

2021

COORDENADORES

HELOISA HELENA **BARBOZA**

LIVIA TEIXEIRA **LEAL**

VITOR **ALMEIDA**

BIODIREITO

TUTELA JURÍDICA DAS
DIMENSÕES DA VIDA

REPRODUÇÃO ASSISTIDA • PESQUISA EM
SERES HUMANOS • TRANSEXUALIDADE
INTERNAÇÃO FORÇADA • TESTAMENTO
VITAL • EUTANÁSIA • GÊNERO

EDITORA
FOCO

Você está recebendo, **GRATUITAMENTE**, um fragmento da obra da **Editora Foco**, para dar início aos seus estudos.

Este conteúdo não deve ser divulgado, pois tem direitos reservados à editora, constituindo-se uma cortesia a título de motivação aos seus estudos.

Faz-se necessário evidenciar que tal fragmento não representa a totalidade de uma obra ou disciplina.

A obra, na sua totalidade, poderá ser adquirida no site da **Editora Foco**:

www.editorafoco.com.br

Bons estudos!

Editura Foco



2021 © Editora Foco

Coordenadores: Heloisa Helena Barboza, Livia Teixeira Leal e Vitor Almeida

Autores: Ana Carolina Brochado Teixeira, Ana Carolina Velmovitsky, Beatriz Capanema Young, Caio Ribeiro Pires, Cássio Monteiro Rodrigues, Diogo Luna Moureira, Eduardo Freitas Horácio da Silva, Elisa Costa Cruz, Felipe Zaltman Saldanha, Filipe José Medon Affonso, Gabriel Schulman, Giovanna Cardoso Moretto, Heloisa Helena Barboza, Jonathan de Oliveira Almeida, Júlia Costa de Oliveira, Juliane Caroline Pannebecker, Livia Teixeira Leal, Luiza Lopes Franco Costa, Maici Barboza dos Santos Colombo, Maria Carolina Bichara, Maria de Fátima Freire de Sá, Marina Duque Moura Leite, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira,

Thiago Rosa Soares e Vitor Almeida

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editora: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgina Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima e Aparecida Lima

Impressão miolo e capa: FORMA CERTA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

B615 Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida / Ana Carolina Brochado Teixeira...[et al.] ; coordenado por Heloisa Helena Barboza, Livia Teixeira Leal, Vitor Almeida. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2021.

360 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui índice e bibliografia.

ISBN: 978-65-5515-126-8

1. Direito. 2. Medicina. 3. Biodireito. I. Teixeira, Ana Carolina Brochado. II. Velmovitsky, Ana Carolina. III. Young, Beatriz Capanema. IV. Pires, Caio Ribeiro. V. Rodrigues, Cássio Monteiro. VI. Moureira, Diogo Luna. VII. Silva, Eduardo Freitas Horácio da. VIII. Cruz, Elisa Costa. IX. Saldanha, Felipe Zaltman. X. Affonso, Filipe José Medon. XI. Schulman, Gabriel. XII. Moretto, Giovanna Cardoso. XIII. Barboza, Heloisa Helena. XIV. Almeida, Jonathan de Oliveira. XV. Oliveira, Júlia Costa de. XVI. Pannebecker, Juliane Caroline. XVII. Leal, Livia Teixeira. XVIII. Costa, Luiza Lopes Franco. XIX. Colombo, Maici Barboza dos Santos. XX. Bichara, Maria Carolina. XXI. Sá, Maria de Fátima Freire de. XXII. Leite, Marina Duque Moura. XXIII. Pereira, Paula Moura Francesconi de Lemos. XXIV. Soares, Thiago Rosa. XXV. Almeida, Vitor. XXVI. Título.

2021-2062

CDD 344.04197

CDU 34:57

Elaborado por Odilio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Biodireito 344.04197

2. Biodireito 34:57

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (09.2020) – Data de Fechamento (09.2020)

2021

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Rua Nove de Julho, 1779 – Vila Areal
CEP 13333-070 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br
www.editorafoco.com.br

APRESENTAÇÃO

O acelerado progresso da biotecnologia descortina dilemas éticos e jurídicos em que a proteção da pessoa humana é desafiada de forma constante e inquietante. As intervenções biomédicas e biotecnológicas desnudam o ser humano em múltiplas dimensões e rompem com a ordem natural das coisas, bem como desmistificam os desígnios sagrados e permitem, em certa medida, o controle dos rumos da vida. O *nascer*, o *desenvolver-se* e o *morrer* foram profundamente modificados e permitem um gerenciamento da vida como nunca antes foi possível, o qual se potencializa e transpõe os limites da ficção quando se consideram as interferências no humano advindas da inteligência artificial. A biotecnociência permite decidir quando e como nascer, modificações e aperfeiçoamentos corporais, mudança de sexo, adiamento da morte, a decisão a respeito do fim da própria vida e, quem sabe, controle ou alteração da mente humana.

Muitos dos temas já são objeto de estudo há algumas décadas por parte de bioeticistas e, posteriormente, de juristas que se debruçam sobre área que já não é nem mais nascente, mas que enfrenta temas que ainda não foram objeto de leis específicas e nem é disciplina obrigatória em diversas faculdades de direitos. Nem por isso, o chamado Biodireito, designação dada ao campo do Direito que se dedica ao estudo sistemático dos efeitos da biotecnologia no mundo jurídico, teve sua importância reconhecida, a despeito das várias obras publicadas, e dos múltiplos eventos realizados sobre a temática. Mesmo diante do cenário de escassez legislativa existente, constatam-se pontuais avanços, como com a promulgação da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), a edição do Provimento n. 63 do Conselho Nacional de Justiça, que trata do registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, e do Provimento n. 73, que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN), bem como de diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina que, em perspectiva deontológica, tratam da ortotanásia, das diretivas antecipadas, da transexualidade e da reprodução assistida.

A presente coletânea é fruto da segura liderança e das provocações sempre pertinentes da professora Heloisa Helena Barboza, ora coordenadora, na disciplina optativa de Biodireito e Valores Constitucionais, da linha de Direito Civil, na área de concentração Pensamento Jurídico e Relações Sociais, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e de grupos de pesquisa por ela capitaneados. Assim, diversos alunos, ex-alunos, orientandos e ex-orientandos, hoje, já mestres e doutores, academicamente provocados pela Professora Heloisa Helena Barboza, se debruçaram sobre temas sensíveis e ainda polêmicos a respeito dos efeitos da biotecnologia nas diferentes etapas da vida humana. Importante frisar que, desde início dos anos de 1990, a professora Heloisa Helena Barboza é precursora nos estudos do Biodireito no país, com especial destaque para a publicação da obra *A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização in vitro*, em 1993, pioneira em tal temática,

bem como de diversos outros artigos e coletâneas sobre o assunto, dentre os quais se destacam a *Insuficiência dos Conceitos Jurídicos*, publicado em obra coletiva, de 2001, por ela coordenada em parceria com o professor Vicente Barreto – Temas de Bioética e Biodireito – e *Princípios da Bioética e do Biodireito*, publicado, em 2000, na Revista Bioética.

A presente obra foi dividida em três partes, buscando um olhar sobre a vida humana em sua plenitude, a partir de cada dimensão da existência do sujeito. A primeira direciona-se a temas relacionados ao *início da vida*, como reprodução assistida, proteção do nascituro e violência obstétrica. A segunda se debruça sobre o *desenvolvimento da vida* e examina os reflexos jurídicos das intervenções sobre o corpo humano ao longo da vida, englobando estudos sobre ensaios clínicos, pesquisas científicas em seres humanos, internação forçada, privacidade e sigilo em atendimento de saúde de pacientes adolescentes, transexualidade. A terceira tem por objeto as questões atinentes ao *fim da vida*, abrangendo diretivas antecipadas de vontade, morte digna e transplante de órgãos.

As autênticas contribuições dos coautores têm uma linha firme de interpretação das normas existentes e encaminhamento das soluções possíveis no marco da legalidade constitucional e de proteção intransigente da dignidade da pessoa humana. Sob tais premissas, os textos aqui reunidos refletem os diálogos, o compartilhamento das bibliotecas pessoais (virtuais ou não), as trocas de ideias e as reflexões individuais. O leitor tem em mãos uma obra coletiva no seu sentido mais genuíno, “feito e costurado a diversas mãos”. A bem da verdade, os intrincados problemas do Biodireito revelam, em essência, dilemas da vida renovados pela revolução biotecnológica. Reforça-se a necessidade de hoje (e sempre) colocar o ser humano como alvo de toda proteção jurídica, como fim primordial do Direito. É certo também que muitos dos avanços biotecnológicos, por seu alto custo, não são acessíveis à parcela significativa da população, fato que agrava certas vulnerabilidades, quando não torna vulneráveis determinadas pessoas. A concretização de “sonhos” por meio do progresso biotecnocientífico, como legítima expressão dos anseios humanos, tais como o acesso ao projeto parental, à cirurgia de transgenitalização, e de modo geral a remédios e técnicas que possibilitam melhor qualidade de vida, pode, por outro lado, desnudar sua face perversa, ao ensejar a mercantilização da pessoa humana, com especial risco às populações vulneráveis.

O *Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida*, obra que ora se apresenta ao público, nasce de um contínuo desconforto de diversos pesquisadores, sob segura liderança da Professora Heloisa Helena Barboza, sobre a invasão da biomedicina e biotecnologia em todas as dimensões da vida. Embora essa crescente interferência no ser humano seja muitas vezes benéfica, nem sempre se dá sem riscos e de modo igual para todos. A insuficiência dos institutos jurídicos diante desse quadro, que há tempos é sinalizada, somente poderá ser atenuada com esforços coletivos de reflexão e pesquisa - comprometida e séria – que poderão indicar os possíveis rumos de proteção da pessoa humana na era da biopolítica, a partir do respeito à dignidade humana e da afirmação axiológica da fraternidade universal.

Livia Teixeira Leal

Vitor Almeida

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	III
A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA NO LIMIAR DO SÉCULO XXI: O FLORES- CER DA BIOPOLÍTICA	
Heloisa Helena Barboza.....	IX

PARTE I INÍCIO DA VIDA

OS CONTRATOS NAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	
Beatriz Capanema Young.....	3
NOTAS SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA NO BRASIL: A RESO- LUÇÃO 2.168/2017 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E O MERECE- MENTO DE TUTELA DO ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS	
Cássio Monteiro Rodrigues.....	19
O ALCANCE DA PROTEÇÃO DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO EM FACE DA REVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA	
Vitor Almeida	37
VIOLENCIA OBSTÉTRICA E A EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA DA HUMANIZAÇÃO DO PARTO	
Ana Carolina Brochado Teixeira, Diogo Luna Moureira e Maria de Fátima Freire de Sá	63

PARTE II DESENVOLVIMENTO DA VIDA

A BIOÉTICA E AS PESQUISAS CIENTÍFICAS EM SERES HUMANOS	
Maria Carolina Bichara.....	79
PRIVACIDADE E SIGILO EM ATENDIMENTO DE SAÚDE: ENTRE O DIREITO DE ADOLESCENTES E O DEVER PROFISSIONAL	
Elisa Costa Cruz	87

ENSAIOS CLÍNICOS E VULNERABILIDADE: O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DE CRIANÇAS, ADOLESCENTES E DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL	
Thiago Rosa Soares.....	99
O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS ENSAIOS CLÍNICOS NO ORDENAMENTO LUSO-BRASILEIRO	
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira	113
A PLURALIDADE DE CORPOS <i>VERSUS</i> O MODELO BINÁRIO DE REGISTRO: REFLEXÃO SOBRE O REGISTRO CIVIL DE INTERSEXUAIS	
Felipe Zaltman Saldanha e Marina Duque Moura Leite	139
TRATAMENTO JURÍDICO DA TRANSEXUALIDADE NA INFÂNCIA E NA ADOLESCÊNCIA	
Eduardo Freitas Horácio da Silva e Livia Teixeira Leal.....	155
DIREITO AO ESQUECIMENTO E A TRANSEXUALIDADE: COMO PROTEGER UMA PRIVACIDADE FLUÍDA NO REINO DAS LIBERDADES?	
Júlia Costa de Oliveira.....	171
OS CORPOS, OS CRITÉRIOS PARA AS INTERNAÇÕES FORÇADAS – E A FALTA DELES. MEDIDAS DE SEGURANÇA E INCAPACIDADE CIVIL	
Gabriel Schulman e Giovanna Cardoso Moretto.....	199
PARTE III	
FIM DA VIDA	
A NATUREZA JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL	
Luiza Lopes Franco Costa	215
TESTAMENTO VITAL REALIZADO POR CRIANÇA	
Ana Carolina Velmovitsky.....	227
REFLEXÕES ACERCA DA VALIDADE E EFETIVIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO	
Filipe José Medon Affonso	241
ENTRE A VIDA E A MORTE, A DIGNIDADE: UMA PROPOSTA PARA A JURIDICIZAÇÃO DA MORALIDADE DA EUTANÁSIA	
Jonathan de Oliveira Almeida.....	263

O EXTREMO DO “EXTREMO DA VIDA”: A POSSIBILIDADE DE EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO E SEUS LIMITES

Caio Ribeiro Pires..... 281

TRATAMENTO JURÍDICO DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL

Juliane Caroline Pannebecker 299

TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS: A QUEM CABE DECIDIR O DESTINO DO CORPO HUMANO PARA DEPOIS DA MORTE?

Maici Barboza dos Santos Colombo 317

A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA NO LIMIAR DO SÉCULO XXI: O FLORESCER DA BIOPOLÍTICA^{1?}

Heloisa Helena Barboza

Professora Titular de Direito Civil e Diretora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Parecerista e Árbitra em Direito Privado.

"[...] o que está sempre em pauta na biopolítica é o manejo insistente e infinito das fontes da vida para a produção de riqueza material e para a regulação dos laços sociais."

(Joel Birman)

Sumário: 1. