

OS FUNDAMENTOS DA BIOÉTICA E O DIREITO*

Volnei Ivo Carlin**

SUMÁRIO: Introdução. Delimitação do tema. Princípios fundamentais da Bioética (direitos fundamentais da Bioética, segundo Guy Durrant). Bioética de fronteira e bioética cotidiana. Bioética e Direito. Ética e Bioética na contemporaneidade. Considerações finais.

* Conferência proferida por ocasião da 1ª Semana de Estudos Jurídicos realizada de 23 a 26/5/00 no Tribunal do Júri do Fórum da Capital/SC, numa promoção do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR) do Tribunal de Justiça, Univali — campus Biguaçu, e Centro Acadêmico de Direito de Biguaçu. (Mais de 600 pessoas, entre magistrados, membros do Ministério Público, professores e acadêmicos de Direito, assistiram a esta conferência.)

** Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina; doutor em Direito pela Université des Sciences Sociales de Toulouse I, França; pós-doutor pelo Instituto de Altos Estudos Jurídicos de Paris; desembargador no Tribunal de Justiça/SC; juiz titular eleitoral do TRE/SC; coordenador de pós-graduação do Núcleo de Estudos Avançados no Centro de Estudos Jurídicos do TJSC — CEJUR; professor do curso de pós-graduação em Direito na UFSC dos programas de mestrado e doutorado para as disciplinas: Direito Administrativo, Direito Administrativo Comparado, Biodireito e Bioética; professor convidado do curso de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (CMCJ) para as mesmas disciplinas; estágio profissional na École Nationale de la Magistrature e também na Cour de Cassation da França; autor de livros, destacando-se: *Deontologia Jurídica: Ética e Justiça*. Florianópolis, *Obra Jurídica*, 1996; e *Ética e Bioética*. *Novo direito e ciências médicas*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998 (esgotado).

Quando se fala em inseminação artificial, mãe de aluguel, esterilização, fecundação *in vitro*, estatuto do embrião, suicídio assistido, estado civil dos transexuais, manipulação ou engenharia genética, teste genético com a impressão em DNA, aborto, eutanásia, aids, violência, clonagem, doação e transplante de órgãos e tecidos, experimentação em seres humanos, controle da dor e fronteiras da vida, os desafios do sistema de saúde e das relações entre os indivíduos, está-se falando de Bioética.

Mas em que ela consiste?

A Bioética é uma disciplina (ciência) que vem despertando crescentemente o interesse e a conscientização popular. Entende-se como uma maneira de regulamentação das novas práticas biomédicas, atingindo três categorias de normas: deontológicas, éticas e jurídicas, que exigem comportamento ético nas relações de biologia, medicina e Direito. Corresponde a tudo que diz respeito à vida (bio + ética), ou seja, é a ética da vida ou do vivo.

Encontra seu campo de atuação na nova consciência dos direitos individuais e sociais, notadamente na nova ordem ética que os progressos tecnológicos e científicos têm suscitado.

A Bioética corresponde, sem dúvida, a uma verdadeira revolução cultural. Nascida nos Estados Unidos na década de 60, provocou um choque na mentalidade da época.

Segundo Marco Segre, é a parte da ética que enfoca as questões referentes à vida humana, portanto à saúde. Tendo a vida como objeto de estudo, trata também da morte. Tudo o que é vida lhe compete. Não tem fronteiras e daí não ser definida a exemplo de outras disciplinas. Bobbio diz pertencer aos direitos de quarta geração. Trata da natureza, da flora, da fauna e da vida humana.

A Bioética começa a ganhar expressão a partir do aparecimento do termo em 1970, introduzido por Van R. Potter, que o utilizou para designar uma nova *ciência da sobrevivência*, ou ciência dos sistemas vivos (*bio*) e do conhecimento dos sistemas de valores humanos (*ética*). A Bioética procura melhorar a qualidade de vida (Potter).

