

# BIOÉTICA E DIREITO

---

Antonio Carlos Mendes  
Jefferson de Vasconcelos Silva  
Sueli Gandolfi Dallari

*Esta Secção destina-se a discutir os vários aspectos que ligam a preocupação ética na área sanitária à formulação jurídica do direito à saúde, seja quando disciplinada em lei, seja quando decidida pelos juízes – individualmente ou nos tribunais.*

*Espera-se receber tanto comentários relativos às decisões na matéria, quanto informações que possibilitem o exame ético-sanitário daquelas decisões para a coluna Nos Tribunais. Do mesmo modo, manifestações semelhantes pertinentes a projetos de lei, ou mesmo legislação vigente que polemize princípios morais na área da saúde, serão bem-vindas para inclusão na coluna Nos Parlamentos.*

## **A constituição e o planejamento familiar**

Em janeiro de 1996, o Brasil foi surpreendido com o veto presidencial a artigos do Projeto de Lei nº 209, de 1991, que trata do planejamento familiar. Com efeito, a opinião pública nacional era predominantemente favorável ao projeto, que vinha sendo amplamente discutido no Senado e na Câmara dos Deputados, não se esperando que após terem sido expostas as mais diferentes opiniões sobre o tema, nos mais diversos foros e, principalmente, no mais influente deles, o Parlamento nacional, houvesse o veto presidencial.

Ora, a Constituição da República declara que o Estado tem o dever de proteger especialmente a família, afirmando, no Capítulo VII, art. 226, parágrafo 7º, que "o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos (...) para o exercício desse direito". Isto requer, entretanto, uma avaliação ética, na medida em que tal afirmação está condicionada ao respeito da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, princípios de conteúdo essencialmente éticos.

Portanto, faz-se conveniente recordar que o mundo ético é mais amplo que o jurídico e o condiciona, e que, como ensina Kelsen, "não há valores absolutos mas apenas valores relativos; não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa; os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e colocamos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos". Assim sendo, a moral jurisdicizada deve ser o primeiro fator de validade da norma jurídica. E esse é exatamente o caso apresentado constitucionalmente: a obrigação de o Estado propiciar recursos para o planejamento familiar está submetida à norma ética que exige para a caracterização da responsabilidade e da dignidade humana, entre outros comportamentos, o respeito à autonomia das pessoas e a intenção de praticar o bem.

A certeza de que toda cultura contém sempre uma moral, e de que o Brasil possui diversas realidades culturais, orientou o processo de formação da norma jurídica que dispôs sobre o planejamento familiar no Congresso Nacional, da seguinte maneira:

"Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes condições:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes;

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores;

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através de laqueadura tubária, vasectomia ou outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia;

§ 5º Na vigência da sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges;

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da lei";

"Art. 11. Toda esterilização cirúrgica será objeto de notificação compulsória à direção do Sistema Único de Saúde."

"Art. 14.

Parágrafo único - Só podem ser autorizadas a realizar esterilização cirúrgica as instituições que ofereçam todas as opções de meios e métodos de contracepção reversíveis."

"Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta lei.

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta lei;

II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

III - através de histerectomia ou ooforectomia;

IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;

V - através de cesárea indicada para fim exclusivo de esterilização."

A razão do veto presidencial à prática da "esterilização" foi sua caracterização como *clara mutilação que, se realizada com a participação de outrem, ainda que médico*, tipificaria o crime de lesão corporal. Ignorou-se, entretanto, que a Constituição condicionou a elaboração dessa norma jurídica, primeiramente, ao respeito à autonomia das pessoas e à intenção de fazer o bem. Assim, estando presentes tais comportamentos – requisitos para a configuração dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável – a lei nova revogou a anterior e, em consequência, a "esterilização" não é crime no sistema jurídico positivo brasileiro, independentemente da cultura e respectiva moral considerada.

Um aspecto que poderia ainda ser considerado no caso, é a alteração formal do Código Penal. Esse é, sem dúvida, objeto de mera técnica legislativa. Em realidade, o Código Penal brasileiro é apenas o nome dado ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Não há na Constituição Federal vigente qualquer dispositivo que se refira a um Código Penal, requerendo forma especial para sua modificação. Assim, vigora o princípio formalizado no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (art. 2º, §1º), não havendo sequer necessidade de "quorum" ou processo legislativo especial, uma vez que a Constituição não fez essa exigência.

### **O referendo, o projeto e a "lei dos transplantes".**

Encontram-se em tramitação no Congresso Nacional diversos projetos de lei que visam alterar a Lei nº 8.489/92, conhecida como "lei dos transplantes".

A mudança mais polêmica refere-se à natureza do consentimento do disponente para doação de órgãos e tecidos, que passaria a ser presumida a menos que houvesse manifestação expressa em contrário do doador-e só dele, em vida.

O presente artigo analisa os aspectos éticos-jurídicos dessas propostas em tramitação no Parlamento.

1. O referendo é instituto jurídico-constitucional de grande importância política. Porém, no direito brasileiro o constituinte, traçou-lhe perfil tímido e o legislador trata-o com menoscabo e desconfiança, esvaziando essa manifestação da cidadania que se encarta na concepção de democracia direta ou semidireta em face da

democracia representativa. Por que, então, vinculá-lo na abordagem dos transplantes de órgãos e tecidos humanos?

Ora, essa matéria-de competência do legislador ordinário-é polêmica, exigindo ampla discussão nacional, especialmente por realçar o caráter dialógico necessário do direito e ensejar a busca da legitimidade do procedimento legislativo (1).

Porém, a importância e as conseqüências práticas dos transplantes, inclusive visando a proibição do comércio de órgãos e o desvio das finalidades terapêuticas e científicas, ensejam digressões suficientes para suscitar o debate e desafiar posturas jusnaturalistas e juspositivistas.

2. Nesse quadro, o art. 3º "caput" e seus incisos I e II da Lei nº 8.489, de 18 de novembro de 1992, exigem, atualmente em vigor, para que se realizem transplantes: (a) a permissão manifestada em vida pelo "disponente", por meio de documento particular ou público, ou, na falta desse documento, (b) a manifestação, em sentido contrário, do cônjuge, ascendente ou descendente a fim de que se proceda à retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com finalidade terapêutica ou científica.

3. O aludido preceito legal, preservou a autonomia da vontade do falecido. Todavia, a ausência de sua manifestação escrita, implica a "disposição presuntiva". O dispositivo legal reconhece, também ao cônjuge, pais ou filhos do morto, o direito de proibir a extirpação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano com vistas ao transplante. Esta é a questão central da controvérsia sobre a alteração legislativa proposta, isto é, a supressão desse direito de proibir, atualmente reconhecido aos parentes do falecido.

Dessa maneira, o sobredito dispositivo legal em vigor institui, a rigor o "disponente presuntivo", permitindo a retirada dos mencionados tecidos, órgãos e partes do corpo do morto, na hipótese de inexistência de autorização escrita ou de ausência da proibição dos parentes acima elencados.

4. Contudo, entendendo insuficiente essa disciplina legal para facilitar a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas, buscando, talvez, fundamento no art. 199, § 4º da Constituição Federal de 1988, o Sr. Wigberto Tartuce, deputado federal, apresentou projeto de lei propondo a seguinte redação ao art. 3º. da Lei nº. 8.489/92, *in verbis*:

*"Art. 3º—A disposição para os fins a que se refere o artigo 1º independe de autorização do disponente ou de seus familiares.*

*Parágrafo único—Excetuam-se do disposto no "caput" os que se manifestarem expressamente em contrário, através de documento pessoal ou oficial. "*

5. Esse projeto de lei busca inverter o postulado legal inspirado na autonomia da vontade, instituindo autorização tácita do morto, na hipótese de inexistir proibição expressa para a retirada de tecidos, órgãos e partes de seu corpo para fins terapêuticos ou científicos, permanecendo a vedação de qualquer tipo de comercialização.

Por isso, a questão de fundo suscitada pelo projeto de lei, que, se encontra na lei vigente, é a seguinte: o legislador pode substituir a vontade do falecido e instituir autorização tácita visando a retirada de tecidos, órgãos e partes de seu corpo com fins terapêuticas ou científicos?

6. O legislador não é livre para legislar. Tem limites dados pelos princípios, expressos ou implícitos, e preceitos constitucionais positivando valores perenes, como a dignidade das pessoas, e a prevalência dos direitos humanos que não podem ser violados. Ao contrário, esses princípios e preceitos condicionam a função do legislador, isto é, obriga-o, na sua função legiferante, a buscar a realização plena dos direitos humanos, especialmente no que tange à inviolabilidade do direito à vida e à saúde.

Pode-se dizer, pois, que há limites de forma e de conteúdo. Estes atinando ao "conteúdo normativo" do preceito legal; aqueles à competência legiferante e ao procedimento legislativo visando à criação da lei.

7. Nesse prisma, o art. 199, § 4º da Constituição Federal circunscreve, em princípio, o conteúdo da lei de transplantes. Estabelece que "a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização".

Na leitura desse preceito constitucional podem ser identificados os seguintes limites materiais ao legislador: (a) a remoção de órgãos, tecidos, substâncias humanas e transfusão de sangue e seus derivados devem ter finalidade terapêutica ou científica; (b) é vedada a comercialização. O preceito não diz, expressamente, mas está nele contido, implicitamente, que o legislador não está constitucionalmente autorizado a elaborar dispositivo permitindo

essas práticas terapêuticas ou científicas em pessoas vivas sem seu prévio e expresso consentimento. Isto é, ao erigir "condições e requisitos que facilitem" a mencionada remoção de órgãos, tecidos e substâncias do corpo humano, o legislador não pode suprimir a "vontade" do disponente, consoante a terminologia adotada pela técnica legislativa.

8. No entanto, o fulcro da controvérsia suscitada pelo projeto de lei, também posto na lei vigente, centra-se na preservação das disposições de última vontade do falecido quanto à proibição e na presunção de seu consentimento no que concerne à permissão da mencionada retirada de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins terapêuticos ou científicos.

Não se nega que o projeto de lei tenha sido inspirado em razões humanitárias ante a propalada falta de "doadores" e os inúmeros óbitos daí decorrentes, provavelmente.

9. Em face a desse problema, qual o caminho a ser trilhado pelo legislador ?

Preservar a integridade do corpo humano "post mortem", na forma do art. 3º da Lei nº. 8.489/92, ou, conforme o projeto de lei, presumir o consentimento do falecido para salvar vidas por meio de transplantes ?

10. Sob essa ótica, não há uma só resposta a essas indagações. Razões humanitárias militam num e noutro sentido, permitindo-se, segundo concepção ética e filosófica de natureza idealista ou utilitarista, acolher ou refutar o projeto de lei.

Conseqüentemente, poder-se-ia sustentar por meio de construção jusnaturalista a inconstitucionalidade do projeto de lei, constatando-se a violação de princípios ou "valores constitucionais" que se situam além do direito positivo. Da mesma maneira, seria possível afirmar a constitucionalidade do projeto de lei com base em elaboração teórica juspositivista-formalista, à mingua da falta de identificação de princípio ou preceito constitucionais expressos violados pelas disposições constantes do aludido projeto de lei (2).

11. A identificação da natureza e da espécie dessa lei depende da interpretação sistemática, especialmente dos arts. 22, I, 14, II, 49, XV, e 199, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Com efeito, a inteligência desses preceitos constitucionais, interpretados no contexto constitucional, permite as seguintes constatações no projeto de lei: (a) trata-se, na espécie, de lei ordinária, (b) de competência da União Federal e, *data venia*, (c) sujeita, no que respeito ao procedimento legislativo, ao referendo popular ante a matéria controvertida, a relevância político-social e as conseqüências que projetam sobre a "vontade" dos cidadãos, criando grave tensão entre direitos individuais, direitos coletivos e interesse público.

12. Encartado na competência da União, o projeto de lei não padece do vício de incompetência legiferante, adequando-se, perfeitamente, à natureza de lei ordinária federal.

Presumindo-se a manifestação permissiva da vontade, segundo o projeto de lei, o falecido poderia, na técnica legislativa, ser denominado "disponente presuntivo". Porém, essa opção legiferante afronta toda a consciência jurídica nacional, com fortes raízes lançadas no individualismo liberal, pois inverte o postulado da autonomia da vontade individual. Dessa maneira, o caráter problemático do projeto de lei poderá transformar-se em apelo dramático e converter-se em dilema ou transformar-se em fator impeditivo de sua rápida e eficaz tramitação no Congresso Nacional.

13. Prevenindo-se o inconveniente da ideologização dessa matéria relevante em curso no Legislativo e, conseqüentemente, empobrecendo-a sob o prisma teórico e desviando-a de sua inequívoca finalidade político-social, o projeto de lei, após seu trâmite constitucional, para tornar-se lei ordinária, deveria ser objeto do referendo previsto nos arts. 14, II e 49, XV, da Constituição Federal.

Matéria dessa importância e envergadura política exige amplo debate público e, necessariamente, restringe a "discrecionalidade legislativa" que deverá buscar legitimidade no instituto jurídico-constitucional chamado referendo que, *data venia*, se inscreve dentre os direitos da cidadania e sua inobservância pode instaurar inconstitucionalidade da lei. Obviamente, pode-se entender que as disposições contidas nos arts. 14, II e 49, XV, da Constituição Federal, previram o referendo facultativo, não vinculando o legislador ordinário. Todavia, há matérias, como a "Lei dos transplantes", que, por sua natureza polêmica e profundamente humanística, devem ser submetidas à deliberação popular. Caso contrário, o Supremo Tribunal Federal, como guardião dos valores constitucionais, poderá, se provocado, conhecer de decidir, originariamente, acerca das omissões do legislador, inclusive no que se refere a ausência de convocação do referendo por força dos arts. 102, I e 103, § 2º, da Constituição Federal.

14. Em suma, em certas hipóteses, como no caso do projeto de lei de autoria do Sr. Wigberto Tartuce, deputado federal, a linha divisória entre a constitucionalidade e inconstitucionalidade é tênue e quase imperceptível, permitindo

situar as disposições do aludido projeto dentro do âmbito da "discricionariedade legislativa", porquanto o Congresso Nacional é livre para convocar o referendo que, nessa hipótese, seria facultativo. Entretanto, poder-se-ia concluir, também, que a matéria atinente ao projeto de lei está inscrita dentre hipóteses constitucionais que impõem o referendo de maneira inarredável, inobstante o conteúdo do art. 49, XV, da Constituição Federal, porque o referendo pode caracterizar-se direito inafastável do cidadão e, assim, limitar a discricionariedade do Congresso Nacional, tornando, pois, nessa vertente, obrigatório o referendo. Nessa linha de interpretação, a inobservância da convocação do referendo macula a lei de inconstitucionalidade.

Enfim, mesmo que se entenda não ser o referendo obrigatório, nada obsta que o Congresso Nacional determine-o, em face da elevada relevância político-social do projeto que alterando a "lei de transplantes". O Congresso, utilizando-se desse instituto, irá aprimorar a elaboração legislativa e buscará legitimidade da lei por meio dessa consulta popular. Esse encaminhamento do Congresso, antecedido de amplo debate nacional, propiciaria a discussão dos pontos polêmicos apontados não só no projeto mas, também, na "lei dos transplantes", ferindo a tensão entre direitos individuais e direitos coletivos, imunizando essa iniciativa legislativa contra preconceitos e falsos temores. O aspecto de maior relevância, na espécie, será a oportunidade que o Congresso Nacional terá para, no caso, devolver ao povo a oportunidade de decidir sobre o destino compulsório do corpo humano para fins terapêuticos e científicos.

## Conclusões

1. O referendo é instrumento da chamada "democracia semidireta", corolário do processo de democratização da vida pública. Esse instituto jurídico-constitucional caracteriza-se pela intervenção dos cidadãos, por meio do voto direto, no processo legislativo. Pode restringir-se a etapas da produção normativa, que poderá ser de ordem constitucional ou legislativa. Consiste na consulta ao eleitorado para que, por meio do sufrágio, manifeste sua aquiescência ou desaprovação àquele determinado ato normativo. Com efeito, Biscaretti di Ruffia distingue as seguintes formas de referendo, segundo os diversos ordenamentos jurídicos: (a) pela matéria: constitucional, quando a consulta se faz acerca da promulgação de uma norma constitucional; legislativo, ao referir-se à aprovação ou alteração de uma lei; e, em alguns ordenamentos, encontra-se o referendo administrativo, voltado para a deliberação do cidadão sobre atos administrativos; (b) pelo aspecto temporal: preventivo ou sucessivo, quando a consulta popular realiza-se antes ou após a elaboração normativa; (c) pela eficácia: constitutivo, enquanto requisito de validade do ato normativo e ab-rogativo, na medida em que visa à revogação ou alteração da norma jurídica; e (d) pelo fundamento jurídico: será obrigatório quando a norma constitucional remeter a regulamentação de determinada matéria ou assunto à consulta popular; e facultativo quando a realização do referendo ficar à discricção do Legislativo ou do chefe do Poder Executivo".

2. A positivação ou o ingresso desses valores na ordem jurídica positiva é trabalho da jurisprudência, mas também do legislador ao exercer a função legislativa.

## Bibliografia

- Brieskorn Norbert, *Filosofia del derecho*, Editorial Herder, Barcelona, 1993;
- Larenz, Karl, *Derecho justo—Fundamentos de ética jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1985;
- Mateo, Ramón Martín, *Bioética y derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987;
- Maynez, Eduardo García, *Ética*, Editorial Porrúa, México, 1982;
- Mendes, Antônio Carlos, *Introdução à teoria das inelegibilidades*, Malheiros Editores, São Paulo, 1994;
- Oliveira Ascensão, Nogueira da Rocha, Mário Raposo, Síndico Monteiro, Sérvulo Correia, Soares Martines, Freitas do Amaral, Paula Lobato de Faria, Jean Marie Auby, *Direito da saúde e bioética*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1991;
- Teixeira, Antônio Braz, *Sentido e valor do direito*, Imprensa Nacional—Casa da Moeda, Lisboa, 1990.