

---

**PARA ALÉM DE UMA NOVA PERCEPÇÃO EM SAÚDE: A DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E OS DILEMAS COM O DIREITO À LIBERDADE E À AUTONOMIA DA VONTADE****Janáina Machado Sturza<sup>1</sup>****Karen Cristina Correa de Melo<sup>2</sup>****RESUMO**

Este artigo tem como objetivo demonstrar os dilemas na interlocução entre liberdade e autonomia da vontade frente à disposição do próprio corpo. O problema que orienta a investigação pode ser assim sintetizado: em que medida a sociedade atual, a partir de uma lógica de modernidade e complexidade social, apresenta impasses indicados pelo surgimento de novas biotecnologias, as quais propiciam um aumento na diversificação das possibilidades de disposição do próprio corpo? Para responder a esta indagação, realizou-se um estudo bibliográfico, tendo como método de abordagem o hipotético dedutivo, alicerçado em conceitos de Eligio Resta e Niklas Luhmann. Verificou-se que alguns casos emblemáticos, envolvendo os direitos de liberdade, autonomia da vontade e disposição do corpo, pela dinâmica de ocorrência, beneficiam-se a partir da perspectiva em que o direito tenha um sentido de limite para seu próprio sistema, evocando a dignidade como valor para resguardar possibilidades contingentes a um nível menos paradoxal e mais suportável.

**Palavras-chave:** autonomia da vontade; biotecnologia; direito à saúde; disposição do próprio corpo; liberdade.

**INTRODUÇÃO**

Eligio Resta leciona que o direito vivente, no seu difícil percurso ao longo do tempo, vai sendo constituído pelos parâmetros filosóficos do corpo e da alma, ou *soma* e *psychè*, em que as normas do direito são o corpo ou o político que vai sendo incorporado pela razão ou pela alma - tais dimensões contrapostas vão se conformando e revelando a dinamicidade e a vida que há no direito. O viver diário segue sempre encontrando seus impasses, contratempos ou grandes infortúnios, as novas questões suscitadas pela modernidade vão acabar buscando as soluções no direito.

---

<sup>1</sup> Pós Doutora em Direito pela UNISINOS. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora no curso de graduação em Direito e no curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos, na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Integrante do Grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (certificado pelo CNPq). Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Brasil. E-mail: janasturza@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER, Advogada e Médica formada pela UFRGS. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Brasil. E-mail: mandarparakaren@gmail.com

A rápida evolução da biotecnologia e da experimentação genética, na contemporaneidade, traz questões morais complexas e inéditas à tona sobre os limites da pesquisa, da manipulação genética, da reprodução assistida. Do direito de não nascer, quando a tecnologia detecta que o corpo não será perfeito, ao direito de morrer, se a própria pessoa considera que a sua vida carece de dignidade, são questões que envolvem o que Resta (2008, p. 38-41) chama de “todo esse excesso de vida” a desafiar o direito, sempre naturalmente atrasado às relações sociais que regula.

Questiona-se até que ponto pode haver interferências na autonomia das pessoas e como o direito vivo se acomodará para regulamentar as questões complexas de grande interesse popular que, muitas vezes, reivindicam decisões estatais imediatas sem que se tenha conseguido chegar a um amadurecido consenso no debate público (RESTA, 2008, p. 38-41).

Mesmo com legislações dispendo sobre a integridade do corpo humano, cada vez mais se observa no mundo a disposição das partes corporais, na atual sociedade de consumo, para doação ou mesmo comercialização. As definições sobre o tema acabam sendo decididas sem que se pudesse racionalmente fazê-las, por decreto ou por sentença, pois por terem grande complexidade e não levarem usualmente à decisão correta cartesiana e unidimensional, são questões solucionadas de forma dita por Resta (2008, pp.45-46) como paradoxal: toda deliberação feita “será adequada porque inadequada”. A compatibilização hermenêutica feita a partir da amplificação dos limites do corpo – promovidas pela evolução tecnológica e sociedade de consumo – com a linguagem do direito, consiste um desafio prolífico em contradições, que abarca disponibilidades e indisponibilidades do corpo, sua integridade e sua fragmentação, a autonomia e as limitações.

Se nos voltarmos para sociedades com doutrinas de pensamento legais diversas, seu direito vivo fornecerá soluções distintas para tais questões, abordagens formalistas ou doutrinárias, ou de acordo com o realismo jurídico podem pavimentar as respostas estatais, embora abordagens diferentes em determinado ordenamento possam aproximar-se mais de decisões ajustadas aos casos concretos, demonstrando maior reflexão para lidar com situações muito polêmicas que impõe uma resposta, não havendo outra alternativa à jurisdição, senão dizer o direito na hora em que ela for reivindicada.

Quanto às questões sobre biotecnologia e o corpo, percebe-se o aumento de seu enfrentamento no mundo todo e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, com o sistema global e também os regionais, entabulam diálogos jurisdicionais multiníveis que influenciam uns aos outros, fornecendo muitas vezes um fundamento convencional ou de precedentes para decisões sobre estas questões implicadas nos chamados novos direitos advindos do aumento da complexidade científica (PIOVESAN, 2017, p. 132-134).

Neste estudo pretende-se analisar o que faz parte da doutrina sobre a biotecnologia e a modernidade na sociedade complexa, que alargaram as possibilidades de disposição do corpo e a busca por soluções que acompanham o incremento da complexidade social, bem como a discussão de casos célebres e peculiares no campo da bioética e a forma como o direito reage às céleres transformações sociais.

## 1. O direito, a liberdade e a disposição do corpo

Regras específicas afirmam o que é o direito, que, segundo Luhmann (2016a, p. 55-61) é um sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto, com o aumento da complexidade da sociedade atual, sofre estímulos e irritações do ambiente, seleciona as perturbações ou irritações que serão recebidas, alcançando sua realidade não por ser idealizado mas através de operações que lhe são próprias e vão dar o sentido ao sistema do direito, uma vez que vale-se de suas redes de operações para produzir suas próprias operações, o que mantém a autopoiese desse sistema.

Ser operativamente fechado, uma característica dos sistemas, não significa o isolamento pois não há impedimentos de interpenetrações entre os diferentes sistemas através dos acoplamentos estruturais provocados pela irritação, o que pode ocorrer a partir do aumento da complexidade social e dos seus outros sistemas como a economia, a medicina, a religião, a política, a filosofia, e assim por diante, a regulamentação e a decisão relacionada a casos difíceis sobre a disposição do corpo que não encontram respostas simples.

