

DIREITOS DA PERSONALIDADE, BIOÉTICA E BIODIREITO: UMA BREVE INTRODUÇÃO

PERSONALITY RIGHTS, BIOETHICS AND BIOLAW: A BRIEF INTRODUCTION

JÚLIO MORAES OLIVEIRA

Professor Universitário e Advogado. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia, pela Universidade FUMEC - Especialista em Advocacia Cível pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - FGV-EDESP - Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC. Professor da FAPAM - Faculdade de Pará de Minas e da Faculdade Asa de Brumadinho.

RESUMO

O presente artigo busca analisar alguns aspectos atuais no sistema jurídico brasileiro, principalmente aqueles relacionados ao biodireito e aos direitos da personalidade. Para tanto é feito um breve histórico dos direitos da personalidade e suas características. Define-se os conceitos de bioética e biodireito. Nesse contexto, o artigo aborda a discussão de três assuntos relevantes: a eutanásia e diretrizes antecipadas de vontade, a cirurgia de transgenitalização e a objeção de consciência como argumento contrário à transfusão de sangue.

Palavras-chave: Direitos da personalidade; Biodireito; Bioética.

ABSTRACT

The present article aims to analyze some current aspects in Brazilian legal system, especially those related to biolaw and rights relating to personality. For both and done a brief history of personality rights and their characteristics. Defines the concepts of bioethics and biolaw. In this context, the article deals with the discussion of three relevant issues: The euthanasia and advance directives of desire, the sex reassignment surgerly and the objection of conscience as an argument contrary to blood transfusion.

Keywords: Personality Rights; Biolaw; Bioethics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE; 2 BIOÉTICA E BIODIREITO; 3. O DIREITO À MORTE DIGNA; 4. A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO; 5. A TRANSFUÇÃO DE SANGUE E OS SEGUIDORES DA RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E DA SEITA *CHRISTIAN SCIENCE*; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica dos últimos anos trouxe um avanço inestimável para a sociedade e revolucionou os tratamentos e procedimentos disponíveis no mercado. A vida, a integridade física e a saúde do ser humano passaram a ter uma relevância sem igual na história da humanidade. Esses aspectos acabaram por influenciar as legislações através da proteção dos direitos da personalidade que se tornaram o centro da proteção de muitos ordenamentos jurídicos.

O presente trabalho apresenta os primeiros delineamentos a quem se aventura a desbravar um tema recente e ainda bastante controverso no mundo jurídico.

Para tanto o primeiro capítulo apresenta o conceito e as características dos direitos da personalidade. Logo a seguir, são introduzidos os conceitos de bioética e biodireito.

O terceiro capítulo trata da discussão acerca da morte digna e suas implicações jurídicas.

Já o quarto capítulo aborda o tema da complexa cirurgia de transgenitalização.

E o último capítulo aborda o tema da objeção de consciência para a recusa a tratamentos médicos ou cirúrgicos.

1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade como proteção integral do ser humano em toda a sua essência são uma construção jurídico-teórica recente. “O homem não deve ser protegido somente em seu patrimônio, mas principalmente, em sua essência.”¹

Durante anos na história da humanidade, a proteção a direitos fundamentais do ser humano era relegada às categorias privilegiadas da sociedade, haja vista as inúmeras atrocidades cometidas nos mais diversos períodos da história. Nesse sentido, apontam Cristiano

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 183.

Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que essa construção teórica é fruto do cuidado da doutrina germânica e francesa, especialmente depois da II Grande Guerra mundial.²

“Seu destaque e o desenvolvimento das teorias que visavam proteger o ser humano se devem, especialmente, ao cristianismo (dignidade do homem), ao jusnaturalismo (direitos inatos) e ao iluminismo (valorização do indivíduo perante o Estado).”³

Os códigos civis não faziam nenhuma referência aos direitos da personalidade o que foi ocorrendo aos poucos na maioria dos países. “Uma das principais inovações da Parte Geral do Novo Código Civil é justamente, a existência de um capítulo próprio destinado aos direitos da personalidade”⁴

Um grande passo para a proteção dos direitos da personalidade foi dado com o advento da Constituição Federal de 1988, que expressamente a eles se refere no art. 5º, *caput*, e inciso X.⁵

O Código Civil de 2002, ao contrário dos anteriores, disciplina a matéria nos artigos 11 a 21 da Parte Geral. A legislação civil tratou de regular o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, o direito à honra, à imagem e o direito à privacidade. “A inserção dos direitos da personalidade na Parte Geral do Código Civil já representa, por si só, uma admirável evolução em relação ao Código Civil de 1916, carregado de tintas patrimoniais.”⁶

“Esses direitos correspondem, portanto, a diferentes planos em que a pessoa é enfocada, ou seja, em seu desenvolvimento físico e mental e em seus relacionamentos com a coletividade como um todo e com seus núcleos integrantes.”⁷

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa humana capazes de garantir um mínimo necessário e fundamental à uma vida com dignidade.

Adriano de Cupis os classifica em direito à vida e à integridade física, direito às partes separadas do corpo e ao cadáver, direito à liberdade, direito à honra e respeito ao resguardo,

² FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. 10 ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2012. p. 170.

³ FIUZA, César. *Direito Civil*. Curso Completo. 14 ed. Revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.p. 169.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. p. 183.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185.

⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.p. 12.

⁷ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo C. B. *Os direitos da personalidade*. 6. ed./ rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.p. 29.

direito ao segredo, direito à identidade pessoal, direito ao título, direito ao sinal figurativo e o direito moral do autor.⁸

Diante dessa afirmação, é imprescindível a análise de suas características que os diferenciam no arcabouço jurídico.

A primeira característica dos direitos da personalidade é a sua relativa indisponibilidade. A relativa indisponibilidade decorre do fato de que é possível ao titular ceder o exercício de alguns direitos de personalidade e não a sua titularidade. “É o exemplo do direito à imagem, que pode ser cedida, onerosa ou gratuitamente durante determinado lapso temporal.”⁹

Não é permitido ao titular desses direitos dispor de forma permanente e ilimitada assim como aponta o Enunciado 4, da I Jornada de Direito Civil ao estabelecer que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.” A característica da indisponibilidade relativa dos direitos da personalidade foi muito bem analisada no emblemático “Caso de Arremesso de Anões”.

O famoso caso de arremesso de anões (*dwarf tossing* ou *dwarf throwing*) em inglês ou (*lancer de nains*) em francês é um exemplo do limite de disposição dos direitos da personalidade.

A situação ocorreu em uma cidade Francesa chamada *Morsang-sur-Orge* na qual existia uma brincadeira ou esporte, para alguns, em que anões, vestindo roupas de proteção, eram arremessados à mão livre ou através de canhões de pressão em direção a um tapete acolchoado, vencendo aquele que conseguisse lançar o anão à maior distância possível.

A Prefeitura do referido município, utilizando-se de seu poder de polícia, entendeu por bem interditar o bar onde era praticado o referido arremesso de anões, argumentando que aquela atividade violava a ordem pública, pois era contrária à dignidade da pessoa humana. Não se conformando com a decisão do Poder Público, o próprio anão (Sr. Wackenheim) em litisconsórcio com os organizadores do evento, questionaram a interdição e afirmaram que necessitavam daquele trabalho para a sua sobrevivência. O anão argumentou que o direito ao trabalho e à livre iniciativa também seriam valores protegidos pelo direito francês e, portanto, tinha o direito de decidir como ganhar sua própria vida.

⁸ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.p. 18.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. 10 ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2012. p. 177.

Em outubro de 1995, o Conselho de Estado Francês, órgão máximo da jurisdição administrativa daquele país, decidiu, em grau de recurso, que o Poder Público Municipal estaria autorizado a interditar o estabelecimento comercial que explorasse o arremesso de anão, pois aquele espetáculo seria atentatório à dignidade da pessoa humana além de violar a ordem pública, reconheceu também, que o respeito à dignidade humana, conceito absoluto que é não poderia cercar-se de quaisquer concessões em função de apreciações subjetivas que cada um possa ter a seu respeito, (*Assemblée. - Req. n° 136727 - Mlle Laigneau, rapp. ; M. Frydman, c. dug. ; Mes Baraduc-Bénabent, Bertrand, av.*)¹⁰

Ainda assim, o Sr. Wackenheim, mais uma vez, inconformado com a decisão, recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), alegando que a decisão seria discriminatória e violava o seu direito ao trabalho.

Em setembro de 2002, o Comitê de Direitos Humanos da ONU confirmou a decisão do Conselho de Estado Francês, reconhecendo que o lançamento de anão violaria a dignidade da pessoa humana e, portanto, deveria realmente ser proibido.

O art. 11 do Código Civil preceitua que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Desse modo, também é característica dessa categoria de direitos a intransmissibilidade. A personalidade da pessoa humana extingue-se com morte de seu titular, já que os direitos da personalidade são vitalícios, outra característica apontada pela doutrina.

Insta ressaltar o que dispõe o art. 12 do Código Civil:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

¹⁰ Ver íntegra da Decisão do caso registrada sob (*Assemblée. - Req. n° 136727 - Mlle Laigneau, rapp. ; M. Frydman, c. dug. ; Mes Baraduc-Bénabent, Bertrand, av.*). Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/anao.pdf> acesso em 25 de abril de 2013

Apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que o parágrafo único do artigo mencionado refere-se aos lesados indiretos que estão legitimados a reclamar em nome próprio, a proteção de seus direitos de personalidade, com base na violação da personalidade de cônjuge ou companheiro falecido, bem como de seus parentes mortos, em linha reta ou colateral até quarto grau.¹¹

Nessa hipótese, o dano ocorre depois da morte, já que o falecido não tem mais personalidade, por isso são designados lesados indiretos.

Os direitos da personalidade também são absolutos, ou seja, são oponíveis *erga omnes*, pois, todos devem abster-se de violá-los.

Os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, isto é, não podem ser apreciados economicamente, pois são valores existenciais da pessoa humana, *extra commercium*, todavia a violação à esses direitos dá ensejo à possibilidade de reparação pecuniária como forma, por exemplo, de compensar um eventual prejuízo ou dano ao seu portador.

Também possuem a característica da impenhorabilidade, não podendo sofrer ato de constrição judicial, a penhora, em qualquer hipótese.

Além das características apontadas, pode-se também elencar a imprescritibilidade como um aspecto relevante desses direitos. O tempo não impede que o lesado em um direito da personalidade cesse a violação em qualquer momento da sua vida já que não existe prazo extintivo, todavia, há que se ressaltar que a pretensão indenizatória pelo dano sofrido tem o prazo de prescricional de 3 anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código.

São duas situações distintas, ou seja, na primeira hipótese o lesado em um direito da personalidade, pode a qualquer momento da sua vida fazer cessar essa lesão já que são imprescritíveis, entretanto, se quiser a reparação financeira, aspecto patrimonial desse direito, deverá ajuizar a ação no prazo estipulado na lei, sob pena de prescrição.

Apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que o STJ vem entendendo as ações de reparação por danos causados na prisão ou tortura durante o regime militar, como imprescritíveis.¹²

Por fim, é importante ressaltar que o rol apresentado nos artigos 11 a 21 do Código Civil é meramente exemplificativo já que o referido diploma legal, ainda que tenha dispensado

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*.p. 180.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*.p. 179.

elogiável tratamento da matéria, disciplinou de forma tímida e insuficiente um assunto de tamanha envergadura e importância na atualidade.

Vários aspectos importantes dos direitos da personalidade não foram abordados pelo atual Código Civil, temas como reprodução assistida, gestação em útero alheio, dentre outros.

2 BIOÉTICA E BIODIREITO

Dentro dessas novas perspectivas que se acortinam para os operadores do direito na atualidade, o que seriam os termos Bioética e Biodireito?

De acordo com Maria Helena Diniz, a Bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só de problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas, mas também a vários aspectos das pesquisas em seres humanos, como, por exemplo, a clonagem, mudança de sexo, esterilização, eugenia, eutanásia, dentre outros.¹³

Francisco Amaral define a Bioética como “a disciplina que examina e discute os aspectos éticos relacionados com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina, indicando os caminhos e os modos de respeitar os valores da pessoa humana.”¹⁴

O termo Bioética foi empregado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, da universidade de Winsconsin, em Madison. Na sua obra *Bioethics: Bridge to the future*, publicada em 1971.¹⁵

A bioética abarca a macrobioética, que trata de questões ecológicas, em busca da preservação da vida humana, e a microbioética, que cuida das relações entre médico e paciente, instituições de saúde públicas ou privadas e entre estas instituições e os profissionais da saúde.¹⁶

Seu estudo ultrapassa a área da medicina abrangendo a sociologia, a biologia, a antropologia, a psicologia, a ecologia, a teologia, a filosofia, dentre outros.

¹³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 5 ed. Revista e atualiza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 10-11.

¹⁴ AMARAL, Francisco. *O poder das Ciências Biomédicas: Os direitos humanos como limite. A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz - Fundação Oswaldo Cruz, 1999. p. 36.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 5 ed. Revista e atualiza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 9.

¹⁶ SEGRE, Marco. Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia. *Bioética*,1995.p.22.

