens (*contextualismo, naturalismo, feminismo, contratualismo*), é a que maior influência vem exercendo na prática bioética.<sup>26</sup> Assim, os *princípios*

<sup>23</sup> Léo Pessini e Christian de Barchifontaine, *Bioética: do princípioalismo à busca de uma perspectiva latino-americana (Iniciação à Bioética)*, CFM, 1998, pp. 87-88.

<sup>24</sup> Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, *O equilíbrio do pêndulo. A bioética e a lei*, Editora Ícone, 1998, pp. 37-38.

<sup>25</sup> Sérgio Ibiapina, Volnei Garrafa e Gabriel Oselka, *Apresentando a Bioética (Iniciação à Bioética)*, CFM, 1998, p. 15.

<sup>26</sup> Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, Volnei Garrafa e Gabriel Oselka, *op. cit.*, p. 16.

da beneficência, da não-maleficência, da autonomia e da justiça formam o alicerce teórico da bioética *made in USA*.<sup>27</sup>

1. **Beneficência:** a obrigação de colocar os conhecimentos e as habilidades dos profissionais da saúde a serviço do paciente. Especial proteção aos hipossuficientes (menores, enfermos, doentes mentais e idosos);
2. **Não-maleficência:** a obrigação de não causar danos. A ponderação entre riscos e benefícios deve pautar a conduta profissional;
3. **Autonomia:** a obrigação de respeitar as decisões de pessoas autônomas mediante termo de consentimento. Importante que o ato de vontade (decisão) seja fundamentado e consciente, devendo consubstanciar-se no chamado consentimento livre e esclarecido. Encontra certas limitações no justo equilíbrio entre os direitos e os deveres do indivíduo, da sociedade e da ciência: os interesses coletivos devem prevalecer aos do indivíduo e os deste aos da ciência;
4. **Justiça:** a obrigação de dar a cada um segundo seu próprio direito no que se refere à distribuição dos benefícios e dos riscos. Visa a garantir igualdade de acesso aos serviços de saúde – universalidade, equidade, disponibilidade, qualidade e gratuidade.

### 3. A BIOÉTICA E O DIREITO

Preliminarmente, devemos entender sobre qual direito estaremos falando. Assim, para uma melhor compreensão do presente estudo, entenderemos o direito enquanto ordenamento jurídico, *um conjunto de normas positivadas, bem como um sistema normativo-interpretativo, no qual não se concebe a hipótese de lacunas (casos sem solução)*.<sup>28</sup> As soluções para as inaceitáveis lacunas do ordenamento jurídico encontram previsão legal na Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 4.º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e no Código de Processo Civil, artigo 126, primeira parte: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”. A tarefa do ordenamento jurídico é a de harmonizar as relações intersubjetivas, ensejando a máxima realização dos valores humanos e a paz social.

<sup>27</sup> Léo Pessini e Christian de Barchifontaine, *op. cit.*, p. 81.

<sup>28</sup> Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, Editora Saraiva, 1999, p. 190.

Diante das inúmeras diferenças conceituais e metodológicas existentes entre bioética e direito, poderíamos, aprioristicamente, entender que a coexistência é impossível, senão insustentável. Entretanto, quando evidenciamos o notável descompasso entre o direito e os avanços científicos e tecnológicos da biomedicina – potenciais geradores de lacunas na lei – a bioética poderia funcionar como fonte subsidiária para o direito, sobretudo nas questões relativas a temas polêmicos e desprovidos de tratamento normativo, como *eutanásia*, *aborto eugênico*, *reprodução humana assistida*, *transexualidade*, *clonagem humana* e *alimentos transgênicos*, dentre outros.

Na ordem jurídica brasileira, são encontradas expressas referências ao que chamaríamos orientações bioéticas; todavia, tais normas não integram um único diploma, apresentando-se dispersas nos diversos códigos e leis que compõem nosso direito positivado. Destarte, procuraremos identificar alguns aspectos bioéticos presentes em nosso ordenamento jurídico, porém, restringindo nosso estudo a determinados dispositivos da Constituição federal, Código Civil e Código Penal.

## 5. A BIOÉTICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, temos a defesa intransigente da *dignidade da pessoa humana* (Art. 1.º, III). Outrossim, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, deveremos *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (Art. 3.º, I), buscando a *prevalência dos direitos humanos* e a *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*, como princípios nas relações internacionais (Art. 4.º, II e IX).

Verdadeiro alicerce ético-jurídico insculpido na Constituição Federal de 1988, o artigo 5.º brinda-nos com alguns pressupostos bioéticos: *caput* - (...) *inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança* (...); III - da não-submissão a *tratamento desumano ou degradante*; VI - da *inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença*; IX - a *livre expressão da atividade científica*. E alguns dos chamados direitos sociais – *a saúde, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados* (Art. 6.º, *caput*).

A polêmica acerca dos alimentos transgênicos restaria solucionada se o Poder Público observasse dever legal de *preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País* (...) (Art. 225, § 1.º, II).

## 6. A BIOÉTICA E O DIREITO CIVIL

No Código Civil brasileiro, em vigor desde o dia 1.º de janeiro de 1917, encontraremos desde normas gerais orientadoras da convivência humana sob auspício da legalidade e da justiça, até normas específicas, nas quais encontraremos acentuado conteúdo bioético. São exemplos de normas gerais: LICC, Art. 5.º - “*Na aplicação da*

lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” CC, Art. 2.º - “*Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.*”

De importância fundamental quando a discussão é o início e o fim da vida, especialmente nas questões pertinentes ao aborto, à eutanásia e à reprodução humana assistida, encontraremos as seguintes normas do Código Civil: Art. 4.º - “*A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro*” e Art. 10 - “*A existência da pessoa natural termina com a morte.*” Alguns aspectos acerca do aborto eugênico e da ortotanásia serão a seguir analisados à luz da legislação penal. Como verdadeira exaltação normativa ao *princípio da autonomia*, com especial ênfase ao consentimento livre e esclarecido, temos o Art. 86 - “*São anuláveis os atos jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial.*”

De modo semelhante, dessa vez com louvável referência aos *princípios da beneficência e da não-maleficência*, teremos o Art.159 - “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*”

## 7. A BIOÉTICA E O DIREITO PENAL

O Código Penal Brasileiro, inspirado no Código Rocco (Itália), foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 2.848 de 7/12/1940, vigorando desde o dia 1.º de janeiro de 1942. Não obstante, concentraremos nosso estudo na análise do anteprojeto de lei da Reforma do Código Penal – Parte Especial, em trâmite no Congresso Nacional.

Segundo o relatório da Comissão encarregada de elaborar o referido anteprojeto de lei, “*o texto penal deve traduzir o entendimento da sociedade, no sentido de ajustar-se à orientação que imprime à conduta dos cidadãos. Cumpre, ademais, antecipar-se a fatos que a Criminologia, ao estudar os fatores da criminalidade, enseja antecipar o que deverá acontecer*”. Dentre as inúmeras alterações propostas, algumas por seu indubitável vanguardismo, em se tratando de legislação penal, são dignas de alguma consideração, mesmo que breve.

No Título I (Dos Crimes Contra a Pessoa), Capítulo I (Dos Crimes Contra a Vida), quando trata do crime de homicídio (Art. 121), ao incluir um novo parágrafo 3.º, descreve-se a hipótese da eutanásia (*morte misericordiosa*) - “*Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos*”. Outrossim, ao inserir um novo parágrafo 4.º, tratando da exclusão de ilicitude, descreve-se a ortotanásia (*eutanásia por omissão*), que se

baseia em deixar morrer o doente de sua morte natural, em decorrência da inevitável e desfavorável evolução da doença por abstenção ou omissão de cuidados<sup>29</sup> – “*Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão*”.

