

## O DIREITO DE EXPERIMENTAÇÃO SOBRE O HOMEM E A BIOMÉDICA (CIDADANIA E CIÊNCIA)

*José Alfredo de Oliveira Baracho <sup>1</sup>*

**RESUMO:** *A proteção das liberdades e os direitos fundamentais, inerentes a pessoa e ao corpo humano envolvem-se com questões jurídicas, decorrentes da evolução da Biologia. Com a evolução da Ciência, surgem normas de proteção à pessoa e ao corpo humano, bem como práticas médicas e os direitos corporais. A inviolabilidade da pessoa humana vê-se hoje ameaçada por manipulações excepcionais com a utilização de técnicas gerais, para o desenvolvimento da pesquisa científica, muitas vezes decorrentes do desejo e do lucro. Em face desse perigo torna-se necessário a produção de normas de emergências, assentadas em regras bioéticas ou deontológicas. Ressalta-se a necessidade de proteção absoluta da pessoa, com o relevante papel dado à dignidade inerente à pessoa.*

**ABSTRACT:** *The protection of liberties and fundamental rights, linked to the person and to the human body, involves juridical points, due to the evolution of Biology. As science evolves, there are protective rules for the person and for the human body, as well as medical practice and corporal rights. The human person's inviolateness is presently threaten by the exceptional manipulation of general techniques, for the development of scientific research, which has profit as a main goal. Because of this danger it is necessary to produce emergency rules laid in bioethical and deontological commandments. This essay stresses on the needs of persons protection thanks to the present-day relevant role given to person's dignity.*

---

<sup>1</sup>Presidente do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

**ÜBERSICHT:** *Der Freiheitsschutz und die Grundrechte der Person und der Unversehrtheit des Körpers, umfassen juristische Fragen, die aus der Entwicklung der Biologie resultieren. Mit der Wissenschaftsentwicklung kommen Schutznormen zustande, die auf die Person und den menschlichen Körper zielen. Die Unantastbarkeit der Person ist heutzutage gefährdet durch außerordentliche Experimente mit der Benutzung von allgemeinen Techniken für die Wissenschaftsforschung, häufig nur aus Willkür oder wegen des Gewinnes. Um dieser Gefahr zu entkommen, benötigt man die Herstellung von Eilnormen, die auf die Bioethik oder auf die Deontologie begründet sind. Es wird in dieser Arbeit die Notwendigkeit des absoluten Personenschutzes und die wichtige Rolle der Menschenwürde hervorgehoben.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Biomédica. Direitos Fundamentais. Direitos da Pessoa. Bioética. Proteção Jurídica.

**KEY-WORDS:** Biomedical. Fundamental rights. Personal rights. Bioethics. Juridical protection.

**SCHLÜSSELWÖRTER:** Biomedizin. Grundrechte. Personenrecht. Bioethik. Rechtsschutz.

Sophie Gromb, doutora em direito e médica legista (Le Droit de l'Experimentation Sur L'Homme- droit français- règles supranationales, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, Éditions Litec, 1992, com prefácio de Jean Michaud, "Conseiller à Cour de Cassation" e Vice-presidente do Comitê Consultivo Nacional de Ética) faz diversas reflexões sobre a utilização do homem, pela técnica aplicada. As pesquisas sobre o ser humano vêm acarretando indagações, com análises sobre os aspectos éticos, com amparo nos Direitos Fundamentais.

A necessidade científica de um direito voltado para a procura Biomédica, parte do conhecimento objetivo do indivíduo, com base no método anatomoclínico, promovido por Laennec, que consiste no

procedimento de manifestações das doenças ou das experiências no corpo humano.

O nascimento desse processo, decorrente da elaboração de experimentação clínica, representa etapa essencial da medicina ocidental moderna, sendo que nesse terreno situa a obra fundamental de Claude Bernard, precursor de uma medicina que agia cientificamente e não empiricamente (*Introduction à étude de la médecine expérimentale*), Garnier-Flammarion, Paris, 1966).

O fisiologista Claude Bernard foi mais longe, penetrando aspectos da experimentação, na explicação dos mecanismos vitais. O aperfeiçoamento do raciocínio científico, fundado sobre a experimentação, constitui a base de toda indagação clínica.

A elaboração desse novo "approche" científico desenvolve, paralelamente, ao lado de nova disciplina que é a Biologia Lamarck dizia, em 1802, que a Biologia compreendia tudo o que se relacionava com os corpos vivos, particularmente ao seu desenvolvimento, à sua complicação crescente no exercício prolongado dos movimentos da vida.

As indagações científicas que retornam, nos nossos dias, com seus relacionamentos com o Direito, a Biologia, a Medicina, as Ciências da Vida e a Ética (Canguilhem, G. *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie*, Paris, Vrin, 1977) e os Direitos Humanos, passaram por várias fases, onde Charles Darwin, Mendel, Broca, Charles Richet (Prêmio Nobel de medicina e fisiologia, em 1913), trouxeram importantes contribuições. Ao mesmo tempo, o "eugenismo" ganhou terreno (higiene social; controle médico do casamento, com certificado prenupcial; inseminação artificial, através da fecundação das fêmeas, com ajuda de esperma cientificamente selecionado. Ao lado do "eugenismo positivo", surge o "eugenismo negativo"(esterilização; imigração seletiva; exterminação suave, esta descrita por M. Lafont, em "*L'extermination douce. La mort de 40000 malades mentaux dans les hôpitaux psychiatriques en France sous le regime de Vichy*", Tese de Medicina, Universidade Claude Bernard, Lyon, outubro de 1981, publicada por Lárefppi, 1987).

Descobertas fundamentais, no domínio da Biologia, são hoje examinadas ao lado dos Direitos Fundamentais, pelas repercussões que têm sobre a Vida Humana, os Direitos e a Cidadania. Watson e Crick elucidaram a estrutura do ADN (acide désoxiribonucléique, matière constitutive des chromosomes), em 1953; em 1961 o Código Genético é decifrado; em 1973, Smith e Nathan iniciam a era do gênio genético, graças à invenção do bisturi enzimático, capaz de destacar as seqüências dos cromossomos, em função dos critérios estudados. (James Watson & Francis Crick, *Molecular Structure of Nucleic Acids: A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid*, 171, *Nature* 737 (1953); James Watson *Double Helix: "A Personal Account of the Discovery of DNA"* (1968).

Na segunda metade do século XX, a maior parte dos progressos médicos acarretaram sérias preocupações entre os estudiosos dos "Direitos", tendo em vista os diversos domínios que a Bioquímica, a Biofísica, a Imunologia, a Biologia Molecular e a Informática, consideradas como etapa "Humana", extremamente vinculadas às reflexões Biomédicas. A revolução terapêutica, o desenvolvimento da Bioética, e do Bio-Direito, as manipulações sobre a vida, levaram à produção de novas normas jurídicas, sendo que em certas ocasiões surgem situações de emergências de regulações pré ou para-jurídicas (Jean Bernard, "a Bioéthique". Un expose pour comprendre. Un essai pour réfléchir Domínios, Flammarion, Paris, 1994; "De la bioéthique au bio-droit sobre a direção de Claire Neirinck, *Obra Coletiva*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994).

A proteção das liberdades e os direitos fundamentais, inerentes à pessoa e ao corpo humano envolvem-se com questões jurídicas, decorrentes da evolução da Biologia. Michéle Harichaux ressalta que essa temática é de grande atualidade. Os direitos e liberdades relacionados às pessoas humanas e ao corpo, apresentam certas particularidades, dependentes da evolução da Ciência, particularmente da Biologia Humana, após o surgimento de formas novas de procriação ou a utilização do ser humano ou de seus elementos, com a finalidade de experimentação em transplantes de órgãos. Surgem normas de proteção a pessoa e ao corpo humano, nas fontes constitucionais, fontes legislativas nacionais, fontes europeias e de interpretação, normas profissionais, jurisprudências e doutrina. Surgem as práticas médicas e os

direitos corporais (evortement, contraception, stérilisation, insémination artificielle, spermogramme, euthanasia, don d'organes (autorizada, encorajamento aos atos de generosidade, utilização dos cadáveres deve respeitar a vontade das famílias somente do defunto); particularidades por razões médicas, interdidadas por certas religiões e pelos fundamentalistas).