A Bioética enfim surge da necessidade de desvendar as novas relações humanas oriundas das tecnologias de reprodução e criação da vida. Busca respostas aos dilemas éticos que envolvem os seres humanos neste fim de milênio.

A popularidade e a natureza da Bioética só serão compreendidas quando relacionadas com outras palavras e disciplinas, como a moral, a ética, a deontologia e o Direito.

O vocábulo *bioética* foi escolhido também por estar menos ligado a uma abordagem religiosa e porque traz para si a idéia de interdisciplinaridade.

As grandes transformações do mundo atual geraram os ditos *novos direitos* que têm criado dificuldades para a ciência jurídica, especialmente em função da forma como está articulada. Há um distanciamento entre a ciência apreendida e a experiência vivida. Esses direitos têm muito a ver com o conceito de cidadania. O que se deve discutir é a insuficiência das proteções e a efetivação desses novos direitos. É a teoria do garantismo, implantada por Luigi Ferrajoli.

Delimitação do tema

Próximo o início do terceiro milênio, deve-se efetuar um balanço das realizações e problemas por que atravessa a humanidade e do legado deixado às novas gerações. Como será o mundo do século XXI? Quais os desafios a enfrentar? Que condições de vida e saúde vai-se ter daqui em diante?

O certo é que se vai necessitar de uma ética que ultrapasse os interesses individuais e corporativistas, abrindo perspectivas ao futuro. Vê-se, no século que se encerra, a marca de três megaprojetos:

— Projeto *Manhattan*, que descobriu o átomo e o utilizou como energia nuclear (Hiroshima e Nagasaki, 1945).

— Projeto *Apollo*, que jogou o homem no coração do cosmos, ao levá-lo a pisar na Lua pela primeira vez (1969); começa-se então a falar de vida em outros planetas.

— Projeto *Genoma Humano*, que levou o homem ao mais profundo estágio de si mesmo: ao nível de sua herança biológica. Desse projeto nasceu a descoberta do século — o DNA (Watson e Crick, 1953). É a terceira grande revolução dos últimos cem anos, a *revolução biológica*. No futuro, o fio condutor da própria economia será a engenharia genética. Entreabre-se um novo cenário, e realidade e ficção científica darão as mãos. Surge aí a possibilidade de *um admirável mundo novo* de que nos fala Aldous Huxley.

Que benefícios esses avanços científicos trarão à humanidade?

No Brasil, por exemplo, o teste genético para determinar a maternidade ou paternidade, com o uso da impressão digital em DNA, presta-se a uma das tecnologias mais refinadas; surge a carteira de identidade

genética; são detectadas doenças; as relações de trabalho alteram-se (Potter, 1971). Daí os diversos congressos realizados para discutir as questões e os problemas da Bioética relacionados com o início e fim da vida, com a venda de órgãos e com a procriação assistida.

Princípios fundamentais da Bioética (direitos fundamentais da Bioética, segundo Guy Durant)

O conceito de Bioética é extensíssimo e controvertido, porque seguramente fica aquém de suas fronteiras. O que interessa aqui é entrelaçar a vida humana, a ética e o Direito.

Há que se estudar o homem como ser biológico: desde o patrimônio genético, passando pelo embrião, até o cadáver, valorando tudo à luz da ética e do Direito.

Ao lado dessas regras, a Bioética estabeleceu os princípios clássicos que a norteiam. Refletir sobre Bioética é refletir sobre fatos e princípios.

As articulações da Bioética assentam-se num tripé nem sempre harmonioso: médico (beneficência), paciente (autonomia) e sociedade (justiça). Exige constantemente critérios de decisão. Daí ser a Bioética a *disciplina da reciprocidade* (Maurice de Wachter) ou da alteridade.

Beneficência – do latim *bonum facere*, “fazer o bem” ao paciente. É o critério mais antigo da ética médica. Enquanto houver seres humanos que sofram e necessitem de atenção médica, não há escusas. Aliás *fazer o bem, não causar dano, cuidar da saúde, favorecer a qualidade de vida* constituem as máximas da moral de beneficência. E o princípio da caridade — não faça sofrer — indica uma espécie de exigência mínima. É agir sempre no sentido de proporcionar o maior benefício possível para o paciente (Guy Durant).