Avanços representados pelas normas supracitadas não nos eximem de perceber o descompasso do legislador ao tratar do suicídio, nas diferentes hipóteses de induzimento, instigação ou auxílio. Alguns bioeticistas entendem que, na utilização de meios não violentos para se alcançar a morte misericordiosa, devemos incluir a presença dos chamados *coquetéis ou soro da morte*, sendo tal medida compatível com a definição de eutanásia. Logo, na figura do auxílio ao suicídio, deveríamos dispensar o mesmo tratamento do Art. 121, § 3.º ou prever a hipótese de diminuição da pena – incluiríamos, para tanto, a figura do *suicídio assistido ou auxílio médico à morte (eutanásia ativa)*. Casos semelhantes tornaram-se célebres quando a mídia internacional divulgou as peripécias do médico norte-americano Jack Kerkovian (o Doutor Morte).

Ainda abordando o tema Dos Crimes Contra a Vida, tendo-nos referido ao fim da vida (morte), passaremos a falar sobre o início (ou quase início) da vida, comentando sobre os crimes de aborto e infanticídio. O anteprojeto de lei sugere ampliar a extensão do aborto legal, ao incluir o chamado *aborto eugênico* como hipótese de exclusão de ilicitude: Art. 128 – “*Não constitui crime o aborto praticado por médico se: (...) III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais (...) § 3.º. No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro.*”

Com o advento de modernas técnicas de medicina fetal (*ultrassonografia tridimensional, amnioscopia, amniocentese e exames genéticos*), o diagnóstico precoce de tais anomalias vem tornando-se rotina nos grandes centros, permitindo tal intervenção resolutiva (abortamento). Porém, como qualquer método diagnóstico que utilize alta tecnologia e/ou complexa metodologia, esses procedimentos, mesmo que disponíveis, são acessíveis apenas àqueles mais bem providos de recursos financeiros. Para grande parte da população brasileira, a realização de um adequado pré-natal, incluindo-se uns poucos e rotineiros exames laboratoriais, é um acontecimento raro e passível de comemoração. Desse modo, assim como na discussão anterior, o legislador omite-se, ao abordar o crime de infanticídio, em dar tratamento privilegiado quando se tratar de um recém-nascido que apresente graves malformações (anomalias) físicas e/ou mentais. *Poderá existir infanticídio eugênico? Admitiremos a eutanásia de um recém-nascido anormal?* Devemos falar de eutanásia não apenas diante do paciente terminal, mas também diante de casos de recém-nascidos com graves

<sup>29</sup> Tereza Rodrigues Vieira, *Bioética e Direito*, Jurídica Brasileira, 1999, p. 80.

anomalias<sup>30</sup>, como faziam os gregos de Esparta, ao sacrificarem os recém-nascidos malformados na Ilha de Cos<sup>31</sup>, ou como ainda fazem algumas tribos indígenas ou povos primitivos.

O Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, constante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, impõe a atuação estatal dentro dos limites do suficiente e do necessário. É forçoso convir que é, por meio da pena, que se assegura a conservação do sistema contra fatos de alta nocividade social. O surgimento de várias condutas altamente lesivas ao homem e à vida social por meio do progresso científico-tecnológico, como a *macrocriminalidade* econômica e ambiental e a *neocriminalização* em temas como privacidade, intimidade, patrimônio cibernético, a bioética, incluindo a clonagem de seres, métodos de procriação artificial, constitui uma garantia de que é possível a existência de um Direito Penal respeitoso da dignidade humana.<sup>32</sup>

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, entender a relação entre a bioética e o direito é primordialmente aceitar a existência de diversas interpretações dadas aos temas de conteúdo moralista. Devemos compreender que a fragmentação da moral na pós-modernidade é fruto da convivência de estranhas morais, cujas leituras do mundo devem ser compartilhadas, mesmo diante da inafastável e desejável pluralidade de discursos<sup>33</sup>.