Existem princípios gerais de proteção do corpo do homem que devem observar: a primazia da pessoa; a dignidade da pessoa; respeito do ser humano diante da comercialização de sua vida, inviolabilidade do corpo humano e sua integridade, necessidade de terapêutica (consentimentos e limites); integridade da espécie humana, extra-patrimonialidade do corpo humano (não patrimonialidade do corpo humano); não remuneração ao doador; princípio do anonimato; garantias judiciárias; nascimento e liberdade sexual; esterilização; regulamentação dos nascimentos; interrupção da gravidez; vontade de procriação; assistência médica à procriação; proteção do embrião humano; proteção contra exploração comercial e a experimentação; filiação do embrião; exclusão da ligação biológica entre o doador e a criança; efeitos da filiação; a vida e a utilização do corpo humano; utilização dos órgãos e elementos do corpo humano; regime aplicável à transfusão de sangue, utilização de dados genéticos; regras de proteção específica à utilização do corpo; utilização de tecidos, células e produtos do corpo humano.

A experiência sobre o homem situa-se na confluência de vários direitos, inclusive no que se refere à integridade física, protegida pelo Direito Penal. Surgem investigações autorizadas, garantias científicas, proteção da maternidade, proteção das pessoas vulneráveis. Ressalte-se, ainda o papel da proteção dos dados genéticos e a proteção das pessoas vulneráveis. Ressalte-se, ainda, o papel da proteção dos dados genéticos e a proteção do homem doente (Michèle Harichaux. "La protection des libérés et drits corporales. Liberté et Droits Fondamentaux". Examen déntre au C.R.F.P.A., Montchrestien, paris; 1995; Carlos Fernandez Sessarego. Santos Cinquentes. Eduardo A. Zauoni. Gustavo Bossert. "Derecho Civil, de Nuestro Tiempo, Início de la vida. Adecuación de sexo. Reproducción asistida. Liberdade de información". Universidade de Lima. Facultad de Derecho y Ciências Políticas, Centro de Investigación. Gaceta Jurídica. Editores, Lima, 1995;

"Responsabilidade Civil. Médica, Odontológica e Hospitalar". Carlos Alberto Bittar. Coordenador. Obra Coletiva, Saraiva, São Paulo, 1991; Sueli Gandolfi Dallari. "Os Estudos Brasileiros e o Direito à Saúde". Editora Hucitec. Humanismo, Ciência e Tecnologia, São Paulo, 1995).

A inviolabilidade da pessoa humana vê-se hoje ameaçada por manipulações excepcionais, com a utilização de técnicas gerais, para o desenvolvimento da pesquisa científica, muitas vezes, decorrentes das lógicas do desejo e do lucro. Em face desse perigo torna-se necessário a produção de normas de emergências, assentadas em regras bioéticas ou deontológicas.

As enumerações, muitas vezes, não concretizadas dos Direitos e Liberdades Fundamentais, bem como das Liberdades Públicas, precisam de uma reformulação não apenas teórica, mas pragmática, que lhes dêem efetividade e eficácia. Temos como o corpo humano, os direitos da personalidade, a vida familiar ou as crianças, precisam ser reestudados, para que saiam da fase de enumeração, que se esgota nas listagens mais ou menos ampla dos Direitos, (*Droits et libertés fondamentaux*). Sob a direção de Rémy, Cabrillac, Marie-Anne Frison- Roche, Thierry Revet. Obra Coletiva. Dalloz, Paris, 1996, 3ª edição revista e aumentada: Lebreton. Gilles. "Libertés publiques et droits de; "Homeme", Armand Colin, Paris, 1996; Dominique Turpin. "Les Libertés publiques Théorie générale des libertés publiques, Regime juridique de chacun des libertés publique", Gualino E'diteur. Paris, 1996, 3ª edição, Mémento.

Em alguns países a temática vem sendo estudada com profundidades, onde ressalta-se que a pessoa se encontra, cada vez mais, em confronto com novo poder, como "o poder científico".

O desdobramento desses estudos têm situado a questão da "dignidade para o embrião humano", na sua proteção, ao lado de temas essenciais sobre a vida humana, como o aborto e a eutanásia (*L'Embryon Humain. Approche multidisciplinaire*). Sob a direção de Brigitte Feuillet - Le Mintier. Actes du Colloque des 9 e 10 de novembro de 1995. Obra Coletiva. Prefácio de Alex Kahn e Síntese dos trabalhos de Gérard Cornu, Economica, Paris, 1996; "El tratamiento jurídico de la eutanasia: Una perspectiva comparada", Jose Luis

Díez Ripollés. Juan Munõz Sánchez (Coordenadores), Tirant lo Blanche, Valencia, 1996; Elvira Lopez Diaz. "El Derecho al Honory El Drecho a la Intimidad: Jurisprudencia y Doutrina". Actualizado con el Nuevo Codigo penal. Ley Organica 10/1995, de 23 de novembro, Dykinson, Madrid, 1996; Ingnácio Munāgorri Lagua. "Eutanasia y Drecho Penal", Ministério de Justiça e Interior. Centro de Publicaciones, Madrid, 1994; Jaime Vidal Martinez. Las nuevas formas de reproducción humana, Cuadernos Cívitas, Universidad de Valência, Editorial Cívitas, S.A., Madrid 1998; "Law Reformand Human Reproduction". Edited por Sheila A.M. McLean, Obra Coletiva, Dartmouth, Inglaterra, Estados Unidos, 1992.

Ronald dWorkin, no que explica como "domínio da vida", apresenta importante discussão acerca do aborto, da eutanásia e da liberdade individual.

Os dilemas éticos e sociais, ao lado das decisões em torno da Bioética, estão associados como o "aborto", "esterilização", "reprodução assistida", "genética", "técnicas alternativas de reprodução", "acompanhamento do suicídio", "morte", "operações transexuais", "comercialização e doação de órgãos", "a nova teoria da sexualidade", "casamento entre pessoas do mesmo sexo"(Roger B. Dworkin. "Limites". "The Role of the Law in Bioethical Decision Marking". Indiano University Press. Bloomington and Indianapolis, 1996) e outros temas, vinculados a Biomédica.

A Teoria da sexualidade trata da biologia do sexo, com incursões nas bases biológicas do caráter do "sexo normal" e das teorias morais da sexualidade (Richard A. Porner. "Sex and Reason". Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, London, 1992; Richard A. Posner and Katharine B. Silbaugh. "A Guied to America's Sex Laws", The University of Chicago Press. Chicago and London, 1996).

A procura de um "protocolo" experimental preciso, é necessária para que uma hipótese científica seja válida ou rejeitada. A busca fundamental liga-se à procura aplicada, visando a exploração, o diagnóstico e a terapêutica. Essa metodologia depende das reações psicológicas e fisiológicas do homem (J. Thuillier, "La médecine el la mort", ed. Calmann-Levy). Importantes indagações são procedidas na psiquiatria, pasicopalogia e na

terapêutica. Nos Estados Unidos foram feitas pesquisas para os militares ( P. Watson, "War on the mind: the military uses and abuses of psychology", New York, Basic Books, 1978). Ressalte-se, também, o contrato feito pela CIA, para experimentação das modificações do comportamento, em particular pelo uso do LSD.

As inovações cirúrgicas, a atuação dos biotecnologistas, têm propiciado várias formas de atuação no corpo vivo do homem e nos cadáveres. No setor do diagnóstico médico "in vitro" são feitos diversos estudos sobre suas conseqüências jurídicas.

Os estudos da Biomédica, no Sistema Legal Americano, realizam várias indagações sobre o aborto, técnicas alternativas de reprodução, a Nova Genética, a vida com limites, a explosão das investigações biológicas e de aplicação médica e seus reflexos na humanidade, com incursões sobre os dilemas éticos, a complexidade, as múltiplas técnicas artificiais adotadas nos seres humanos, prolongamento da vida, paciente terminal e suicídio assistido ("Surrogate motherhood", "Vitro fertilization", "artificial insemination").

As técnicas e as mudanças nas noções convencionais da família, mudanças nas relações pessoais, considerações sobre "gay" e "lésbicas", bem como do parentesco, com evidente considerações sobre a Ética.

No Brasil e no Direito Comparado, outros temas vêm ocupando novas indagações sobre conceito de morte, transplante, procriação assistida e direitos fundamentais, determinação e mudança de sexo, direito à vida e ao próprio corpo, inseminação artificial, fertilização "in vitro" ou a tutela penal da intimidade. R. Limongi França. "O conceito de Morte Diante do Direito ao Transplante e do Direito Hereditário", em Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Ano IX, n. 8, Rio de Janeiro, 2º semestre, 1995, pp. 57 e ss; Luís Zarraluqui. "Procreacion Assistida y Derechos Fundamentales", Editorial Tecnos, Madrid, 1988; Antônio Chaves, "Direito à Vida e ao Próprio Corpo". Intersexualidade, transexualidade, transplantes, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994; Matilde Josefina Sutter, "Determinações e Mudança de Sexo. Aspectos Médico-Legais". Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993; Heloisa Helena Barloza. "A Filiação em Face da



Inseminação Artificial e da Fertilização "in vitro", Renovar, Rio de Janeiro, 1993 ou Paulo José da Costa Jr. "O Direito de estar só. Tutela Penal da Intimidade". Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, 2ª edição; Eduardo de Oliveira Leite. "Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos". Editora Revista dos tribunais, São Paulo, 1995.

O preâmbulo da Constituição da organização Mundial de Saúde, compreende que a saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social, não consistindo em apenas a ausência da doença ou da enfermidade. (J.M. Auby. "Le droit de la santé", Éd.PUF, 1981). O tema desdobra-se nas análises em torno da saúde individual e da saúde pública, com o desenvolvimento do Direito à Saúde (A. Levy M. Cazaban, J. Duffour, R. Jourdan. "Manuel de santé publique", Editora Masson, 1989; J. Moreaux e D. Trucher. "De la santé publique", Ed. Dalloz, 1990).

Quando os comportamentos individuais, em matéria de saúde, repercutem sobre o conjunto da coletividade, é preciso passar da saúde privada à saúde pública, circunstância que traduz a dimensão social do problema.

Essas indagações proliferam em vários segmentos do direito, como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito do Trabalho.

A regulamentação internacional, com as normas da saúde em escala mundial e no Direito Comunitário abriram novas noções sobre o tema. (Resoluções e "Rapports") relativas às normas comuns de higiene, troca de informações mútuas, problemas hospitalares, a elaboração de uma farmacopéia européia, a proteção da saúde mental, a luta contra o alcoolismo e a toxicomania.

O Conselho da Europa elaborou uma Carta Social européia, adotada em 18 de outubro de 1961, que confirma o direito à saúde para todos, no mesmo sentido o Código Europeu de Seguridade Social, adotado em 16 de abril de 1964.

O "bureau" regional da Europa (OMS), em seu programa "Saúde para

todos" deu aos Estados critérios para reflexão metodológica aprofundada sobre os fins, características promoção de políticos nacionais de investigação médica (Recherches prioritaires liées à lá santé pour tous). Copenhagen E'd OMS, 85, nº 3.