Autonomia (ou autodeterminação) — diz respeito à vontade racional do homem de fazer leis para si mesmo. Como critério ético significa a própria emancipação da razão humana, a faculdade de autogovernar-se, de ser e agir como sujeito. Repousa sobre as estreitas relações de confiança entre o paciente e o médico (espécie de contrato que se opera diferentemente entre capazes e incapazes — consentimento livre e consentimento substitutivo). Baseia-se na dignidade do ser humano. Impede que uma pessoa explore a outra, impondo-lhe a sua própria vontade. É o postulado da democracia.

Justiça — é o princípio que obriga a garantir a distribuição equitativa e universal dos benefícios da saúde pública. Luta pela saúde, como parte da consciência de cidadania, até estabelecê-la como direito de todos. As teorias que sustentam o princípio são igualdade social, bem-estar coletivo e proporcionalidade natural.

Bioética de fronteira e bioética cotidiana

A *bioética de fronteira* ocupa-se das novas tecnologias biomédicas aplicadas às fases nascente e terminal da vida; já a *bioética cotidiana* é voltada à exigência de humanizar a medicina, como também à sua evolução científica e à socialização da assistência sanitária. Trata-se dos problemas éticos da maioria das pessoas, que vão desde o acesso aos serviços de saúde, da educação para a saúde, à distribuição dos remédios. O próprio termo *saúde* é tomado no sentido abrangente: condições de alimentação, trabalho, lazer, liberdade, que podem gerar grandes desigualdades. Aqui se situam os principais desafios da Bioética no Brasil e na América Latina.

Bioética e Direito

Para levar a cabo a tarefa de construir uma Bioética aplicada às diversas disciplinas, devem ser observadas as transformações internas a que as mudanças culturais e científicas as submetem e que acabam por modificar os seus próprios fins. Para regular todas as práticas biomédicas é que surgiu a Bioética.

A medicina, por exemplo, sofreu uma notável mudança nas últimas décadas. Os fenômenos culturais modificaram vertiginosamente seus fins: *da arte de curar chegou-se à arte de esculpir o corpo humano*. A clássica medicina curativa abriu espaço para a medicina preventiva e outras, como formas de expressão: a) *preditiva* — *preventiva* (neologismo, 1970) — permite prever a aparição de enfermidades (na genética, os diagnósticos pré-natais); b) *psicocondutiva* — medicina de controle da mente e da conduta (psicoterapia, terapias de comportamento); c) *paliativa* — aponta o conforto e a qualidade de vida aos pacientes em estado terminal; d) *permutativa* — abrange transplantes, procriação assistida e engenharia genética; e) *perfectiva* — propõe-se a melhorar a condição humana (cirurgia estética, terapias genéticas).

Está-se diante de uma outra visão de vida e portanto de novos desafios éticos. O grande dilema é saber o que fazer e aonde se vai chegar neste momento em que o homem afasta-se da idéia de *julgar-se a imagem de Deus* para o oposto: *Deus a imagem do homem*.

A indústria da saúde não vai por si mesma conter-se. Os médicos não foram preparados para os desafios das ciências médicas. E sem dúvida o propósito será limitá-las, pô-las dentro de marcos éticos razoáveis, usando para tanto o Direito. Este tem-se revelado insuficiente e incapaz de equacionar as práticas nascidas na evolução científica por demais rápida.

Pergunta-se: as práticas médico-científicas devem, ou não, ser controladas? A liberdade de pesquisa é absoluta?

Para os bioeticistas europeus, na vida de hoje há estreita relação entre o Direito e a Bioética. Segundo eles, o comportamento humano desenvolve-se, em linhas gerais, de uma maneira regrada, pois — por ser moral e juridicamente aceitável — segue normas que conduzem a uma certa segurança, as quais podem denominar-se *legalismos em Bioética*.

As dificuldades acerca da procriação, da esterilidade, dos direitos do paciente e das confidências inquietam os bioeticistas. No entanto todos esses problemas devem ser discutidos em nível geral, formal e abstrato. E assim se entra numa discussão biomédica a conduzir as regras gerais e princípios para os quais, de uma hora para outra, o Direito foi solicitado. Os juristas estão sendo provocados a intervir de forma útil nos debates, para reequilibrar o descompasso entre as ciências médicas e as normas jurídicas.

Com isso vê-se que a Bioética não trata exclusivamente das questões do atuar, mas também do pensar. A ética não pode alcançar e muito menos antecipar a tecnologia, legitimando-a. Não obstante todas as dificuldades, subsiste um número de estruturas culturais permanentes — a ética, a medicina e o Direito — que têm vigência intertemporal talvez o suficiente para servir de base à resolução dos problemas que se põem, quando as regras particulares não se ajustam ao caso concreto.

O Direito portanto parece ser a tábua de salvação quando se apresenta uma nova e complexa questão — vida, morte, eutanásia, terapia, distribuição de recursos médicos, ecologia.

Pode-se afirmar que há uma estreita relação entre a Bioética e o Direito (jurisdicização dos comportamentos sociais concernentes aos fenômenos bioéticos). Este deve ter necessariamente seu suporte, sua base, seu fundamento na ética e na moral, um sistema legal que o assista, por-

que ética e Direito estão vinculados, inclusive têm princípios comuns. A nota distinta é que as regras jurídicas possuem coercitividade.

Do exposto sobressai a necessidade de legislar sobre os dilemas bioéticos, de um enquadramento legislativo não sobre algumas condutas duvidosas que acarretariam o risco de ser reputadas lícitas porque não expressamente proibidas, mas sim que garanta o respeito aos direitos fundamentais do homem.

A questão da política legislativa é definir como ocorrerá essa transformação semântica do Direito. Muitas vezes deve-se anunciar primeiro os princípios gerais do *dever ser* para depois os do *poder ser*.

No direito comparado pode-se dizer, por exemplo, que há legislação sobre a procriação assistida na Espanha, França e Alemanha (nesta só em matéria penal). Na Argentina não há legislação, ainda que existam vários projetos. No Brasil, a Lei n. 8.974/95, que dispõe sobre o uso de técnicas de engenharia genética, proíbe a produção, o armazenamento ou a manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível.

Além disso, existem certos códigos supranacionais (Declaração de Genebra, 1948; da Assembléia Geral da Associação Médica Mundial, emendada pela Declaração de Sidney de 1968; Código Internacional de Ética Médica, Londres, 1949, e Declaração de Oslo, de 1970; de Tóquio, 1975; Conselho da Europa, de 1976) e códigos nacionais (Código de Deontologia Alemão, 1945, e Código de Deontologia Espanhol, 1979). Há problemas que se apresentam por falta de legislação, prevalecendo o princípio de que, não se proibindo, permite-se. Urge legislar sobre o assunto sem perder de vista, no entanto, que todo texto jurídico desdobra-se em *conseqüências sociais futuras*.

Advirta-se, na oportunidade, que a legislação exige um estudo interdisciplinar em que é fundamental o tripé Biologia—Ética—Direito.

Ao Direito compete indicar os procedimentos apropriados para que as decisões tenham todas as chances de resolver os problemas suscitados pelas novas tecnologias (legitimidade da inseminação, anonimato do doador de sêmen, barrigas de aluguel, inseminação de mulheres solteiras, para citar apenas algumas situações polêmicas).

Vê-se que hoje, como ontem, devem marchar juntas as ciências da natureza e as normativas para que o progresso se faça a serviço do homem e em razão dele, e não em seu detrimento ou para a sua destruição.

A Bioética pretende estabelecer um *movimento* de forma original e sistemática de reflexão, voltado à *gestão responsável* dos poderes que a medicina contemporânea adquiriu na busca de um novo referencial ético.

Enfim, qual o papel reservado ao Direito?

Fala-se em vazio jurídico. Cabe à lei ajustar-se ao fundo moral de uma sociedade, retomando seus valores comuns e fundamentais. Os desafios são muitos, é verdade. Vão desde fecundar um óvulo fora do útero, incluindo os embriões excedentes e a manipulação dos genes, até o fenômeno da clonagem.

Ética e Bioética na contemporaneidade

Realmente se está diante de mudanças estruturais neste século: a humanidade trocou o arado pela máquina; a entrada da mulher no mercado de trabalho acarretou enorme virada no conceito de família; o nascer, o morrer, o viver caem nas mãos da medicina, derrubando convicções e tradições; a ciência passou a controlar um a um os projetos em curso para desvendar todo o código genético; vive-se a era da informática, e a velocidade das informações impressiona. Naturalmente essas transformações desafiam todos os códigos de ética, as argumentações filosóficas e os dogmas religiosos.

Dois alterações são apontadas no campo da ética: passagem da micro para a macroética e a discussão pública dos assuntos éticos em jornais, televisão, grupos, associações, comunidades políticas, sindicatos, entre outros.

Os cidadãos passaram a debater a eticidade das formas de natalidade, eutanásia, pena de morte, homossexualidade e aborto. Ademais, são instados a intervir nas discussões sobre a ética na política, na economia, na administração pública, na ecologia, no Direito e na tecnologia. Logo a micro e a macroética — longe de serem áreas restritas a especialistas — ganharam uma característica pública e política. Por exemplo, a autoridade pública legisla sobre a limitação ou estímulo da natalidade ou sobre a pena de morte sem interferência maior de concepções religiosas ou filosóficas, mas legitimamente reserva-se o direito de definir em lei as conclusões da comunidade. Resta saber como avaliar isso tudo.

A previsibilidade é de que, em face dessas profundas mudanças nas relações entre pais e filhos, haverá uma pressão por óvulos, espermatozoides, embriões, fetos e crianças perfeitas.

Como na Alemanha nazista — e aí o ponto crucial —, os cientistas estão organizando as idéias para ser aproveitadas pelos legisladores e divulgadas pela imprensa sem uma discussão pública que permita pôr a nu quem fez os julgamentos e em nome de quem.

Está-se sendo empurrado em direção a uma civilização eugênica, com manipulação do genoma. Aliás, diz Pessini, “estamos em um mundo em que algumas sociedades pressionam os casais a não transmitir determinadas características genéticas a seus filhos, por causa do custo elevado que os cuidados com sua saúde teriam, como se fossem uma sobrecarga”.

Mas quem determinará o que constitui essa sobrecarga? Que critérios servirão para estabelecer os genes bons e os maus? Quem será o responsável pelas alterações no genoma humano? Na verdade, ninguém sabe, concretamente, o que os *deuses da ciência* estão planejando ou reservando aos mortais nem os riscos de tudo isso. Não há controle social para essas coisas.

As manipulações genéticas representam esperanças e ameaças para a humanidade. As esperanças estão resumidas nas perspectivas de cura de inúmeras doenças, medicamentos mais eficazes e grande produção de alimentos; já as ameaças são o impacto ecológico disso tudo. Restam então duas questões: quem são os donos de todos esses saberes? e quem os controla?

Considerações finais

A Bioética é essencialmente um novo modo de pensar na plena realização do homem e na melhoria de sua qualidade de vida. Apresenta-se como um verdadeiro curso de cidadania, pois leva a despertar perplexidades e preocupações, além de acionar mecanismos íntimos para reflexão crítica e processo de amadurecimento.

Deve guardar proximidade com a ética e o princípio da razoabilidade. É na Bioética que se encontra o fenômeno da internormatividade, envolvendo o social, o político e o jurídico, tendo em vista que o modelo existente está exaurido e é necessário buscar outros paradigmas.