Todavia, para o direito, as normas e princípios da bioética não são coercitivos, é necessário que o direito regulamente atitudes lícitas, definindo seus contornos com base no princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo regras e limites à investigação.¹⁷

Daí surge então o Biodireito que nada mais é do que a normatização jurídica de permissões de comportamentos médico-científicos, e de sanções pelo descumprimento destas normas. “Biodireito e bioética são ordens normativas, e, como tais, têm caráter prescritivo. A distinção, todavia, está na forma de abordagem e na força cogente.” A sanção ética ou é interna ou é social, uma reprovação da comunidade, já o direito dispõe de meios coercitivos e sua a força institucional para exigir o cumprimento de suas prescrições.¹⁸

Segundo os autores Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, o Biodireito é uma disciplina incipiente no universo jurídico e ainda não ocupou seu devido lugar nos currículos das universidades e faculdades brasileiras, nem na própria dogmática.¹⁹

3 O DIREITO À MORTE DIGNA

O primeiro assunto que envolve o debate entre os conceitos de direitos da personalidade e biodireito é a discussão sobre a proteção da própria vida do ser humano. Ela é pressuposto lógico de existência de qualquer ser vivo, e desse modo merece proteção do ordenamento jurídico.

Os avanços tecnológicos dos últimos anos trouxeram um fato novo e curioso no campo científico. Hoje a medicina possui um grande poder de intervenção sobre a vida e morte das pessoas. A morte faz parte da vida e da existência de todos os seres humanos e, mesmo assim, as pessoas de um modo geral não estão preparadas a enfrentá-la, seja pela cultura, religião, filosofia, ou qualquer outro aspecto do conhecimento humano. Pensar na finitude da vida é um dos aspectos mais delicados da sociedade.

O direito à vida é garantido constitucionalmente em seu art. 5º, como um pressuposto lógico de existência do próprio ser humano. Desse modo, a Carta Magna brasileira dedica proteção especial à vida, como direito fundamental.

¹⁷ LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao Biodireito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 7.

¹⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 10.

¹⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. p. 3.

Diante desses aspectos, algumas discussões têm pontuado o direito ultimamente. Teria o paciente, no limite de sua autonomia privada, a possibilidade de escolher procedimentos ou a ausência deles nos momentos finais?

Antes de uma possível resposta à essa questão, é importante definir alguns conceitos relevantes sobre o assunto.

Em primeiro lugar, é fundamental a definição do termo Eutanásia. O termo foi criado no Século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon e deriva do grego *eu* (boa), *thanatos* (morte), podendo ser traduzido como “boa morte”. É relevante apontar que a morte nem sempre foi tratada da forma que é tratada atualmente.

Os espartanos arremessavam os idosos e recém-nascidos deformados do alto do Monte Taijeto, em Atenas, o Senado determinava a eliminação de anciãos doentes, ministrando-lhes veneno.

Na Índia, lançavam ao Ganges os incuráveis, mas antes vedavam-lhes a boca e a narina com lama sagrada. Os povos nômades das regiões rurais da América do Sul, para evitar que ancião, ou enfermo sofresse ataque de animais, matavam-no.²⁰

Vários são os exemplos do tratamento dispensado à morte, em diversas épocas e culturas da humanidade. O fim da vida é a única certeza que o ser humano carrega desde o seu nascimento, mas sempre tem imensa dificuldade em lhe dar com o inevitável.

A distanásia é a prática pela qual se prolonga, ao máximo, a vida de um enfermo incurável. Na distanásia, busca-se preservar a vida a qualquer custo, empregando-se para isto, todos os meios disponíveis na medicina, tanto os meios ordinários quanto os extraordinários inúteis, já que não proporcionam mais nenhum benefício ao paciente, a não ser o prolongamento da sua vida.

Maria Helena Diniz explica o conceito de distanásia nos seguintes termos:

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (*L'acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medical futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é a morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um doente terminal ou tratamento inútil.²¹

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito. op. cit.* p. 360-361.

²¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito.* p. 373.

A mistanásia ou eutanásia social é conhecida como morte miserável, antes da hora e nada tem de boa. Na categoria de mistanásia, percebe-se três situações distintas: primeiro, a grande quantidade de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornarem vítimas de erro médico e; terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana.²²

Ainda aponta Maria Helena Diniz a denominada ortotanásia ou eutanásia passiva, esta seria a eutanásia por omissão, consistente no ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou suspendam meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível.²³

A Holanda, em 1º de Abril de 2002, aprovou legislação específica sobre o tema, mas a prática da eutanásia já era bastante tolerada pela justiça se feita a pedido do paciente em estado terminal, atestado por dois médicos.

No Brasil, o Código Penal possibilita a redução da pena de 1/6 a 1/3, se o homicídio for cometido por relevante valor social ou moral, art. 121,§ 1º, além disso, prevê o referido Código, as figuras do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, art. 122, e o crime de omissão de socorro, art. 135.

O novo projeto de Código Penal em trâmite nas casas legislativas brasileiras, levanta abordagens sobre a eutanásia e a ortotanásia. O projeto prevê atenuantes no caso de eutanásia e a descriminalização da ortotanásia, considerados avanços positivos pelo Conselho Federal de Medicina.

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução n. 1.805 que permitia ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolongassem a vida do paciente em fase terminal, acometido por enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. Todavia a referida resolução foi questionada judicialmente pelo Ministério Público Federal através de Ação Civil Pública por entender tratar-se tal prática de homicídio por omissão e não exercício regular da medicina.

²² MARTIN, Leonard Michael. Eutanásia e distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. P. 172.

²³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. p. 365.

Percebe-se que a discussão do tema é extremamente polêmica, pois aspectos extrajurídicos estão envolvidos no debate.

O relevante é que o assunto tem sido alvo de amplo debate na sociedade e principalmente no meio jurídico, pois até o cinema começou a tratar da questão nos últimos anos. Pode-se apresentar como exemplos o filme “Uma Prova de Amor” (*My Sister’s Keeper*), dos Estados Unidos, 2009, baseado no romance de Jodi Picoult, que aborda questões polêmicas como direito ao próprio corpo, manipulação genética de embriões, eutanásia, dentre outros. O referido filme é bastante usado nos cursos de direito e já foi até alvo de um artigo científico.²⁴

Também aponta-se o filme “Mar Adentro” (Mar Adentro) Espanha, 2004 e “Dr. Morte” (*You Don’t know Jack*), Estados Unidos, 2009. O primeiro, baseado em fatos reais aborda o drama vivido por Ramon Sampedro, um espanhol tetraplégico que solicitou a justiça espanhola o direito de morrer que não foi concedido. Com o auxílio de alguns amigos planejou a sua morte de maneira a não incriminar os mesmos. Ele gravou um vídeo de seus últimos minutos que teve repercussão mundial. Uma das amigas de Ramón Sampedro foi incriminada pela polícia como sendo a responsável pelo homicídio. Um movimento internacional de pessoas enviou cartas “confessando o mesmo crime”. A justiça, alegando impossibilidade de levantar todas as evidências, acabou arquivando o processo.

O segundo filme, conta a história do Dr. Jack Kervokian, conhecido como “Dr. Morte”, por ter participado e auxiliado mais de 130 doentes terminais a cometerem suicídio, sendo que um deles foi filmado e transmitido pela TV.²⁵

Os debates acerca de tão relevante tema são acalorados e torna-se impossível permanece-se neutro acerca de um assunto que atinge a todos.

Diante desses questionamentos, o Conselho Federal de Medicina publicou no dia 09 de agosto de 2012, a Resolução n. 1995 que dispõe sobre as diretrizes antecipadas de vontade, também conhecida como *living will* ou testamento vital.

²⁴ Ver: VIEIRA, Teresa Rodrigues. BARQUET, Jesús J. Emancipação Terapêutica e reflexões Bioéticas no Filme uma prova de amor e no Romance *My Sister’s Keeper*. In: LIMA, Taísa M. M.; SÁ, Maria de Fátima F. de; MOUREIRA, Diogo L. (Org). *Direitos e fundamentos entre a vida e a arte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 249-265.

²⁵ O Dr. Morte faleceu no dia 03.06.2011 e sua morte foi noticiada pela imprensa mundial. Jack Kevorkian, o ‘Doutor Morte’, morre aos 83 anos nos EUA. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/06/jack-kevorkian-o-doutor-morte-morre-aos-83-anos-nos-eua.html>. Acesso em 03 de outubro de 2012.

O testamento vital é um documento em que a pessoa, desde que juridicamente capaz e consciente, declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita caso se encontre em estado terminal irreversível. O instrumento permite ao paciente registrar, por exemplo, a vontade de, em caso de agravamento do quadro de saúde, não ser mantido vivo com a ajuda de aparelhos, nem submetido a procedimentos invasivos ou dolorosos. Nos países onde existe, o testamento vital tem respaldo legal e deve ser observado pelos profissionais de saúde; o documento recebe a assinatura de testemunhas e é elaborado enquanto o paciente ainda está consciente. O testamento também tem caráter de procuração: por meio dele, o interessado pode indicar uma pessoa de sua confiança para tomar decisões sobre os rumos do tratamento a que será submetido a partir do momento em que não tiver condições de fazer escolhas.

A Resolução n. 1995/2012 apresenta como fundamentos a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente e alerta que na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais e que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios.

Nesse sentido é o posicionamento do Conselho Federal de Medicina, senão vejamos:

Para o presidente do CFM, Roberto Luiz d'Avila, a diretiva antecipada de vontade é um avanço na relação médico-paciente. Segundo ele, esse procedimento está diretamente relacionado à possibilidade da ortotanásia (morte sem sofrimento), prática validada pelo CFM na Resolução 1.805/2006, cujo questionamento sobre sua legalidade foi julgado improcedente pela Justiça.

A existência dessa possibilidade não configura eutanásia, palavra que define a abreviação da vida ou morte por vontade do próprio doente, pois é crime. “Com a diretiva antecipada de vontade, o médico atenderá ao desejo de seu paciente. Será respeitada sua vontade em situações com que o emprego de meios artificiais, desproporcionais, fúteis e inúteis, para o prolongamento da vida, não se justifica eticamente, no entanto, isso deve acontecer sempre dentro de um contexto de terminalidade da vida”, ressaltou.²⁶

²⁶ Conselho Federal de Medicina. *Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos podem ser submetidos no fim da vida*. “No Brasil estudo realizado, em 2011, pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, mostrou que um alto índice de adesão à possibilidade de cada pessoa estabelecer sua diretiva antecipada de vontade. Após ouvir médicos, advogados e estudantes apontou que 61% dos entrevistados levariam em consideração o desejo expresso pelos pacientes. Pesquisas realizadas no exterior apontam que em outros países, aproximadamente 90% dos médicos atenderiam às vontades antecipadas do paciente no momento em que este se encontra incapaz para participar da decisão. A compreensão da sociedade e dos profissionais, no entendimento do CFM, coaduna com a percepção de que os avanços científicos e

Dessa forma, essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo através das chamadas diretrizes antecipadas de vontade.

Diante desses argumentos merece destaque o texto da referida resolução, que assim dispõe:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho

tecnológicos têm que ser empregados de forma adequada, sem exageros. Para o Conselho Federal, as descobertas e equipamentos devem proporcionar melhoria das condições de vida e de saúde do paciente. “Essas novidades não põem ser entendidas como um fim em si mesmo. A tecnologia não se justifica quando é utilizada apenas para prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano, também entendida como o direito a ter uma morte digna”, afirmou Roberto d’Avila. Experiência mundial - A possibilidade de registro e obediência às diretivas antecipadas de vontade já existem em vários países, como Espanha e Holanda. Em Portugal, uma lei federal entrou em vigor neste mês de agosto autorizando o que chamam de “morte digna”. Na Argentina, lei que trata desse tema existe há três anos. Nos Estados Unidos esse documento tem valor legal, tendo surgido com o *Natural Death Act*, no Estado da Califórnia, em 1970. Exige-se que seja assinado por pessoa maior e capaz, na presença de duas testemunhas, sendo que a produção de seus efeitos se inicia após 14 dias da sua lavratura. É revogável a qualquer tempo, e possui uma validade limitada no tempo (cerca de 5 anos), devendo o estado terminal ser atestado por 2 médicos. Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3. Acesso em 15 de outubro de 2012.

Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.
Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Percebe-se que o texto da resolução permite ao paciente elaborar suas diretrizes antecipadas de vontade e estabelecer a quais os procedimentos deva ser submetido em caso de doença terminal, a chamada ortotanásia.

O assunto tomou tamanha proporção que foi tema de capa da Revista Veja, de 12 de setembro de 2012, intitulada “Eu decido meu fim”. A referida reportagem traz um trecho de um testamento vital de uma médica geriatra, Ana Claudia Arantes, de 44 anos, que testemunha regularmente o óbito de pacientes em sua rotina profissional.

Nesse sentido, merece destaque o referido trecho:

Eu, Ana Cláudia Arantes, diante de uma situação de doença grave em progressão e fora de possibilidade de reversão, apresento minhas diretrizes antecipadas de cuidados à vida. Se chegar a padecer de alguma enfermidade manifestamente incurável, que me cause sofrimento ou me torne incapaz para uma vida racional e autônoma, faço constar, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, que aceito a terminalidade da vida e repudio qualquer intervenção extraordinária, inútil ou fútil. Ou seja, qualquer ação médica pela qual os benefícios sejam nulos ou demasiadamente pequenos e não superem os seus potenciais malefícios. As diretrizes incluem os devidos cuidados: admito ir para UTI somente se tiver alguma chance de sair em menos de uma semana; não aceito que me alimentem à força. Se não puder demonstrar vontade de comer, recuo qualquer procedimento de suporte à alimentação; não quero ser reanimada no caso de parada respiratória ou cardíaca.²⁷

A reportagem ainda aponta que o referido testamento vital dessa profissional da saúde aborda outros aspectos mais humanos desse momento.

Quero um beijo de boa-noite e de bom-dia. Sei que meu corpo pode estar frágil e muito diferente de mim, mas, acreditem, estarei nele; quero tomar banho todos os dias, com água quente. Quero privacidade. Que as portas do quarto e as janelas estejam fechadas: Ninguém deverá sentir pena de mim. Ao contrário, ao me verem, as pessoas não de dizem: que sorte morrer assim.

²⁷ LOPES, Adriana Dias; CUMINALE, Natalia. *O Direito de Escolher*. Revista Veja. São Paulo, 12 de setembro de 2012. Edição 2286. Ano 45. N. 37. Especial, p. 99.

É importante ressaltar que o Novo Código de Ética Médica, em vigor desde abril de 2010, já explicitou que é vedado ao médico abreviar a vida, ainda que a pedido do paciente ou de seu representante legal (eutanásia), mas, atento ao compromisso humanitário e ético, o Código também prevê que nos casos de doença incurável, de situações clínicas irreversíveis e terminais, cabe ao médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis e apropriados.²⁸

No dia 05 de setembro de 2012 representantes do Conselho Federal de Medicina (CFM) e da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) reuniram-se para tratar da Resolução CFM 1.995/12. Na reunião, os representantes das entidades ratificaram a importância de afirmar para a sociedade a diferença entre a eutanásia, que é crime e considerada antiética pelos médicos, e a ortotanásia, que recebe apoio da comunidade médica.²⁹

A ortotanásia, abordada no Código de Ética e na Resolução CFM 1.805/06, desaconselha ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas em casos de doença incurável e terminal, já a eutanásia, por sua vez, é o aceleração do processo de morte por meios artificiais, por ação omissiva ou comissiva.

Os critérios a respeito da aceitação desses novos instrumentos dependerão não só das leis, mas também da aceitação social e científica. “Logo nem tudo que é cientificamente possível é moral ou juridicamente admissível.”³⁰

²⁸ Juramento de Hipócrates: “No momento de ser admitido entre os membros da profissão médica, tomo o compromisso solene de consagrar a minha vida ao serviço da humanidade. Mantereirei perante os meus mestres o respeito e o reconhecimento que lhes são devidos. Exercerei a minha arte com consciência e dignidade. Considerarei a saúde do meu doente como primeira preocupação. Respeitarei o segredo que me foi confiado. Mantereirei com toda possibilidade dos meios que disponha a honra e as nobres tradições da profissão médica. Os meus colegas serão meus irmãos. Não permitirei que considerações de religião, de nação de raça, partido social venham interpor-se entre o meu dever e o meu doente. Guardarei respeito absoluto pela vida humana desde a concepção, mesmo perante ameaças não admitirei fazer uso de meus conhecimentos médicos contra as leis da humanidade. Faço solenemente estas promessas, livremente, sob palavra de honra”.

²⁹ Conselho Federal de Medicina. *CFM e CNBB discutem nova resolução sobre terminalidade*. Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23210:cfm-e-cnbb-discutem-nova-resolucao-sobre-terminalidade&catid=3 Acesso em 12 de outubro de 2012.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. op.cit.p. 394.

4 A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Outro ponto polêmico que envolve a discussão sobre o direito da personalidade, integridade física e o biodireito, é a questão da cirurgia de transgenitalização.

As questões relacionadas à sexualidade sempre foram tabus na sociedade e ponto de divergências entre culturas e religiões. O protótipo do indivíduo normal é aquele que possui o sexo biológico em harmonia com o sexo psíquico. As discussões sobre o transexualismo surgem exatamente dessa desarmonia, entre sexo biológico e “sexo da alma.”

É importante apontar as diferenças entre alguns conceitos básicos da sexualidade. “Por intersexualismo entende-se o desequilíbrio entre os diversos fatores responsáveis pela determinação do sexo, levando a uma ambiguidade biológica.”³¹

O homossexualismo é a prática de atos sexuais entre indivíduos do mesmo sexo, enquanto que o bissexualismo caracteriza-se por prática sexual com ambos os sexos. Os travestis são pessoas que gostam de se vestir com roupas do sexo oposto, geralmente homossexuais. Atualmente pode-se falar também em *cross-dressing*, termo derivado dos inglês que designa, ao pé da letra, vestir-se ao contrário. São aquelas pessoas que se vestem com roupa e acessórios do sexo oposto, mas sem necessariamente terem algum desvio de comportamento sexual.

No Brasil existe um cartunista famoso, Laerte Coutinho, que publica suas tiras em quatro jornais brasileiros, inclusive na Folha de São Paulo que é adepto do *cross-dressing*.³²

O Transexualismo refere-se à condição do indivíduo que possui uma identidade de gênero diferente da própria anatomia. Segundo a Resolução n. 1955/10 do CFM, o transexual é o paciente portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio. Afirma que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais

³¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. p. 255.

³² *Cartunista vai à justiça para ter direito de usar banheiro feminino*. Em uma noite de terça, uma senhora entra no banheiro feminino da Real Pizzaria e Lanchonete, na zona oeste de São Paulo. Ela veste uma minissaia jeans, uma blusa feminina listrada, meia-calça e sandália. Momentos depois, é proibida de voltar ao banheiro pelo dono do estabelecimento. Motivo: uma cliente, com a filha de dez anos, reconheceu na senhora o cartunista da Folha Laerte Coutinho, 60, que se veste de mulher há três anos. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1040192-cartunista-vai-a-justica-para-ter-direito-de-usar-banheiro-feminino.shtml> - Folha de São Paulo de 27.01.2012.

secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal brasileiro, haja vista que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico. Aponta ainda, a referida Resolução que o diagnóstico de transexualismo deve apresentar os critérios mínimos de: desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente, por no mínimo dois anos e ausência de outros transtornos mentais.

O transexual sente que nasceu no corpo errado por isso recusa a sua situação, a Organização Mundial de Saúde (OMS) reconhece o transexualismo como uma patologia médica.

O Enunciado 276 da IV Jornada de Direito Civil dispõe o seguinte:

276 - Art.13. O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

A interpretação constitucional do art. 13 do Código Civil conduz ao entendimento de que a cirurgia de mudança de sexo é procedimento autorizado nos termos do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Carta Magna Brasileira.

Diante desse entendimento, é importante ressaltar os principais aspectos dessa cirurgia destacados no texto da Resolução n. 1955/10.

A seleção dos pacientes para se submeterem à cirurgia de transexualismo obedecerá a avaliação de uma equipe multidisciplinar composta de médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social.³³

³³ *Tailândia vira referência para cirurgias de troca de sexo no mundo.* A estimativa é de que quase 200 mil tailandeses já passaram por cirurgias para trocar de sexo. São tantos na Tailândia, que ganharam um apelido: os 'Lady boys', algo como os 'Meninos donzelas'. O outro motivo é mais dramático: a Tailândia é um dos principais destinos do chamado turismo sexual. Em algumas ruas de Bangcoc, onde evidentemente câmeras não são bem-vindas, a oferta de sexo é farta. Com tantos turistas dispostos a pagar por sexo, virar mulher pode ser uma opção para rapazes que querem fugir da pobreza. O Hospital Kamol é a maior referência do mundo na cirurgia de troca de sexo. Apesar do país ter criado leis mais duras, que proíbem, por exemplo, a operação em menores de idade, a Tailândia é o país onde é mais barato, rápido e fácil trocar de sexo. Programa Fantástico, edição do dia 05.08.2012. Disponível em: <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1681514-15605,00-TAILANDIA+VIRA+REFERENCIA+PARA+CIRURGIAS+DE+TROCA+DE+SEXO+NO+MUNDO.html> - Acesso em 05 de outubro de 2012.

Esse paciente tem que ser maior de 21 anos de idade, e terá o acompanhamento da equipe por no mínimo 2 anos. Caso seja diagnosticado o transgenitalismo, o paciente só será operado se suas características físicas e anatômicas forem apropriadas para a cirurgia.

Além disso, o tratamento do transgenitalismo deve ser realizado apenas em estabelecimentos que contemplem integralmente os pré-requisitos estabelecidos nesta resolução, bem como a equipe multidisciplinar estabelecida na mesma. O corpo clínico destes hospitais, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina, deve ter em sua constituição os profissionais previstos na equipe multidisciplinar citada no artigo 4º, aos quais caberá o diagnóstico e a indicação terapêutica. Em qualquer ocasião, a falta de um dos membros da equipe ensejará a paralisação de permissão para a execução dos tratamentos.

Existem dois procedimentos básicos, as cirurgias para adequação do fenótipo feminino para masculino (neocolpovulvoplastias) e as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino (neofaloplastias) que possui uma dificuldade técnica maior na obtenção de bons resultados, tanto no aspecto estético quanto funcional.

Ambas independem de autorização judicial e hoje são inclusive custeadas pelo SUS, Sistema Único de Saúde, através da Portaria n. 1.707 de 2008.

Afirma a referida Portaria que a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais os direitos à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade, além disso, a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, instituída pela Portaria nº 675/GM, de 31 de março de 2006, menciona, explicitamente, o direito ao atendimento humanizado e livre de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero a todos os usuários do Sistema Único de Saúde.

Segundo Maria Helena Diniz, os procedimentos de transgenitalização podem ocorrer da seguinte forma:

- a) Extirpação dos testículos ou seu ocultamento no abdômen, aproveitando-se parte da pele do escroto para formar os grandes lábios; b) amputação do pênis, mantendo-se partes mucosas da glande e do prepúcio para a formação do clitóris e dos pequenos lábios com sensibilidade erógena; c) formação de vagina, forrada, em certos casos, com a pele do pênis amputado; e d) desenvolvimento das mamas pela administração de silicone ou estrógeno. A mudança do sexo

masculino para o feminino está aperfeiçoada, podendo até mesmo não causar suspeita no parceiro sexual. Já a conversão da aparência genital feminina para é muito problemática, porque a formação de pênis funcional é quase impossível, e, além disso, a cirurgia é complexa, uma vez que requer: a) ablação dos lábios da vulva sem eliminação do clitóris; b) fechamento da vagina; c) histerectomia, ou seja, ablação do útero; d) Ovariectomia, para fazer desaparecer a menstruação, se o tratamento com testosterona não a eliminar; e) elaboração de escroto com grande lábios, com bolinhas de silicone, o que torna os testículos insensíveis sexualmente; f) faloneoplastia, ou seja, construção do neopênis, com retalho abdominal, que reveste o pênis, e com uso de uma prótese de silicone, transferindo-se alguns nervos, para que possa haver semi-ereção.

O transexual ainda pode ter que passar por uma série de cirurgias e procedimentos para se chegar a um aspecto adequado ao desejado. Cirurgias plásticas para alteração do nariz, maçãs do rosto, ablação do pomo de adão, operação foniátrica para aumentar a voz em um oitavo, tratamentos hormonais e estéticos, além de acompanhamento psicológico.

Depois de todo esse longo caminho percorrido os transexuais ainda enfrentavam uma certa resistência no poder judiciário brasileiro com relação à sua redesignação sexual. De nada adiantaria a uma pessoa que se submeteu a um tratamento tão longo e penoso em busca da sua felicidade se ao final do mesmo continuasse sendo identificada pelo nome e sexo de batismo.

Roberta Close ou Roberta Gambine Moreira talvez seja o caso mais emblemático dessa situação aqui no país. Nascida com o nome de Luis Roberto Gambine Moreira, depois de uma cirurgia de transgenitalização realizada na Inglaterra em 1989, teve seu nome e estado sexual alterados em 10 de março de 2005, pela 9ª Vara de Família do Estado do Rio de Janeiro, depois de muitos anos de brigas judiciais.

Hoje, o pedido deve ser feito através de um procedimento especial de jurisdição voluntária, nas Varas de família, por se tratar de verdadeira alteração do estado da pessoa, com acompanhamento do Ministério Público como *custus legis*. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se posicionar sobre o assunto e o acórdão da decisão é uma verdadeira aula, senão vejamos:

Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. - Sob a perspectiva dos princípios da Bioética - de beneficência, autonomia e justiça -, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e

foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana - cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. - Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana. - A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. - Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente. - Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. - Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73. - Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um

desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. - Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna. - De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido. (STJ - 3ª T. REsp 1008398/SP - Rel Min. Nancy Andrighi - j. 15.10.09 - DJU 18.11.09)

Atualmente, o entendimento que prevalece é o de que o transexual tem direito a redesignação sexual e mudança de nome sem qualquer referência ao *status* anterior.

Tramita no Congresso Nacional um projeto de Lei PL-70B, de autoria do deputado José Coimbra que estabelece critérios sobre a cirurgia de transgenitalização e as questões relacionadas ao registro civil dessas pessoas.

5 A TRANSFUÇÃO DE SANGUE E OS SEGUIDORES DA RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E DA SEITA *CHRISTIAN SCIENCE*

Tema que tem ganhado atenção nos últimos debates relacionados ao biodireito é a discussão acerca da possibilidade ou não de recusar tratamentos médicos por opção religiosa ou filosófica, a chamada objeção de consciência.

Dispõe o art. 15 do Código Civil que ninguém pode ser compelido a submeter-se a tratamento médico de risco. Tal artigo consagra o princípio da autonomia no paciente, sendo dever do profissional da medicina atuar com o consentimento e autorização dos mesmos. É o que a doutrina chama de consentimento informado ou esclarecido que nada mais é do que a obrigação ética do médico (Capítulo, IV, art. 22 do Código de Ética Médica) de expor ao paciente

todos os riscos, benefícios e complicações presentes em um determinado tratamento médico para que o paciente possa, com base no princípio da autonomia privada, determinar aquilo que seja melhor para sua situação.

O médico precisa fornecer ao paciente todas as informações necessárias para que o mesmo tome uma decisão, assim como deve informar sobre as consequências da decisão tomada pelo paciente. Tal atitude requer esforço por parte do profissional da saúde que precisa dispor de tempo, paciência e conhecimento para esclarecer sobre diagnóstico, prognóstico e tratamento, em uma linguagem simples, para ter certeza de que foi entendido. Todas as dúvidas do paciente devem ser esclarecidas, bem como o propósito da realização de exames, cirurgias e medicamentos. Um paciente adulto mentalmente sadio, com tais informações, possui o direito de dar ou não consentimento para qualquer diagnóstico ou tratamento, mesmo quando a recusa redundar em seu próprio prejuízo.

A pergunta que se faz é, seria possível alguém se recusar, com risco de morte, determinado tratamento médico?

O exemplo emblemático que se tem atualmente é o dos seguidores da religião de Testemunhas de Jeová que se recusam a receber transfusão de sangue com base na interpretação de alguns trechos bíblicos e por entenderem que o sangue é sagrado:

Gênesis 9:3-5

Tudo o que se move e vive vos servirá de alimento; eu vos dou tudo isto, como vos dei a erva verde. Somente não comereis carne com a sua alma, com seu sangue. Eu pedirei conta de vosso sangue, por causa de vossas almas, a todo animal; e ao homem que matar o seu irmão, pedirei conta da alma do homem

Levítico 7:26, 27

E não deveis comer nenhum sangue em qualquer dos lugares em que morardes, quer seja de ave quer de animal. Toda alma que comer qualquer sangue, esta alma terá de ser decepada do seu povo.

Levítico 17:10, 11

Se alguém da casa de Israel, ou dos estrangeiros que residirem entre eles, tomar qualquer sangue, eu porei a Minha face contra a pessoa que toma o sangue, e a cortarei de entre seus parentes. Pois a vida da carne está no sangue.

Levítico 17:13, 14

Ele deve derramar o seu sangue e cobri-lo de terra. Não deveis tomar o sangue de carne alguma, pois a vida de toda carne é o seu sangue. Qualquer pessoa que tomar dele será cortada."

Atos dos Apóstolos 15:28, 29

O Espírito Santo e nós próprios resolvemos não vos impor outras obrigações além destas, que são indispensáveis: abster-vos de carnes imoladas a ídolos, do sangue, de carnes sufocadas e da imoralidade. Procederei bem, abstendo-vos destas coisas.

Atos 21:25

Quanto aos crentes dentre as nações, já avisamos, dando a nossa decisão, de que se guardem do que é sacrificado a ídolos, bem como do sangue e do estrangulado, e da fornicação.

Esses são alguns trechos em que o sangue é considerado precioso, símbolo da própria vida. A Bíblia contém várias outras referências ao sangue e ao seu simbolismo, dados que os Testemunhas de Jeová consideram muito significativo para a sua fundamentação. Pode-se ainda afirmar que o sangue de um cordeiro foi pintado em cada ombreira das casas israelitas no Egito, o que os poupou dos efeitos mortíferos da décima praga; o sangue de animais era derramado em sacrifício no altar do Templo em Jerusalém, representando a própria vida dos ofertantes; o sangue que Jesus derramou, como sacrifício perfeito, em favor de toda a humanidade e que é representado no cálice de vinho puro usado anualmente na comemoração da sua morte. Esses, dentre outros, são exemplos da importância do elemento sangue nessa crença religiosa.

A seita *Christian Science* (*Church of Christ Scientist*) foi fundada em Boston, em 1879, por Mary Baker Eddy e também não admite a transfusão de sangue com base da objeção de consciência. Os aspectos da objeção dessa seita são ainda mais extensos, pois acreditam que os males podem ser curados pela oração. Os textos centrais da Ciência Cristã são a Bíblia e “Ciência e Saúde com a Chave das Escrituras”, escrito pela fundadora Mary Baker Eddy.

Os adeptos dessa seita acreditam que as doenças são o resultado do medo, da ignorância ou do pecado e devem ser curados através da oração ou introspecção, possuem a crença de que o uso da medicina é incompatível com métodos de cura da Ciência Cristã, isso levou a surtos de doenças evitáveis e a um número elevado de mortes de seus seguidores.

Apesar de muitos entenderem que a vida é um direito ou princípio absoluto e que se sobrepõe a qualquer outro direito ou princípio, a equação não é tão simples quanto parece. “Os princípios podem ser afastados no caso concreto em razão de um princípio preponderante.”³⁴

O direito à liberdade de crença ou a ausência dela é garantido constitucionalmente e é aspecto fundamental do direito da personalidade. As soluções a serem discutidas em relação a esse problema não podem ser estabelecidas de forma apriorística.

³⁴ OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Consumidor-empresário: a defesa do finalismo mitigado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 88.

A doutrina tem apontado dois pontos importantes sobre a objeção de consciência nesses casos: A objeção de consciência de pessoas adultas e a objeção de consciência de incapazes.

Em nosso país, embora a jurisprudência majoritária se posicione em favor do procedimento transfusional forçado, já existem decisões isoladas cuja motivação se harmoniza com o respeito à autonomia privada do paciente.³⁵

Nesse sentido, se o paciente é maior e capaz e está em perfeitas condições de consciência, a doutrina tem entendido que deve prevalecer a vontade do paciente, sendo a escolha pela recusa em se submeter à transfusão de sangue, o médico deve adverti-lo dos riscos.

Outra hipótese apontada é a do paciente maior e capaz mas inconsciente. Aqui vislumbra-se duas situações: Caso exista prova inequívoca da objeção de consciência à transfusão de sangue a vontade do paciente deve ser respeitada segundo alguns juristas, pois o princípio da autonomia privada lhes garante essa prerrogativa. Já na hipótese de paciente maior e capaz, em situação de emergência ou que não haja prova da escolha religiosa feita, a solução pode ser outra, pois o profissional médico, pelo dever de sua profissão tem a obrigação legal e moral de salvar vidas. É o que está disposto na Resolução n. 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina que autorizam os profissionais a realizarem a transfusão independentemente de autorização, quando exista perigo de morte.

Dentro dessa perspectiva, Miguel Kfoury Neto aponta um interessante caso que ocorreu no Estado de Paraná. O médico realizou a transfusão de sangue em uma parturiente, seguidora da religião de Testemunha de Jeová, contra a sua vontade e a de seu marido. Após a alta médica, a paciente começou a sofrer repúdio da sua comunidade e de seu marido, não sendo inclusive admitida mais em casa ou na sua igreja.³⁶

³⁵ PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar. (TJMG AI n. 1915196-21.2007.8.13.0701 (1) Rel. Des. Alberto Vilas Boas - Dje 04.09.2007)

³⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 183.

Já com relação aos incapazes, é dever do Estado proteger seus interesses mesmo contra a vontade dos pais ou responsáveis e nessa perspectiva, não resta alternativa a não ser realizar a transfusão mesmo contra a vontade de seus familiares ou de sua comunidade.

É importante ressaltar que o aspecto religioso, consagrado constitucionalmente não é um dado inato ao ser humano. As pessoas assumem esta ou aquela religião principalmente por elementos culturais dos locais onde vivem ou de suas famílias. Nada impede que uma determinada pessoa ao longo da vida opte por outra religião que passou a conhecer ou admirar. Desse modo, impor a um incapaz preceitos ou deveres assumidos por seus pais ou responsáveis, com o risco de colocar em jogo a sua própria vida, parece ceder diante da proteção dispensada ao incapaz pelo Estado Brasileiro.

CONCLUSÃO

O presente estudo procurou demonstrar, de forma sucinta os pontos de convergência entre os direitos da personalidade e o biodireito, em especial os aspectos relacionados aos direitos da personalidade integridade física e vida. Não é a pretensão deste trabalho esgotar os referidos temas, o que não seria possível no formato de um artigo científico, mas sim, despertar nos operadores do direito os pontos mais polêmicos de assunto tão novo e apaixonante.

Afirmou-se que os direitos da personalidade como proteção integral do ser humano em toda a sua essência são uma construção jurídico-teórica recente. Somente o Código Civil de 2002 tratou do tema nos seus artigos 11 a 21, mas de forma tímida já que a doutrina aponta que muitos dos aspectos relevantes ficaram de fora do diploma civil brasileiro.

Temas como reprodução assistida, gestação em útero alheio e também os assuntos tratados no presente trabalho são, na sua grande maioria, regulamentados por resoluções do Conselho Federal de Medicina o que de certa forma, num primeiro momento causa estranheza já que o Estado brasileiro possui um poder legislativo para tal desiderato.

Vale lembrar que o Código Civil de 1916 foi obra das concepções individualistas e voluntaristas do Séc. XIX e XX cujo conteúdo só começou a se modificar depois da Segunda Guerra Mundial, momento em que o ser humano percebeu-se capaz de atrocidades que remetem às barbáries de séculos menos esclarecidos.

A bioética e o biodireito são respostas éticas e normativas às evoluções tecnológicas da atualidade. Situações como a possibilidade de “mudança de sexo” com métodos avançadíssimos de cirurgia e tratamento, a manutenção da vida por meses ou anos somente por aparelhos e a possibilidade de uma pessoa preferir não se submeter a um tratamento por convicção religiosa ou filosófica são aspectos desse novo campo do saber jurídico.

A evolução da ciência biomédica tem se mostrado bem mais veloz, e os operadores do direito começam a se sentir perplexos diante de tamanhas mudanças.

Com base no preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Carta Constitucional Brasileira, os sujeitos envolvidos nessas novas questões têm a seu dispor uma Carta de direitos condizente com valor da vida digna.

Se esse valor de vida digna é alterar o fenótipo de uma pessoa que se sente no corpo errado, ou permitir que um cidadão escolha como pretende passar seus últimos dias, sem tratamentos paliativos, ou até mesmo possibilitar que uma pessoa tenha a liberdade de escolha religiosa, todos esses questionamentos possuem como ponto de partida e chegada a dignidade da pessoa humana, soluções apriorísticas e acabadas não atendem aos anseios desse mundo pós-moderno da atualidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **O poder das Ciências Biomédicas: Os direitos humanos como limite. A moralidade dos atos científicos.** Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz - Fundação Osvaldo Cruz, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo C. B. **Os direitos da personalidade.** 6. ed./ rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1995, 31 de agosto de 2012.** Dispõe sobre as diretrizes antecipadas de vontade do paciente. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em 15 de out. de 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.021, 26 de setembro de 1980.** Adota os fundamentos do parecer no processo CFM n.º 21/80, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. (DOU, Seção I, parte II, de 22-10-80.). Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021_1980.htm. Acesso em 15 de out. de 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1805, 28 de novembro de 2006.** Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm. Acesso em 15 de out. de 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1955, 03 de setembro de 2010.** Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/2002. (Publicada no Diário Oficial da União; n. 232, 2 dez.2002. Seção 1, p.80/81). Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm. Acesso em 15 de out. de 2012.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 5 ed. Revista e atualiza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** Parte Geral e LINDB. 10 ed. Salvador: Juspodivm. 2012.

FIUZA, César. **Direito Civil.** Curso Completo. 14 ed. Revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, Adriana Dias; CUMINALE, Natalia. O Direito de Escolher. **Revista Veja.** São Paulo, Editora Abril. 12 de setembro de 2012. Edição 2286. Ano 45. N. 37. Especial, p. 99-106.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao Biodireito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTIN, Leonard Michael. Eutanásia e distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). **Iniciação à bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. A Obrigação alimentar dos avós. *In Revista Asa-Palavra.* v. 12. Brumadinho - jan/jul. 2010.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Consumidor-empresário: a defesa do finalismo mitigado**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTR, 2002.

SEGRE, Marco. **Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia**. *Bioética*, 1995.

VIEIRA, Teresa Rodrigues. BARQUET, Jesús J. Emancipação Terapêutica e reflexões Bioéticas no Filme uma prova de amor e no Romance My Sister's Keeper. In: LIMA, Taísa M. M.; SÁ, Maria de Fátima F. de; MOUREIRA, Diogo L. (Org). **Direitos e fundamentos entre a vida e a arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 249-265.

Recebido em: 23.04.2013

Revisões requeridas em: 15.07.2013

Aprovado em: 08.08.2013