Nos casos difíceis em que não existem regras pré-determinadas no direito, o juiz continua com a obrigação legal de prestar a jurisdição, tendo para isso algum grau de discricionariedade para decidir, não se encontrando, no entanto, nenhum procedimento automático para solucionar estes casos, podendo haver inúmeras divergências entre os magistrados e as instâncias judiciais. As decisões podem ir ao encontro de argumentações de princípios ou de política e, de acordo com o princípio democrático, deveriam ser o menos inovadoras possível. No caso de um hipotético juiz ideal, o juiz Hércules, na alegoria construída por Dworkin (2002, p. 127-141) para decidir os casos difíceis, deveriam se escavar argumentos políticos, principiológicos e precedentes até fazer a descoberta do direito envolvido no *hard case*, e não criar o direito, o que seria antidemocrático e injusto.

Em muitos países as pessoas podem ser obrigadas a cumprir serviço militar, em situações de guerra declarada ou em períodos de paz; podem vender ou doar partes de seus corpos, como o útero das chamadas mães de aluguel; têm permissão ou proibição para a eutanásia; as mulheres em determinados países podem abortar, até determinado período gestacional, interrompendo gestações

indesejadas, noutros, podem ser criminalizadas pelo mesmo fato tendo a vida do feto tutelada e valorizada em maior medida do que a sua própria (CALABRESI, 2003, p.2134).

Sob determinados enfoques, de acordo com Calabresi (2003, pp.2137-2138), pode-se chegar a diferentes conclusões sobre a disponibilidade do próprio corpo, para advogados especializados em economia, questões como as relacionadas ao custo-benefício numa dada sociedade são relevantes, havendo o questionamento de se a venda de partes do corpo alcançaria resultados eficientes. Em casos como os de transplantes de órgãos, onde potencial doador e o seu receptor tem compatibilidade quase única, uma negociação entre quem tem algo preciosamente compatível e o outro que precise desesperadamente, pode ser bem complicada. Em casos como a necessidade de sangue e de medula óssea, a maioria poderia doar ou vender porque há rápida capacidade de reposição destes componentes pelo próprio corpo, com relação a órgãos duplos como rins e pulmões, dispor de um deles seria possível; nos casos do sangue, medula óssea e órgãos duplos pode-se questionar se valeria a pena disponibilizá-los para as pessoas que os necessitam para sobrevivência.

Contudo, levando-se em conta parâmetros filosóficos, numa concepção de justiça de John Rawls, pode-se fazer a pergunta sobre a titularidade da propriedade das partes do corpo sob um véu de ignorância, neste caso seriam questionadas quais seriam as regras estabelecidas se fosse desconhecido quem tem partes do corpo saudáveis e aqueles com órgãos doentes que necessitassem destas partes boas. Sob um véu de ignorância pode-se concluir, por exemplo, que o sangue e a medula óssea deveriam ser fornecidos a quem necessite deles (RAWLS, 2003, p. 215).

Numa perspectiva filosófica kantiana, no entanto, as respostas sobre a propriedade e disponibilidade do próprio corpo seriam diferentes, segundo o pensamento deste filósofo, seres humanos não poderiam ser utilizados como meios para obtenção de determinados fins, os indivíduos são os fins em si mesmos, implicando que a disponibilidade e propriedade das partes do corpo de alguém, pertencem a esta pessoa. Por outro lado, para a filosofia cristã, a conclusão poderia ser a de que devemos dar aos necessitados aquilo que temos para ajudá-los, sendo partes de nosso corpo das quais poderíamos dispor como sangue, medula óssea ou um rim, em nome de uma solidariedade cristã (CALABRESI, 2003, pp.2140-2142).

Calabresi (2003, p.2144) alerta ainda para a dificuldade de análise nas questões envolvendo a propriedade do próprio corpo quando os que precisam de bons órgãos corporais ou até mesmo aqueles que os têm (e possam ser instados a doá-los ou vendê-los) pertençam a grupos de pessoas explorados ou discriminados. Outro aspecto, neste sentido, é a exclusão e discriminação histórica em relação às mulheres que, por ficarem grávidas, podem ter seus corpos controlados com a intenção justificada de proporcionar benefícios à vida fetal no ambiente intra-útero.

Deve-se atentar para a discriminação a determinados grupos vulneráveis e àquela direcionada a pessoas que são obrigadas a carregar algum fardo, como obrigar mulheres a suportarem uma gestação indesejável. No caso das regulamentações antiaborto e sua interferência no corpo da mulher, com vistas a defender a vida ainda incipiente do feto – a depender do período de desenvolvimento que se encontra – há algum tempo já se pergunta se o fato de os homens não ficarem grávidos não seria um motivo para desconfiar com relação às leis proibitivas absolutas, inclusive com a criminalização da mulher que pratica o aborto, ou em alguns lugares com ressalvas muito restritivas, permitindo a realização do aborto em casos extremos (CALABRESI, 2003, p.2146).

Fazendo-se breve digressão sobre a liberdade, elemento intrinsecamente relacionado à autonomia da vontade e, por consequência, aos atos de disposição do próprio corpo, no período axial, numa formulação que considera esta época como um marco divisor da história, surgiu a ideia de que os seres humanos seriam livres para agir voluntariamente conforme seus próprios arbítrios, até então havia a crença de que todo o poder emanava e era exercido sob autorização divina que, por sua vez, comandaria o destino da vida do homem no mundo (COMPARATO, 2006a, p. 538).

Na Grécia antiga, a premissa de que cada indivíduo possuía a responsabilidade intrínseca pelo gerenciamento da própria vida, estava atrelada à ideia de liberdade individual fundamental que foi uma das bases para conceber a filosofia ética, na esfera política, entretanto, tanto os gregos quanto os romanos reputavam que a liberdade era exercida em prol da coletividade, participando ativamente na vida política da *pólis*. Na modernidade houve inversão desta ideia, a concepção de liberdade era reconhecida, a partir do século XVIII, como uma característica da independência individual, que formatava a possibilidade de se defender, no seu âmbito privado, contra a intromissão dos poderes constituídos (COMPARATO, 2006a, p. 538).

Comparato (2006a, p. 554-555) considera que uma questão crucial é saber se há compatibilidade entre a liberdade e o poder político, pondera que tanto a liberdade quanto a igualdade, que possuem forte conexão entre si, não vêm facilmente, são construídas pelo homem, historicamente por meio de muita luta. Com relação à desigualdade social, a sua superação é implementada por meio de políticas públicas continuadas, partindo de um princípio aristotélico de justiça que ensina a “tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, o que, portanto, envolve a ação dos poderes políticos, que têm a capacidade de exigir contrapartidas de quem tem mais, para direcionar às políticas públicas que beneficiem quem tem menos. Desse interrelacionamento da liberdade com a igualdade consegue-se vislumbrar o papel equilibrante do poder político, no entanto estes poderes políticos devem ter limites estabelecidos e controlados por mecanismos eficazes.

---

Comparato alerta que a liberdade é um valor ético, que só adquire sentido se estiver alicerçada ao princípio da dignidade da pessoa humana; uma norma ou um costume que estiverem em desacordo com a dignidade humana, não devem ser defendidos em razão da liberdade, o jurista complementa

Os grandes mártires dos direitos humanos, em toda história moderna, não hesitaram em dar as suas vidas, nas campanhas de oposição a leis ou costumes que consideravam degradantes da pessoa humana. Eles nos legaram o precioso exemplo de pessoas eminentemente livres, que não se dobraram diante das coações contra eles despejadas pelo poder estabelecido (COMPARATO, 2006a, p. 558).

Daniel Sarmiento (2016, p. 135) questiona se o Estado deveria combater a prostituição, sob a alegação de que é atividade indigna, ou o próprio princípio da dignidade humana resguardaria o direito de adultos se prostituírem voluntariamente? “E quanto ao uso de drogas? Eutanásia e suicídio assistido? O que dizer da recusa à transfusão de sangue, mesmo quando importe risco de vida ao paciente? E – maior dos tabus – pode o incesto ser vedado pelo Estado quando praticado por adultos?”. Para Sarmiento, esses temas controvertidos envolvem o estudo da conexão entre a dignidade e a autonomia.

Há entendimento preponderante de que respeitar o direito das pessoas fazerem suas próprias escolhas, desde que sem lesar os direitos de outrem, é tratá-las como possuidoras de dignidade, no entanto a dignidade também pode ser utilizada como o fundamento para se impor restrições à autonomia e impedir que, mesmo voluntariamente, alguém recaia em situações que sejam supostamente indignas (SARMENTO, 2016, p. 135-136). Adverte-se, no entanto, o risco de se usar a dignidade humana como subterfúgio para atitudes paternalistas ou moralistas, o melhor escopo do princípio da dignidade seria

a compreensão das pessoas como agentes morais, que têm o direito de fazer as suas escolhas de vida e participar na formação da vontade do Estado, livres de amarras não só legais, como também econômicas e culturais. Essa exegese, além de amparada na moralidade pública da democracia, tem sólido alicerce na ordem constitucional brasileira.

Realiza-se a seguir o estudo do ordenamento nacional relacionado aos principais direitos fundamentais, de personalidade, assim como dispositivos do código penal envolvidos em direitos de liberdade, autonomia da vontade e a possibilidade da disposição do próprio corpo ou suas partes.

## 2. O ordenamento jurídico brasileiro e a autonomia individual

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF 88), tem como sua pedra angular o inciso III do art. 1º que afirma como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, que é considerada como o núcleo essencial que está na origem de cada direito materialmente fundamental, faz uma delimitação de uma área de integridade que deve ser garantida a todas as pessoas simplesmente por existirem no mundo, está atrelada à tutela da liberdade, da igualdade e de um mínimo que garanta mesmo a existência humana (BARROSO, 2011, p. 272-274).

Naquele que é considerado verdadeiro catálogo de direitos fundamentais na CF 88, o art. 5º, em seu caput afirma: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]”. Destacam-se alguns dentre os 78 incisos deste artigo: inc. II não se pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo senão por lei; inc. III vedação à tortura ou tratamento degradante; inc. IX liberdade de expressão; inc. X proteção da intimidade, vida privada, honra, imagem; inc. XIII liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; inc. XLVII não haverá penas de morte (ressalvado caso de guerra declarada), perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis; inc. XLIX assegura integridade física e moral dos presos; incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII com regras e garantias para privação ou restrição de liberdade, que é a mais grave pena prevista na CF; inc. LXVIII possibilidade de *habeas corpus*.

Os direitos de personalidade, por sua vez, e assim como os direitos fundamentais na CF 88, de acordo com a doutrina civilista, são também extraídos do princípio da dignidade humana, reconhecidos a todos os homens e podem ser alegados para a própria defesa em oposição às outras pessoas ou contra o Estado, apresentam-se em dois grupos:

(i) direitos à integridade física, que englobam o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica sobre a qual se abrigam, dentre outros, o direito à honra, à imagem, à privacidade e o direito moral do autor. No plano da integridade física colocam-se as questões contemporâneas de grande complexidade e implicações éticas, como as que envolvem transplantes de órgãos, transexualidade e direito à mudança do registro civil, gestação em útero alheio, reprodução assistida etc. (BARROSO, 2011, p. 275-276).

Os direitos da personalidade encontram-se no Código Civil de 2002 (CC 2002) no capítulo II, artigos de 11 a 21, são direitos reconhecidos em períodos relativamente recentes da história, a partir da instituição dos Estados liberais e democráticos, possuem algumas características, conforme a doutrina civilista: são inatos ou originários, vitalícios, perenes ou perpétuos por perdurarem toda

a vida, refletindo-se até após a morte, imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, oponíveis *erga omnes*, extrapatrimoniais (VENOSA, 2011, p. 20-22).

Com relação à disposição do próprio corpo de acordo com o ordenamento brasileiro, em geral, ninguém pode ser despojado de seu corpo contra a vontade, conforme o art. 13 do CC 2002: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.” Também não se pode ser constrangido a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica contra a vontade (art. 15), sobre este dispositivo abre-se imensa problemática relacionada à ética médica e o dever de tomar o consentimento do paciente após informações claras e completas pelo médico que indicar algum tratamento clínico ou intervenção cirúrgica (VENOSA, 2011, p. 24-26).

A lei n. 9.424/1997 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplantes e tratamentos médicos, autoriza essa disposição de forma gratuita, excluídos desta lei sangue, esperma e óvulo que têm regulamentação em outros diplomas normativos. A disposição *post mortem* de partes do corpo, tecidos e órgãos é autorizada, desde que precedida do diagnóstico da morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos que não sejam os que participam das equipes que fazem a remoção e o transplante e, em conformidade com critérios definidos pelo Conselho Federal de Medicina (art. 3º). Há exigência da autorização do cônjuge ou familiar maior de idade, observada a linha sucessória, reta ou colateral até o segundo grau (art. 4º). Importante vedação com relação a remoção *post mortem* no caso de pessoas não identificadas (art. 6º), ou a impossibilidade imediata naqueles casos em que o óbito tem causas suspeitas.

Ainda com relação à lei dos transplantes, no caso da disposição de partes do corpo de pessoa viva, é permitido ao juridicamente capaz, com intuito terapêutico, para cônjuge ou parente consanguíneo até o 4º grau ou mesmo para quaisquer outras pessoas, neste último caso mediante autorização judicial, dispensada autorização judicial se for doação de medula óssea (art. 9º). Nos casos de disposição de partes do corpo entre vivos, somente serão permitidos se forem órgãos duplos, parte de órgãos (ocorre no caso de transplante hepático, *v.g.*) ou nos casos cuja retirada não impeça o doador de continuar vivendo sem riscos à sua integridade e não comprometa suas aptidões vitais ou de saúde mental, não imponha mutilações ou deformações (§3º do art. 9º). A gestante não pode dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, ressalvando-se quando se referir à doação de medula óssea, não importando risco a si ou ao feto (§7º do art. 9º).

No Código Penal brasileiro, Decreto-Lei n. 2.848/1940, a temática da autonomia e disposição do corpo, encontra guarida pois a vida, sendo um dos bens juridicamente protegidos mais valiosos, implica nas maiores penalidades previstas para aqueles crimes contra vida, cometidos

ou mesmo quando tentados, assim como os crimes de lesão corporal, que também são objeto de tutela estatal.

Contudo, ao levar-se em conta princípios constitucionais reguladores do direito penal, que impõe garantias fundamentais aos indivíduos diante do poder estatal, dois princípios interligados, embora não iguais, são o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da ofensividade, o primeiro afirma que só deve haver intervenção penal nos bens jurídicos de relações sociais conflituosas valoradas em dada sociedade, implica na distinção entre delito e simples atitudes internas, ou fatos materiais que não lesem bem algum; o último endereça-se ao legislador e ao juiz no sentido de se proibir incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio corpo (BITENCOURT, 2015, p. 46, 61-63), como o suicídio e a autolesão, que não merecem tutela do direito penal, ou de condutas desviadas que não afetem bem jurídico alheio.

No sentido ainda de demonstrar a inadequação da tutela do direito penal ao bem jurídico vida e integridade física, quando os danos forem autoinflingidos, como nos casos da automutilação e do suicídio tentado, não ofendendo à ordem pública e sem prejuízo a terceiros, com relação ao princípio da lesividade ou ofensividade

Com efeito, se é objetivo fundamental da república, como declarado no art.3º, construir uma sociedade livre, se são invioláveis a liberdade, a intimidade (art. 5º) e a vida privada, e se é explícita a sua vocação libertária, segue-se que nenhum ato de constrição à liberdade pode ser tolerado, salvo quando em virtude de abuso no seu exercício resultar dano/lesão à liberdade de outrem. Consequentemente, condutas meramente imorais, por mais escandalosas, não autorizam a intervenção penal [...](QUEIROZ, 2008, p. 58).

O Estado brasileiro, portanto, em que pese não aceite a renúncia à vida, considera crime o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 CP/1940), mas não pune o suicídio tentado, ademais punir o suicida que falhou agravaria mais o seu caso ao invés de tutelar o bem vida. Ressalta-se a diferença que há entre a proibição da eutanásia, morte assistida, com a recusa a continuar tratamentos médicos, este último protegido como direito de personalidade do art. 15 do CC 2002.

Citam-se também os dispositivos relacionados à proibição do aborto nos arts. 125 ao 127 do CP/1940, ressalvados os casos permitidos expressamente no art. 128, caso do aborto necessário para salvar a vida da gestante e no caso da gestação resultante de estupro; a partir da ADPF 54<sup>3</sup> de 24/4/2012, o STF considera conduta atípica a interrupção da gestação quando se tratar de fetos anencefálicos, o rol que permite autorização para o aborto legal incluiu os casos de grávidas com fetos anencefálicos.

<sup>3</sup> Sobre a decisão, disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>.

A lei n. 9263/1996 versa sobre a regulamentação para o Planejamento familiar no Brasil, no art. 10 define as situações em que se pode realizar a esterilização voluntária, pessoas com capacidade civil plena e maiores de 25 anos ou com dois filhos vivos; da manifestação da vontade até a cirurgia devem decorrer 60 dias, período em que equipe multidisciplinar fará acompanhamento visando desencorajar a cirurgia definitiva precocemente, também pode ser indicada a esterilização se risco à vida ou à saúde da mulher ou de um futuro concepto, caso em que deve haver relatório escrito e testemunhado por dois médicos. O registro da manifestação da vontade autorizando a cirurgia deve estar documentado e assinado, após terem sido prestadas informações sobre riscos cirúrgicos, efeitos colaterais, dificuldades de reversão e oferta de contracepção reversível.

O descumprimento desta lei n. 9.263/1996 enseja cometimento de crime com a penalidade de reclusão, de dois a oito anos, além de multa, tendo aumento de um terço da pena se a esterilização for feita no período de parto ou aborto, ou indicada a cesariana com o fim exclusivo para realização da ligadura tubária.

Tendo realizado um apanhado sobre os principais dispositivos normativos relacionados ao direito de liberdade e seus sucedâneos, autonomia da vontade e disposição do próprio corpo, volta-se a análise para o problema da mercantilização associada a estes direitos e a discussão de alguns casos.

### **3. O mercado e a disponibilidade do corpo**

Para Sandel (2012, p. 140), há dois motivos principais para nos preocuparmos com as sociedades onde tudo está à venda, que valorizam a economia de mercado em detrimento de determinados valores cívicos, esses motivos tem a ver com a desigualdade e com corrupção. Neste tipo de sociedade, os muito pobres têm dificuldades para sobreviver e, se a riqueza fosse somente para a compra de coisas luxuosas: iates, carros esportivos e férias no exterior, o problema da desigualdade de renda não seria tão significativo, mas quando o dinheiro passa a comprar cada vez mais “– influência política, bom atendimento médico, uma casa num bairro seguro, e não numa zona de alto índice de criminalidade, acesso a escolas de elite, e não às que apresentam maus resultados –,” o dinheiro e o mercado passam a comandar a vida das pessoas na sua expressão mais prosaica, que é a mera sobrevivência física.

A organização caritativa Project Prevention fundada por Barbara Harris oferece US\$ 300 para mulheres viciadas em drogas consentirem em ser esterilizadas ou fazerem controle de natalidade permanente. Esta conduta enfrenta críticas do ponto de vista moral, por ser uma espécie de suborno, além da possibilidade deste dinheiro ser utilizado pelas mulheres usuárias de drogas,

para a compra de mais drogas. Harris acha que vale a pena porque impede o nascimento de crianças viciadas em drogas e conta que algumas das mulheres que passaram pela organização já ficaram grávidas mais de uma dezena de vezes, ela e seu marido adotaram<sup>4</sup> quatro filhos de uma viciada em crack e acredita que esse tipo de iniciativa é válido para impedir o sofrimento de mais crianças, e provoca: “Por que uma mulher teria mais direito de procriar do que uma criança de ter uma vida normal?” (SANDEL, 2012, p. 45-46).

A despeito das muitas críticas<sup>5</sup> e da acusação da semelhança de seu programa com o eugenismo nazista, Barbara argumenta que se as viciadas não têm condições de uma escolha realmente livre, tampouco teriam para decidir sobre a gestação e filhos, além de não haver a participação estatal e de se tratarem de acordos consensuais entre atores privados. Harris já levou programa similar para o Quênia, na África, e paga US\$ 40 para as mulheres com o vírus do HIV usarem o dispositivo intrauterino (DIU) (SANDEL, 2012, p. 46).

Sandel (2012, P. 47) considera que a adição às drogas e sua correlação provável com a pobreza dessas mulheres ao aceitarem dinheiro para serem esterilizadas, não as deixa tomarem decisões realmente livres, é coação por força da situação; já, a crítica relacionada ao suborno não é por ser coercitiva, mas por ser corrupta, colocou-se um preço em um bem que não deveria ser comercializado. Para ele estes são dois limites morais para que se resista a aplicar a lógica de mercado, pois

para decidir se a capacidade reprodutiva de uma mulher pode ser objeto de uma transação mercadológica, temos de nos perguntar de que tipo de bem se trata: devemos encarar nosso corpo como uma posse de que podemos dispor e fazer uso como bem quisermos ou será que certas formas de uso do corpo redundam em autodegradação? É uma questão polêmica e cheia de desdobramentos que também surge em debates sobre a prostituição, as mães de aluguel e a compra e venda de óvulos e esperma (SANDEL, 2012, p. 49).

A contingência de que se pode em alguns lugares vender algumas partes do corpo – como sangue e cabelo que são recompostos/crescem – poderia ser comparada com as interdições, na maioria dos Estados, da prostituição. No caso da prostituição é interessante observar que a proibição da prática sobrecarrega de forma assimétrica a “vendedora”, esquecendo ou literalmente tolerando a prática do comprador, que participa igualmente desta relação de consumo, ao pagar pelos serviços sexuais, o que denota o fardo da discriminação de gênero nas questões envolvendo sexo, uma vez que se considerarmos as relações de consumo de sangue e cabelo, no caso de sua proibição legal,

<sup>4</sup> Sobre a organização ver site:< <http://www.projectprevention.org/>>, na página inicial há o relato de Destiny Harris, uma das filhas adotadas de Bárbara Harris quando tinha 8 meses de idade, ao nascer tinha crack, PCP e heroína no sangue, com 20 anos deixa carta de agradecimento à mãe adotiva.

<sup>5</sup> Sobre as inúmeras críticas ver:< <https://www.thefix.com/content/project-prevention-barbara-harris-sterilize-addicts8510?page=all>>.

não se demandaria o tratamento discriminatório entre compradores e vendedores de partes do corpo, o que ocorre com a venda de sexo (CALABRESI, 2003, pp.2147).

Descreve-se a seguir pesquisa envolvendo alguns casos peculiares, alguns dos principais problemas que o desenvolvimento científico traz e a dificuldade de se encontrarem decisões para casos complexos envolvendo esses direitos.

#### 4. Alguns casos emblemáticos e peculiares envolvendo a disposição do corpo

Um precedente histórico sobre a autonomia da vontade em relação ao próprio corpo, decidido em 1973, que pode ser considerado de vanguarda até os dias de hoje, é a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roe vs. Wade*, independente da longevidade da deliberação o debate mantém-se aceso nos Estados Unidos e em todo o mundo pois o valor vida, dependendo das considerações éticas, religiosas e morais feitas atinge uma valoração “absoluta” para uns e não se consegue alcançar o consenso quando a equação envolve duas vidas, a do feto e da mulher, e algumas pessoas e instituições arrogam-se o direito de defender a vida do feto de forma absoluta, em detrimento da vida e vontade da mãe.

Em 1970, Linda Coffee e Sarah Weddington representaram Norma L. McCorvey (no processo usava o pseudônimo de Jane *Roe*) contra o estado do Texas – Henry *Wade* representava o estado<sup>6</sup> – reivindicavam a autorização para realizar o aborto, que era proibido, dizendo que sua gravidez havia sido em decorrência de estupro<sup>7</sup>, o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos em 1973. Foi decidido que a maioria das leis que proibiam o aborto no país eram inconstitucionais com fundamento no direito à privacidade garantido na cláusula do devido processo da 14ª Emenda à Constituição, que as mulheres tinham o direito de decidir por si mesmas se levariam ou não uma gestação adiante e nenhum estado poderia proibir este direito no primeiro trimestre de gestação até o período em que o feto atingisse a viabilidade fetal.

Conforme Beatty (2014, p. 339), na decisão da Corte estadunidense sobre a permissão do aborto, a autonomia da mulher prevalece sobre a vida fetal, até que a vida do feto atinja condições de viabilidade, ou seja, possa sobreviver fora do útero por si ou através da tecnologia disponível, à época esse prazo era na 28ª semana da gestação, este prazo foi reduzido em função da tecnologia que permite a sobrevivência de fetos com prematuridade mais extrema, a partir da viabilidade, portanto os estados poderiam legislar em defesa do feto e proibir a interrupção da gestação.

<sup>6</sup> Ver precedente: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>. Acesso em 29/10/17.

<sup>7</sup> Jane Roe deu à luz sua filha enquanto o caso ainda não havia sido decidido. O bebê foi encaminhado para adoção. Em 1987 ela admitiu que mentira sobre ter sido estuprada.

Na direção oposta do vanguardismo do caso anterior, encontram-se na literatura e jurisprudência brasileiras a descrição de casos antigos, também da década de 70, que já foram superados e vão na contramão dos entendimentos contemporâneos em todo mundo. Chaves (1977, p. 150-151) descreve acórdão com decisão unânime da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo de 1/2/1972 com a negativa para a cirurgia de mudança de sexo para uma pessoa transexual, com alegações não somente de que seria “desaconselhável”, mas que teria inclusive “caráter criminoso” e “mutilatório”. Na mesma época o Conselho Federal de Medicina ao examinar um pedido de consultoria para um caso semelhante de pedido de autorização para cirurgia de redesignação de sexo para transexualidade do Conselho Regional de Santa Catarina, emitiu parecer para todos os conselhos regionais, de que se tratava de “cirurgia mutiladora” e “jamais restauradora” do ponto de vista psicossocial e que não se reconhecia “qualquer finalidade terapêutica”.

Noutra decisão do mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, pela 5ª Câmara, o acórdão de 18/1/1975 na Apelação Cível 247-425 reverberando a decisão anterior do colega, o Des. Coelho de Paula considerou a cirurgia de transgenitalização<sup>8</sup> “lamentável” e “quicá criminoso”, que tal ato cirúrgico<sup>9</sup> é pedido ao “arrepio da ética médica” e que infringiria “claros dispositivos penais” que poderiam levar à “degradação da espécie”, para o magistrado: “tivesse tido o interessado tratamento adequado, em tempo mais remoto, e tudo faz crer que poderia ter chegado a ser homem praticamente normal”(CHAVES, 1977, p. 151).

O caso *McFall vs. Shimp* refere-se a um precedente estadunidense de 1978 em que Robert McFall de 39 anos, sofrendo de anemia aplástica, necessitava de transplante de medula óssea para não morrer, recorreu ao seu primo em primeiro grau, David Shimp de 42 anos que era a única pessoa da família compatível para fazer-lhe a doação de medula, o primo, no entanto, recusou-se a fazê-lo.

---

<sup>8</sup> A Resolução do CFM n. 1.955/2010 é a vigente sobre a cirurgia de transgenitalização. A partir de 1994 parecer do CRM-DF reconheceu que o médico que realizava a cirurgia não cometia infração ética, não constituía crime de mutilação previsto no art. 129 do Código Penal; a primeira resolução do CFM autorizando a título “experimental” a transgenitalização – neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e cirurgias complementares – foi a de n.1.482/1997, revogada pela de 2010 que vige com a diferença de que a neocolpovulvoplastia (transformação do fenótipo masculino em feminino) por obter excelentes resultados não apresenta mais o caráter “experimental”, ainda persiste sendo considerada experimental a neofaloplastia (transformação do fenótipo feminino em masculino) pelas dificuldades técnicas, funcionais e estéticas. Disponível em:< [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm)>. Acesso em 29/10/17. Na resolução o termo “transexualismo” ainda utilizado é muito criticado por ativistas dos direitos LGBT por evocar doença, desvio.

<sup>9</sup> Os procuradores da República Paulo Gilberto Cogo Leivas, Marcelo Veiga Beckhausen e Luiz Carlos Weber ajuizaram Ação Civil Pública para garantir o direito dos transexuais à cirurgia de transgenitalização pelo SUS, após recurso ao TRF-4, obteve resultado favorável por unanimidade na 3ª Turma seguindo o voto do relator Juiz Federal Roger Raupp Rios; a União chegou a apresentar recursos ao STF e STJ mas desistiu, tornando a decisão da realização de transgenitalização pelo SUS aos transexuais de todo o Brasil definitiva em julho de 2009. Disponível em:< [http://www.prf4.mpf.gov.br/site/index.php?option=com\\_content&view=article&id=60:direito-de-transexuais-a-cirurgia-de-transgenitalizacao-pelo-sus-agora-e-definitivo&catid=10:noticias&Itemid=58](http://www.prf4.mpf.gov.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=60:direito-de-transexuais-a-cirurgia-de-transgenitalizacao-pelo-sus-agora-e-definitivo&catid=10:noticias&Itemid=58)>. Acesso em 29/10/2017.

McFall buscou então a justiça contra o primo tentando forçá-lo à doação, na Corte o juiz Flaherty destacou que a recusa de Shimp era indefensável moralmente, mesmo assim não deu o provimento solicitado por McFall pois declarou que forçar, contra a vontade, uma pessoa a doar medula óssea invadiria o espaço sagrado do corpo humano numa decisão que poderia ter consequências inimagináveis no futuro.

O caso do “direito de não nascer” aconteceu na França quando em 1982 a filha de 4 anos do casal Perruche recebeu o diagnóstico de que estava com rubéola, sua mãe Josette apresentou erupções cutâneas e sintomas semelhantes à filha dias depois e realizou um exame laboratorial que foi negativo para a doença da rubéola, após algum tempo fez novo exame, quando já estava em período avançado de sua gravidez e o exame indicou que o que havia tido fora mesmo rubéola. O filho de Josette, Nicolas, nasceu com a Síndrome de Gregg com graves distúrbios neurológicos, surdez, problemas visuais e necessidade de assistência permanente. O casal processou o laboratório responsável pelo resultado errado no primeiro exame e o médico, o Tribunal de Cassação francês condenou o laboratório e o médico o pagamento de indenização de quinhentos mil francos. A decisão francesa levanta o debate sobre

a dicotomia entre uma bioética que defende a vida como um caráter absoluto, logo, indisponível, e aquela que defende a qualidade de vida, ou seja, a vida que merece ser vivida, cuja escolha caberia ao próprio indivíduo e às suas capacidades de escolha autônoma (WUNSCH, 2015).

Quando os Perruche fizeram o primeiro exame que não detectou a doença, buscaram na ciência médica o poder tecnológico para indicar-lhes se haveria possibilidade de malformações no feto e, num segundo momento, quando a medicina falhou em prover-lhes um filho bem nascido, buscaram a indenização no poder judiciário francês para obterem compensação por não terem podido evitar o nascimento do filho com deficiências, Wunsch (2015) chama a atenção para o fato de que uma vida humana esteve sempre no poder de terceiros e este é o risco da patrimonialização do corpo humano.

No caso Perruche<sup>10</sup>, como no caso de muitos abortos, a proteção da vida do feto conflita com a autonomia da mulher/casal, as pessoas que querem ter filhos mas não *aquela* criança que não

---

<sup>10</sup> A decisão do caso Perruche no ano 2000, que pagou indenização ao adolescente Nicolas Peruche, com deficiências físicas e mentais, foi acompanhada de indenização paga a casos semelhantes com relação a crianças nascidas com Síndrome de Down, o que provocou revolta nos grupos de defesa de deficientes físicos e de médicos que faziam diagnósticos pré-natais, os médicos ecografistas chegaram a fazer “greve de ultrassom”; os deficientes diziam que esse entendimento desvalorizava a vida do deficiente e, os médicos reclamavam que como a tecnologia pode errar, os resultados baseiam-se muito em probabilidades estatísticas e não em certezas, eles acabavam aconselhando o abortamento de forma muito mais recorrente, mesmo com baixa probabilidade de deficiências ao exame, por medo de serem processados. O parlamento francês decidiu anular a polêmica decisão judicial sobre o “direito de não nascer” em 2002. Ver em:<  
[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/020110\\_francarg.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/020110_francarg.shtml)>, e também em:<

corresponda a determinados padrões de saúde assumem desde o início o risco da interrupção de uma gestação quando buscam a tecnologia biomédica para detecção de possíveis síndromes ou defeitos fetais, e

Esse tipo de controle deliberado da qualidade coloca um novo aspecto em jogo – a instrumentalização de uma vida humana, produzida sob condições e em função de preferências e orientações axiológicas de terceiros. A decisão de seleção orienta-se pela composição desejada do genoma. Uma decisão sobre a existência ou a não-existência se dá conforme o critério da *essência* potencial. A decisão existencial de interromper a gravidez tem tão pouco a ver com essa disponibilização orientada para as características e com essa seleção da vida pré-natal como a consumpção dessa vida para fins de pesquisa (HABERMAS, 2010, p. 43).

Passando do direito de não nascer para o direito de receber assistência para morrer, o caso *Washington vs Glucksberg* refere-se à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que em 1997 determinou que a liberdade protegida sob a cláusula do devido processo da 14ª Emenda da Constituição não autorizava o direito ao suicídio assistido. Harold Glucksberg e outros colegas médicos, pacientes terminais e a ONG *Compassion in Dying* confrontaram a proibição do suicídio assistido em Washington. Segundo Tribe (2004, p. 1918-1921) observadores do julgamento constataram que não foi feita análise ampla sobre a autonomia do paciente, de forma mais simples levou-se em conta o ato específico de prescrever ao doente terminal, deliberadamente, dose letal de uma droga para apressar sua morte.<sup>11</sup>

O Tribunal em Glucksberg, na abordagem unidimensional que fez, foi recalcitrante em avaliar qualquer ato de suicídio assistido, preocupando-se com o fato de que um possível *status* privilegiado nessa questão implicasse em difícil controle de riscos de pessoas dependentes e vulneráveis, que poderiam não estar mais conscientes e serem mortas contra sua vontade pois sem autonomia plena, tal abertura para a eutanásia poderia também levar à morte até de pessoas saudáveis mas que achassem que a vida estava insuportável.

A opinião em Glucksberg realmente esforça-se para colapsar as reivindicações de liberdade numa forma unidimensional e binária de determinar quais atividades pessoais pertencem historicamente ao catálogo venerado dos atos privilegiados e quais não, mas a existência desse esforço não deve tirar o foco de nossa atenção da questão mais pertinente de quem, entre o Estado e os indivíduos que estão sujeitos à sua lei, deve ser confiada a escolha sobre a forma de vida de cada um e dos relacionamentos que a completam (TRIBE, 2004, p. 1924).

---

[http://www.bbc.com/portuguese/ciencia/020103\\_francarg.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/ciencia/020103_francarg.shtml)>. Manifestação da Corte Europeia de Direitos humanos sobre o caso:< <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/GRANDCHAMBER/2006/CEDH001-75904>> . Acesso em 29/10/17.

<sup>11</sup> Ver *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), disponível em:< <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/702/>>. Acesso em 29/10/17.

Em julgado do TJRS<sup>12</sup>, paciente que professava a religião de testemunha de Jeová, reivindicou danos morais contra um médico que se recusou a operar-lhe a próstata por risco da necessidade de transfusão sanguínea, repelida pelos crentes dessa fé, no conflito entre as liberdades de consciência dos envolvidos, liberdade religiosa e de autonomia profissional, o magistrado decidiu que a recusa do médico não ensejava reparação por não constituir ato ilícito, na ausência de risco de vida iminente, tendo sido possível o encaminhamento a outro profissional moral que fosse ideologicamente desimpedido.

Nos casos de ponderação de princípios relacionados a tratamentos médicos em Testemunhas de Jeová, os principais impasses quanto à necessidade de transfusão sanguínea para salvar a vida de alguém e o direito à fé religiosa em denegar a hemotransfusão, recaem quando os pacientes são menores de idade ou incapazes, necessitando da autorização de seus representantes, o direito à vida da criança<sup>13</sup> sinaliza para o princípio da proteção prioritária, absoluta e integral da criança e do adolescente, tratado no art. 227 da CF88, prevalecendo sobre o bem liberdade religiosa. Esses casos têm grande impacto e causam apreensão todas as vezes que buscam tratamento médico, uma vez que ao se recusar a tratar pacientes Testemunhas de Jeová ou quando se aceita realizar o acompanhamento, assentindo em não realizar a transfusão de sangue, em casos de infortúnios, o médico será invariavelmente questionado judicialmente.

Com a apresentação dos casos que demandam decisões difíceis e que persistem sendo questionadas e revisitadas, e a cada novo fato social que suscita discussão e dúvida, apresenta-se a seguir uma ótica da bioética e do direito vivente.

## 5. Bioética e autonomia da vontade

Uma nova percepção de saúde do indivíduo é necessária diante das modificações e complexidades da sociedade atual, não somente pelas multifacetadas questões biológicas que surgem com as novas tecnologias, mas também por sua natureza social, sua diversidade de valores. Nesta miríade de relações sociais a relação médico-paciente sustenta-se classicamente por três

<sup>12</sup> Apelação Cível Nº 70071994727, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 27/04/2017. Acesso em 5 de abril de 2018.

<sup>13</sup> Ver: Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5) que chegou ao STJ, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Caso de criança de 13 anos com anemia falciforme que morreu por recusa dos pais à transfusão de sangue, os pais entraram no polo passivo da ação penal de homicídio mas foram excluídos nesse HC, restando a responsabilização médica que, segundo os ministros teria a obrigação de fazer a transfusão para salvar a vida, mesmo contrariando a determinação dos pais. Os pais disseram expressamente que “preferiam ver a filha morta a deixar ela receber transfusão, pois se isso ocorresse ela não iria para o Paraíso.” (fl. 38).

princípios bioéticos: autonomia, beneficência e justiça. A autonomia sendo o autogoverno para decidir sobre sua saúde e integridade corporal e mental entre alternativas que se apresentem numa sociedade livre, democrática e pluralista, representando princípio bioético imprescindível para a proteção individual e coletiva (ARAÚJO, BRITO e NOVAES, 2008, p. 118-120).

Contudo não há autonomia individual absoluta ou liberdade individual total, ambas podem sofrer limitações à medida que comportam autonomias e liberdades que podem entrar em conflitos com a esfera destes direitos entre mais de um indivíduo na sociedade, podendo ser regulado pelo Estado, que concede aos diversos sistemas sociais certa liberdade para determinadas resoluções, como o Código de Ética Médica, para regular princípios que regem as relações no sistema de saúde. Já os princípios bioéticos da beneficência relacionam-se à conduta médica de não causar dano, e quando atuar, fazê-lo sempre em prol da pessoa, baseado em evidências científicas. O terceiro princípio bioético, o da justiça implica a garantia de ordem igualitária sem discriminação ou privilégios (ARAÚJO, BRITO e NOVAES, 2008, p. 120-121).

O termo de consentimento informado tem papel preponderante nas discussões da ética biomédica, sua instituição surgiu cerca de quase uma década após os julgamentos de Nuremberg que desvelaram as terríveis experiências médicas nos campos de concentração nazista, na atualidade, mais do que a obrigação do médico ou do pesquisador em fornecer as informações pertinentes, está em se verificar se houve a real compreensão do paciente ou sujeito de pesquisa, que darão o seu consentimento, a mudança de ênfase repousa na maior valorização da autonomia (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2013, p. 143).

A invenção do estetoscópio para auscultar o coração, em 1816, marca o surgimento da medicina moderna e da tecnologia para perscrutar os corpos humanos, hoje muitas doenças são identificadas a partir de exames de imagem, o sucesso da tecnologia leva à descrença na utilização do exame físico e história clínica que dependiam no passado somente dos sentidos e da arte do médico, agora a maior confiança na medicina tecnológica reforça o seu uso e investimentos, contudo, embora tenha papel importante, não deve substituir a deliberação humana (BATISTA, GOLDIM e FRITSCHER, 2005, p. 53-54).

A bioética é “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e cuidados com a saúde enquanto esta conduta é avaliada à luz dos valores e princípios morais”, a ética pode informar ações corretas e incorretas em situações que podem ser complicadas de avaliar, ao relacionarem-se “conduta humana, sob a análise da ética aplicada, com o elemento saúde, em relação aos avanços da medicina, biologia e biotecnologia, estamos diante da bioética”. Os “valores” e a “moral” são preferências ou escolhas na visão das pessoas em determinado tempo e sociedade. Importante que

ao elaborarmos um consentimento informado com vistas a um procedimento médico, por exemplo, deveríamos fornecer as informações adequadas, em nível da formação de quem as recebe, para a pessoa poder compreendê-las e dar o seu consentimento. Temos, nesse momento, uma questão real dirigida à dignidade da pessoa humana. Quando documentamos esse consentimento, transformamo-lo em uma questão formal, expressando os aspectos médico-legais (BATISTA, GOLDIM e FRITSCHER, 2005, p. 55).

Conforme Resta (2008, p. 66) a cognitividade do direito é máxima, no entanto insere-se numa normatividade mais fechada em regras procedimentais, e, nas questões de bioética, quanto mais difíceis forem os valores envolvendo outros sistemas maior a tendência da regulamentação jurídica ser procedimental, “decidirão não decidir”, delegando a comitês de ética, ao mercado, à tecnologia, de maneira a não deixar os valores ínsitos do direito entrarem em “curto-circuito com os valores próprios dos outros sistemas”, assim que

para evitar confusões o direito deverá, assim como fez para o aborto, para o divórcio, para tudo o que diz respeito às escolhas dos âmbitos da vida, não proibir ou permitir a eutanásia. Deverá excluir penalizações; o que significa deixar os indivíduos livres para que optem em sua plenitude de sujeitos morais. Proibir significa excluir possibilidades; o código do direito não é o código da moral e a esta deve deixar o “âmbito” da autonomia.

Resta (2008, p. 73-75) informa que, a exemplo da ambivalência do remédio para os males, como o *phàrmakon*, que dependendo da dose pode ser remédio ou veneno, o direito nestas questões difíceis relacionadas ao corpo e a dilemas morais, ou o que chama de “excesso de vida” deve se autolimitar, resguardar as possibilidades e com isso permitir que as diferenças numa sociedade plural tenham margem para encontrar um caminho, a prudência nestes casos, no direito, indica que não se utilize o direito penal, que se opte por retroceder o olhar e o remeta “à liberdade de cada um dentro de limites genéricos e se escolhendo a vida da reflexividade: o direito leve ou o direito moderado são somente traduções desta abordagem” mas “quando as escolhas são trágicas, não se exoneram os seus sistemas funcionais; esses fazem o que podem fazer”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo buscou-se na reflexão do jurista italiano Elígio Resta algumas indicações para os impasses surgidos a partir de novas biotecnologias, complexidade social e a modernidade na sociedade de consumo, que propiciaram um alargamento e diversificação nas possibilidades de disposição do corpo e da liberdade. Logo, possíveis respostas ou comportamento do sistema social do direito fomentou uma reflexão ainda maior e mais complexa.

Realizou-se a descrição do sistema do direito com um referencial luhmanniano e debateu-se sobre algumas das abordagens doutrinárias para as tomadas de decisão nos casos complicados, de acordo com parâmetros de Dworkin, Kant, Rawls e Calabresi. Houve a realização de digressão sobre o direito de liberdade, seu alicerce na dignidade humana, como era o seu significado no mundo antigo e o sentido atual que pode ser visto como componente do individualismo moderno. A compatibilidade da liberdade com o poder político, as negociações e revoluções históricas que a afirmaram perante o poder, através da lei de proteção dos direitos fundamentais e separação entre os poderes instituídos, e do estabelecimento de certos limites recíprocos entre eles – de freios e contrapesos.

O ordenamento jurídico foi estudado, nos seus principais dispositivos envolvidos no tema - constituição, código civil e penal, bem como as leis dos transplantes e da esterilização. Seguiu-se com a problemática da mercantilização na sociedade de consumo da contemporaneidade e estudou-se casos peculiares e decisões importantes no mundo, que continuam provocando polêmicas e dúvidas no campo da bioética e da dificuldade do sistema do direito em decidir. Por fim, demonstrou-se que a perspectiva do direito vivente em deixar as possibilidades abertas, e também, procedimentalmente, aos outros sistemas sociais, alguma gestão das soluções trágicas, surge como a abordagem mais apropriada para entendermos a modernidade e a complexidade social.

## **BEYOND A NEW PERCEPTION IN HEALTH: THE PROVISION OF THE OWN BODY AND THE DILEMMAS WITH THE RIGHT TO FREEDOM AND THE AUTONOMY OF THE WILL**

### **ABSTRACT**

This article aims to demonstrate the dilemmas in the interlocution between freedom and autonomy of the will against the disposition of the body itself. The problem that guides research can be summarized as follows: to what extent does current society, based on a logic of modernity and social complexity, present impasses indicated by the emergence of new biotechnologies, which foster an increase in the own body? To answer this question, a bibliographic study was carried out, using as a method of approach the hypothetical deductive, based on the concepts of Eligio Resta and Niklas Luhmann. It has been found that some emblematic cases, involving the rights of freedom, autonomy of the will and disposition of the body, by the dynamics of occurrence, benefit from the perspective in which the right has a sense of limit for its own system, evoking the dignity as value to safeguard contingent possibilities at a less paradoxical and more bearable level.

**Keywords:** autonomy of the will; biotechnology; right to health; disposition of the body; freedom.

### **REFERÊNCIAS**

ARAÚJO, A. A. D.; BRITO, A. M. D.; NOVAES, M. D. Saúde e Autonomia: novos conceitos são necessários? **Revista Bioética**, v. 16, p. 117-124, 2008.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, C. C.; GOLDIM, J. R.; FRITSCHER, C. C. Bioética clínica: ciência e humanidade. **Scientia Medica**, Porto Alegre, v. 15, p. 52-56, jan./mar. 2005.

BEATTY, D. M. **A essência do Estado de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALABRESI, G. An Introduction to Legal Thought: Four approaches to Law and to the allocation of body parts. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, 1 janeiro 2003. 2113-2151. Disponível em: Acesso em outubro de 2017.

CHAVES, A. Direito à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para "mudança de sexo". Direito ao cadáver e as partes do mesmo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 14 n. 55, p. 125-168, julho/setembro. Disponível em: 1977.<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181032/000360067.pdf?sequence=3>. Acesso em abril de 2018

COMPARATO, F. K. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006a.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, J. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, N. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

LUHMANN, N. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Petrópolis: Vozes, 2016b.

PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. 10, rev., ampl. e atual. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

QUEIROZ, P. **Direito Penal parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAWLS, J. **Justiça como equidade: uma reformulação**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RESTA, E. **Diritto vivente**. Tradução de tradução livre. Bari: Laterza, 2008.

SANDEL, M. J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TRIBE, L. H. The "Fundamental Right" that dare not speak its name. **The Harvard Law Review Association**, 117 n. 6, abril 2004.

VENOSA, S. D. S. **Código civil interpretado.** 2234. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WUNSCH, G. O direito de não nascer e as fronteiras entre os conceitos de pessoa e vida no caso Nicolas Perruche. **Empório do direito**, 16 novembro 2015. on-line. <http://emporiiododireito.com.br/backup/tag/caso-nicolas-perruche/>.

Trabalho enviado em 21 de janeiro de 2019  
Aceito em 17 de março de 2019