O filósofo italiano Eugenio Lecaldano, citado por Volnei Garrafa, defende a idéia da existência de dois núcleos distintos quando a questão é a aplicação de leis e regras de conduta sobre os avanços científicos e tecnológicos: "*Existe um núcleo de questões que precisam ser reconduzidas dentro de regras de caráter moral, e não sancionadas juridicamente*" e outro núcleo "*no qual estas questões devam ser rigidamente sancionadas e, portanto, codificadas*" – assim, para Volnei Garrafa, o primeiro núcleo exprimiria a idéia de *legitimidade* (moral), prevalecendo, no segundo, a idéia de *legalidade* (ética)<sup>34</sup>. Defende, ainda, o ilustre bioeticista, que "*é sempre preferível confiar mais no progresso e nos avanços culturais e morais a confiar em certas normas jurídicas*"<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Wilson Luiz Sarvito, *Eutanásia: os limites da assistência (A ética na saúde)*, Editora Pioneira, 1997, p. 65.

<sup>31</sup> Tereza Rodrigues Vieira, *op. cit.*, p. 81.

<sup>32</sup> Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *Teoria Constitucional do Direito Penal*, Ed.Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p.466

<sup>33</sup> H. Tristram Engelhardt Jr., *Fundamentos da Bioética*, Edições Loyola, 1998, pp. 506-507.

<sup>34</sup> Volnei Garrafa, *Bioética e Ciência – até onde avançar sem agredir (Iniciação à Bioética)*, CFM, 1998, pp. 102.

<sup>35</sup> Volnei Garrafa, *op. cit.*, p. 108.

Concordamos com ambos, uma vez que entendemos que o excessivo legalismo por vezes carece de legitimidade. Tomemos por exemplo a Lei n.º 9.434/97 (*Lei de Doação de Órgãos*), cujo teor nefasto do *caput* do Art. 4.º, tornando presumida a condição de doador para todos os cidadãos, vem sendo severamente repudiado pela população, incluindo-se médicos e juristas. Esqueceu-se o legislador pátrio de que o ato de doar, em especial a doação de órgãos e partes do corpo, fundamenta-se nos *princípios da autonomia e da beneficência*, sendo a compaixão e o altruísmo mais relevantes que a compulsoriedade e a intransigência emergidas do texto legal.

Numa análise comparativa entre a bioética e direito, poderíamos concluir que suas diferenças, ao contrário de significar uma insolúvel incompatibilidade, sugerem uma indispensável complementaridade (Tabela 1). Desse modo, a dialética surgida na interação/interseção dos discursos bioético e jurídico proporciona a todos, profissionais da saúde (bioeticistas) e operadores do direito (juristas), uma experiência fecunda e, de certo modo, reconfortante, mesmo diante das desafiantes questões propostas pela futurista ciência/tecnologia biomédica. Devemos, sempre que possível, respeitar e aprender com nossos estranhos morais, com o sincero propósito de não estimularmos o surgimento de "*bioeticistas intolerantes*" ou de "*juristas escravos da lei*".

*A liberdade é fazer tudo o que orienta nossa consciência (moral),  
e deixar de fazer tudo o que determina nossa convivência (ética e direito).*

## **9. OBRAS CONSULTADAS**

ANGERAMI-CAMON, Valdemar Augusto (org.). *A ética na saúde*. São Paulo: Pioneira, 1997.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Iniciação à Bioética*. Brasília, 1998.

ENGELHARDT Jr., H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*. Traduzido por José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998. Tradução de: *The Foundations of Bioethics*.

NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *O equilíbrio do pêndulo. A bioética e a lei: implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone, 1998.

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

**Tabela 1 – Resumo comparativo entre bioética e direito**

<i>A bioética privilegia o discurso pluralista.</i>	<i>O direito funda-se na abordagem normativista.</i>
<i>A bioética tem por princípio a autonomia (interesse individual)</i>	<i>O direito tem por princípio a heteronomia. (interesse coletivo)</i>
<i>Na bioética, a moralidade (ética) é essencial.</i>	<i>No direito a moralidade (costumes) é subsidiária.</i>
<i>Na bioética, a decisão é consensual. (coesão precedida de debate)</i>	<i>No direito, a decisão é coercitiva. (coação prevista em norma)</i>

## **Os Autores**

**Plínio José Cavalcante Monteiro \*** é Médico, estudante de Direito e membro da Sociedade Brasileira de Bioética

**Carlos Lélío Lauria Ferreira \*** é Promotor de Justiça, Presidente do Conselho Penitenciário do Amazonas e Professor de Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário