

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 Durant. Bioética de fronteira e bioética cotidiana. Bioética e Direito. Ética e bioética na contemporaneidade. Conclusões.*

Quando se fala em inseminação artificial, mães de aluguel, esterilização, fecundação *in vitro*, estatuto do embrião, suicídio assistido, estado civil dos transexuais, manipulações ou engenharia genética, teste genético com 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 se está falando de bioética.

Mas em que ela consiste?

A disciplina (ciência) que vem despertando crescentemente o interesse e a conscientização populares denomina-se *bioética*. Entende-se a mesma como uma maneira de regulamentação das novas práticas biomédicas, atingindo três categorias de normas: deontológicas, éticas e jurídicas, a exigirem comportamento ético nas relações entre biologia, medicina e direito. Corresponde a tudo que diz respeito à vida (*bio + ética*), ou seja, é a ética da vida ou do vivo; bioética ou ética aplicada à vida, no sentido etimológico.

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 EEUU, na década de 60, provocando um choque na mentalidade da época.

Segundo Marco Segre, é a parte da ética que enfoca as questões referentes à vida humana e portanto à saúde. Tendo esta 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.

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*). Bioética procura melhorar a qualidade de vida (Potter). É uma nova disciplina do saber e precisamente por isso difere das demais.

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 interdisciplinariedade.

As grandes transformações do mundo atual geraram os ditos *novos direitos* que têm criado dificuldades para a ciência jurídica, especialmente em função da forma em que

está articulada. Há um distanciamento entre a ciência apreendida e a experiência vivida. Estes direitos têm muito a ver com o conceito de cidadania. O que se deve discutir são as insuficiências das proteções e efetivação desses novos direitos. É a teoria do garantismo implantada por Luigi Ferrajoli.

Delimitação do tema

Próximo a adentrar o terceiro milênio, deve-se efetuar um balanço das realizações e problemas por que atravessa a humanidade e qual o legado deixado às novas gerações. Como será o mundo do século XXI? Quais os desafios a serem enfrentados? Que condições de vida e saúde se vai 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 encerra, a marca de três megaprojetos:

- Projeto *Manhatam* que descobriu e utilizou a energia nuclear (Hiroshimma e Nagasaki, 1945). Dele advém o átomo de que se extrai a *energia atômica*.
- Projeto *Apollo* que jogou o homem no coração do cosmos, com o primeiro homem a pisar na lua (1969); aquele é projetado na imensidão do espaço e se começa a falar de vida em outros planetas.
- Projeto *Genoma Humano* que leva o homem ao mais profundo estágio de si mesmo: ao nível de sua herança biológica. É desse projeto que nasceu a *descoberta do século* - o DNA (Watson e Crick, 1953). É a terceira grande revolução do século, a *revolução biológica*. No século XXI, o fio condutor da própria economia será a Engenharia Genética. Entreabre-se um novo cenário, e realidade e ficção científica se darão as mãos. Abre-se aí a possibilidade de *um admirável mundo novo* de que nos fala Aldous Huxley.

Que benefícios estes avanços científicos trarão à humanidade?

No Brasil, por exemplo, o teste genético a 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 se alteram; a contribuição prestimosa da bioética ou ética da vida (Potter, 1971). Daí os diversos congressos realizados para trabalhar 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 de definição controvertida, 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 devem ser usados. Refletir sobre bioética é fazê-lo sobre fatos e princípios; estes se denominam o *tripé da bioética*.

Trindade Bioética (tripé). As articulações da bioética assentam-se no tripé nem sempre harmonioso: médico (beneficência), paciente (autonomia) e a sociedade (pela justiça).

Exige constantemente critérios de decisão. Daí ser a bioética a disciplina da reciprocidade (Maurice de Wachter) ou da alteridade.

Beneficência - *bonum facere*, do latim, *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 maior benefício possível para o paciente (Guy Durant).

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

Justiça - é o princípio que obriga a garantir a distribuição justa, eqüitativa e universal dos benefícios da saúde pública. Luta pelo princípio da saúde, como parte da consciência de cidadania, até estabelecer a saúde como direito de todos. As teorias que sustentam o princípio são igualdade social (sem discriminação), bem-estar coletivo, proporcionalidade natural e eqüidade.

Bioética de fronteira e bioética cotidiana

A *bioética de fronteira* trata das novas tecnologias biomédicas aplicadas às fases nascente e terminal da vida; já *bioética cotidiana* é voltada à exigência de humanizar a medicina, como sua evolução científica e a 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 aos níveis de vida). 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 ciências devem ser observadas as transformações internas a que as mudanças culturais e científicas as submetem e que acabam por modificar os fins próprios de cada disciplina. Para regular todas as práticas biomédicas é que surgiu a bioética.

A medicina atual, 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 predizer a aparição de enfermidades (genética, seus diagnósticos pré-natais); b) *psicondutiva* - medicina de controle mental e da conduta (psicoterapia, terapias de comportamento); c) *paliativa* - aponta o conforto e a qualidade de vida dos pacientes em estado terminal; d) *permutativa* - transplantes, procriação assistida e engenharia genética; e) *perfectiva* - propõe-se em 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 onde se vai chegar nesse momento em que se afasta da idéia de *o homem se julgar a imagem de Deus* para o outro oposto: *Deus para a imagem do homem*.

A indústria da saúde não vai por si mesma se conter. Os médicos não foram preparados (educados) para os desafios das ciências médicas. E sem dúvida o propósito será limitar a ciência médica, pô-la dentro de marcos éticos razoáveis, usando para tanto o Direito. Este tem-se revelado insuficiente e incapaz para 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, na cultura ocidental. Segundo eles, o comportamento humano se desenvolve, em linhas gerais, de uma maneira regrada, pois esse comportamento - por ser moral e juridicamente aceitável - segue regras que conduzem a uma certa segurança, as quais se pode denominar *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, em cada caso particular, devem ser discutidos em nível geral, formal e abstrato. E assim se entra numa discussão biomédica a conduzir as regras gerais e princípios com os quais, de uma hora para outra, o Direito foi solicitado. Os juristas estão sendo provocados para intervir de forma útil nos debates, para reequilibrar o descompasso entre as ciências médicas e as normas jurídicas.

Com isso se vê 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, subsistem um número de estruturas culturais permanentes - a ética, a medicina e o Direito - que têm vigência intertemporal talvez o suficiente para servirem 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 última tábua de salvação, quando se apresenta uma nova e complexa questão - vida, morte, eutanásia, terapia, discussão da distribuição de recursos médicos, problemas ecológicos. Pode-se afirmar que há uma estreita relação entre a bioética e o direito (jurisdicização dos comportamentos sociais concernentes aos fenômenos bioéticos). Aquele deve ter necessariamente, seu suporte, sua base, seu fundamento na ética e na moral. Um sistema legal que o assista, porque ética e Direito estão vinculados inclusive com princípios comuns. A nota distinta é que as regras jurídicas possuem coercitividade.

Do exposto sobressai a necessidade de legislar sobre os dilemas bioéticos; não fazê-lo sobre algumas condutas duvidosas que acarretariam o risco de serem reputadas lícitas por não serem expressamente proibidas, mas sim um enquadramento legislativo que garanta o respeito dos direitos fundamentais do homem.

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

No direito comparado se pode 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 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 Tokio de 1975; Conselho da Europa de 1976). Existem Códigos Nacionais (na Ásia, Código de Deontologia Alemã, 1945 e Código de Deontologia Espanhol, 1979). São problemas que se apresentam por falta de legislação, prevalecendo o princípio de que, se não proíbe, permite-se. Urge legislar sobre o assunto sem perder de vista, no entanto, que todo texto jurídico se desdobra em *conseqüências sociais futuras*.

Advirta-se, na oportunidade, que a legislação exige um estudo interdisciplinar em que é fundamental o tripé constituído pela 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 ou inseminação de mulheres solteiras para citar apenas alguns fatos polêmicos).

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 destruição.

A disciplina pretende estabelecer um movimento bioético 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 se ajustar 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 nesse século: a humanidade trocou literalmente o arado pela máquina; a entrada da mulher no mercado de trabalho acarretou enorme virada no conceito de família; na medicina, o nascer, o morrer, o viver caem nas mãos da ciência, 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 descobertas desafiam todos os códigos de ética, as argumentações filosóficas e os dogmas religiosos.

Duas alterações são apontadas no campo da ética: passagem da microética para a macroética e o debate público dos assuntos éticos em jornais, na TV, em grupos, associações, comunidades políticas, sindicatos, entre outros.

Os cidadãos passaram a debater a eticidade de modos da natalidade, eutanásia, pena de morte, homossexualidade e aborto. Ademais as pessoas são instadas a intervir nas discussões sobre a ética na política, na economia, na administração pública, na ecologia, na ciência 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 define sobre a pena de morte sem interferência maior de concepções religiosas ou filosóficas, mas legitimamente se reserva o direito de definir em lei as conclusões da comunidade. Resta saber como avaliar isso tudo.

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

Como na Alemanha nazista - e aí mora o perigo - os cientistas estão organizando as idéias para serem aproveitadas pelos legisladores e divulgadas pela imprensa sem passar por uma discussão pública que permita por 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? Quais os critérios que servirão para estabelecer quais os genes bons e quais os maus? Quem será caracterizado a introduzir alterações no genoma humano? Na verdade, ninguém sabe, em concreto, o que os *deuses da ciência* estão planejando ou reservando aos mortais e nem os riscos de tudo isso. Não há controle social para essas coisas.

As manipulações genéticas representam esperanças e ameaças para a humanidade. Aquelas estão resumidas nas perspectivas de curas a inúmeras doenças, medicamentos mais eficazes e grande produção de alimentos; já as ameaças são os impactos ecológicos disso tudo. Em meio a isso sobram duas questões: quem são os donos de todos esses saberes? E quem os controla?

Conclusões

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

Deve guardar proximidade com a ética e o princípio da razoabilidade. É nela 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.

* 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; Juiz de Direito na Capital/ SC; Juiz Titular Eleitoral do TRE/SC; 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 Deontologia Jurídica: Ética e

Justiça. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996 e Ética e Bioética. Novo direito e ciências médicas. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998 (esgotado)