A Comunidade Econômica Européia tem se esforçado na promoção da cooperação dos Estados membros na investigação Biomédica. Merecem referência o Programa de ação contra o câncer (1985) ou os trabalhos encetados a partir de 1987, na luta com a SIDA. No mesmo sentido o Programa "Eureka", que consiste no estímulo dos organismos privados ou públicos, para reagruparem-se em torno do seu trabalho, sobre Biotecnologia e Biomédica.

Em todas essas atividades, ressalta-se a necessidade da "proteção absoluta da pessoa", com o relevante papel dado à "dignidade inerente à pessoa". Ninguém pode ser submetido à tortura, às penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Nessa proteção à cidadania tem papel relevante as indagações sobre a honra, a privacidade e a imagem, que o Justice Louis D. Brandeis chamou como "the right to be let alone"(Ellen Alderman e Carlone Kennedy. "The Right to Privacy". Alfred A. Knop, New York, 1995; Keynes Edward. "Liberty, Property, and Privacy, Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process". The Pennsylvania State University Press. University Park, Pessilvania, 1996); Boling, Patrícia "Privacy, And the Politics of Intimate Life", Cornell University Press. Ithaca an London, 1996; David H. Flaherty. "Protecting Privacy in Surveillance Servives. The Federal Republic of. Germany. Sweden, France, Canade and the United States", The University of North Carolina Press, Chapel Hill and London, 1989.

Em todas essas manifestações, a efetivação da cidadania demanda a manutenção da igualdade e da liberdade, com a preservação dos preceitos constitucionais, das normas, diretrizes e as incertezas do direito, com a segurança do garantismo, dos direitos morais e jurídicos, vistos dentro das controvérsias políticas, sobre a sua seriedade, para definir adequadamente quem e quando deve ser obedecido (Norberto Bobbio. "Eguaglianza e

Libertá", Einaudi Contemporanea, 40. Casa Editrice Einaudi, Torino, 1995; Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*". Harvard Rniversity Press, Cambridge, Massachessetts, 1978).

Já em 1976, o Conselho da Europa abordou, pela primeira vez, os problemas do Direito Médico, de onde provêm várias Recomendações: recomendação 779 (1976), relativa aos direitos dos doentes e dos moribundos; Recomendação 818 (1977) relativa à situação dos doentes mentais; Recomendação 934 (1982) relativa a engenharia genética; Recomendação 1046(1986), relativa a utilização de embriões e fetos humanos com os fins de diagnósticos, terapêuticas científicas, industriais e comerciais; Recomendação 1100 (1985) sobre a utilização dos embriões e fetos humanos, na pesquisa científicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOZA, Heloisa Helena. *A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização in vitro*. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.
- BERNARD, Jean. *Bioéthique. Un Expose pour comprendre. Un essai pour réfléchir* Domínios. Flammarion, Paris, 1994.
- BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.) *Responsabilidade Civil, Médica, Odontológica e Hospitalar*, São Paulo, Saraiva, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e Libertá*. Einaudi Contemporanea, Casa Editrice Einaudi, Torino, 1995.
- CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao próprio corpo. Intersexualidade, transexualidade, transplantes*), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só. Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, 2ª ed.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estudos Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo, Editora Hucitec, 1995.
- FRANÇA, Limongi. *O conceito de Morte diante do Direito ao Transplante e do Direito Hereditário*, in Revista da Academica Brasileira de Letras Jurídicas, Ano IX, n. 8, Rio de Janeiro, 2º semestre, 1995.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- SUTTER, Matilde Josefina. *Determinações e Mudança de Sexo – Aspectos Médico-legais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- TURPIN, Dominique. *Les Libertés publiques Théorie générale des libertés Publiques, regime juricique de chacun des libertés publique*, Gualino E'diteur. Paris, 1996, 3ª edição.