

# Bioética e Direito

---

Antônio 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.*

Assim, quando se pretende colocá-las em discussão, freqüentemente o tema é afastado sob o pretexto de que "agora é muito tarde, muito já se investiu, o processo se encontra em marcha". Contudo, aceitando-se a sugestão já envelhecida de Popper, é possível agir racionalmente e superar o dilema de controlar eticamente o desenvolvimento tecnológico se houver a busca constante do erro e a disponibilidade de corrigi-lo(1). É necessário, portanto, que a opção adotada permita a maior variedade de escolhas posteriores, conforme ensina Collingridge(2). Desse modo, no que respeita à regulamentação da propriedade industrial da identidade das espécies vivas, a melhor decisão seria a inadmissibilidade do patentamento, a exemplo do que vem acontecendo na União Européia com relação ao genoma humano(3) e do que foi preceituado na lei brasileira elaborada em 1996 (Lei nº 9.279/96).

A posição exposta pode ser considerada conservadora apenas se implicar o fim das discussões sobre o tema, isto é, caso signifique o impedimento de pesquisas objetivando identificar e manipular o material genético, por exemplo. Por outro lado, a posição oposta, legalizando toda sorte de negócio tendo por base o todo ou parte dos seres vivos naturais e materiais biológicos e os processos biológicos naturais, pode trazer graves riscos, que são hoje imprevisíveis mas imagináveis, objetos de obras de ficção científica. Não é outra a lição do passado recente da humanidade, quando a insuficiência de conhecimentos, de tecnologia e mesmo de regulamentação tornaram evidente a ilusão da prevenção de catástrofes relacionadas, por exemplo, à energia atômica. A decisão de colocar fora do comércio a identidade das espécies vivas não representará, contudo, posição conservadora quando se considera que é mantida constante a possibilidade de decisão diferente, o que não pode ocorrer na hipótese contrária. Isto é, impedindo o reconhecimento da propriedade do todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos e dos processos biológicos naturais para fins industriais será possível, frente ao aumento da segurança do conhecimento, da tecnologia, da eficácia da legislação, decidir o contrário, sem grandes prejuízos para a sociedade. Entretanto, como já se verificou, em virtude de escassos conhecimentos, incipiente desenvolvimento tecnológico e, por isso, inadequada regulamentação, a imediata colocação da identidade das espécies vivas no comércio pode causar danos cuja reparação seja impossível.

## **Nos Parlamentos**

O Brasil \_ pressionado por interesses comerciais tradicionais, é verdade \_ terminou por disciplinar a propriedade relativa ao todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos, bem como aos processos biológicos naturais com fins industriais, com certa prioridade quando se considera o estado atual da questão nos estados mais desenvolvidos. De fato, a possibilidade de uso comercial da identidade das espécies vivas \_ e dos homens, em particular \_ apenas faz parte das características da sociedade humana do final do século XX (mais precisamente no pós-1978, quando tornou-se viável que, pela ação humana, o patrimônio genético fosse modificado). E os conflitos de interesses, que levam à necessidade social de reputação pelo direito, começaram a surgir com razoável intensidade somente na última década deste século. Entretanto, a forte pressão internacional para que o Brasil reconhecesse a propriedade industrial envolvendo objetos tradicionalmente passíveis de aplicação comercial, contemporânea à criação da Organização Mundial do Comércio, e o crescente interesse pela biodiversidade, que provocou, inclusive, a assinatura de uma convenção multilateral sobre a biodiversidade \_ sob o abrigo da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992 \_ provocaram a discussão sobre a regulamentação da propriedade industrial em seu sentido mais amplo e atual, envolvendo, também, a identidade das espécies vivas.

É importante notar que, hodiernamente, não se vislumbra uma posição de consenso a respeito da proteção legal ao direito de propriedade industrial relativo ao todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos e aos processos biológicos naturais. E mais importante ainda é notar que a discussão ética não está presente no tratamento do tema, sendo freqüente, como no caso brasileiro, que a decisão legal preceda a tomada de posição ética. Com efeito, o "desenvolvimento científico" é objeto de políticas no Estado contemporâneo e, nesse campo, as escolhas políticas, muitas vezes, são realizadas sob o manto de "decisões puramente técnicas", que não interessam diretamente às pessoas.

Assim, apesar de precipitada, parece eticamente acertada a posição expressa na Lei Federal nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, estabelecendo, em seu artigo 10, que "não se considera invenção nem modelo de utilidade: ... IX \_ o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais". Desse modo, não sendo considerados invenções, não são patenteáveis e, portanto, não geram direito de proteção à propriedade industrial. Poder-se-ia argumentar, entretanto, que a posição brasileira de negar o reconhecimento da propriedade nesse caso impediria o desenvolvimento científico e a possibilidade de tratamento e cura de muitos males, pois não haveria interesse econômico a subsidiar tais atividades, de grande potencial lucrativo. Todavia, esse argumento apenas se sustenta se e enquanto a atitude brasileira for solitária, uma vez que, havendo vários estados com a mesma e constante disposição, o próprio interesse acadêmico fomentará a publicação dos resultados das pesquisas visando identificar ou modificar o patrimônio genético.

Deve-se, contudo, concluir que a adequação ética do disciplinado na chamada "lei das patentes" (Lei nº 9.279/96), em seu artigo 10, inciso IX, somente será mantida caso se promova a efetiva participação pública na tomada de tais decisões, que são \_ acima de tudo \_ políticas. Para tanto, é conveniente lembrar os modos de participação popular na tomada de decisão em matéria de ciência e tecnologia, assim agrupados em documento da Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), criada em 14 de dezembro de 1960:

1. *Informação do público.* Uma informação que assegure a compreensão da problemática e a clara definição dos desafios: por meio de círculos de estudos (Suécia), das campanhas de informação, dos programas de educação científica, da *mídia*;
2. *Informação dos decisores sobre as necessidades e os desejos do público.* Por meio da mediação de organismos consultivos, das audiências em comissões parlamentares, das comissões de inquérito;
3. *Intervenção do público por meio de mecanismos oficiais nas deliberações e nos programas de ação pertinentes.* Pela participação nos debates das comissões parlamentares, pelos diversos recursos administrativos e regulamentares;
4. *Participação ou colaboração direta na tomada de decisões.* Nos tribunais científicos e nos comitês especiais, nas feiras de ciências, etc., e finalmente no quadro, por exemplo, de um referendo sobre determinada questão (4).

Em suma, são perfeitamente compatíveis o desenvolvimento das ciências e a preservação dos valores éticos do povo. Estes devem ter prioridade e ser preservados sempre, sob pena de degradação da própria condição humana. E para dar efetividade ao respeito por esses valores éticos faz-se indispensável a participação do povo nas decisões fundamentais sobre as grandes opções da ciência e da tecnologia, que não devem ficar subordinadas a disputas político-ideológicas ou a interesses econômicos.

## **Nos Tribunais**

### **Responsabilidade civil da União e AIDS**

Recente decisão da 1ª Vara Federal, Seção Judiciária do Ceará, consagrou o entendimento da responsabilidade objetiva do Estado diante da contaminação de paciente hemofílico pelo vírus da imunodeficiência adquirida (HIV), assistido pela rede pública de saúde.

A sentença em foco, prolatada nos autos de Ação Ordinária iniciada em 1992, deve ser destacada visto que reconheceu de forma bastante incisiva e pragmática os danos morais e materiais e, ainda, por assegurar ao autor pensão vitalícia mensal, reversível às dependentes deste.

Ao ingressarem em Juízo, os advogados relataram ser o autor hemofílico, submetido periodicamente à aplicação de crioprecipitado desde 1975, e que a referida assistência lhe era prestada na qualidade de segurado da Previdência Social, por meio de hospital público federal, vinculado ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social \_ INAMPS.

O diagnóstico positivo foi dado em 20.12.90 e o processo foi interposto contra o INAMPS e a União Federal.

Encerrada a fase instrutória ficou comprovado, segundo registrou a autoridade julgadora, que o autor não era dado ao vício de drogas, não tinha vida sexual promíscua e necessitava da aplicação periódica de crioprecipitado, que tinha origens diversas, a saber: Central de Medicamentos \_ CEME, laboratórios do exterior (EUA e França) e bancos de sangue públicos e privados.

Convencido de ter o autor contraído o vírus da imunodeficiência adquirida por conta das aplicações e tratamento recebido no hospital público, o Juiz Federal decidiu pela procedência total do pedido, merecendo transcrição o comando emergente da sentença:

"Pelos fundamentos expendidos, julgo procedente o pedido do promovente (...) contra a promovida União Federal para o fim de condená-la a pagar àquele uma indenização por danos morais, que arbitro em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), importância que deverá ser corrigida monetariamente na data do efetivo pagamento; uma indenização pelos danos materiais sofridos desde o dia 20.12.90 (quando foi diagnosticada sua contaminação com o vírus da AIDS) até o trânsito em julgado desta sentença, indenização esta que deverá ser calculada com base no número de meses do período retrocitado, multiplicado pelo valor de um salário-mínimo, isto é, R\$ 100,00 (cem reais), e devidamente corrigida monetariamente na data do efetivo pagamento; e uma pensão vitalícia mensal, no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), correspondentes a seis salários-mínimos, a partir do trânsito em julgado desta sentença, pensão esta que, por morte do ora promovente em decorrência da AIDS contraída, deverá ser paga às suas dependentes (.....), esposa, e (...), filha.

Condeneo, ainda, a promovida a pagar honorários advocatícios, na base de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Sentença sujeita a duplo grau de jurisdição."

(Fortaleza, 26/ABR/96)

A decisão acima reproduzida é de primeira instância, sujeita a recurso, permitindo assim que sejam tecidas as seguintes considerações:

1. O ônus imposto exclusivamente à União Federal levou em conta a extinção do INAMPS, que teve os seus direitos e obrigações sucedidas por aquela, à luz do artigo 11, da Lei nº 8.689/93.

2. A responsabilidade civil do Estado se traduz na obrigação de reparar os danos ou prejuízos de ordem patrimonial e moral que seus agentes venham a causar a terceiros, conforme bem delineado no artigo 37, inciso XXI, parágrafo 6º, da Lei Fundamental:

"As pessoas jurídicas de direito público e a de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

3. No que tange à responsabilidade do Estado é irrelevante a ocorrência de culpa ou dolo para caracterizar o direito do ofendido de ver-se ressarcido, sendo suficiente a comprovação do dano e que este tenha sido provocado por agente público no exercício de seu mister.

4. Embora comum e previsível, a obrigação de ressarcir daquele que, direta ou indiretamente, impingiu um prejuízo a outrem, entendimento por regra pacífico, é de bom alvitre repetir e observar que, no caso aqui apresentado, houve acumulação de pecúnia, em de

#### Referências Bibliográficas

Popper K. Objective knowledge. Oxford: Oxford University Press, 1972.

Collingridge D. The social control of technology. New York: St. Martin Press, 1982: 42.

Berlinguer G, Garrafa V. O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Editora Universidade de Brasília, 1996: 35.

La Technologie contesta : participation du public et prise de décision en matière de science et de technologie. Paris, OCDE, 1979. Citado em Bourgeault G. L'etique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales. Bruxelles: De Boeck-Wesmael, 1990: 227.

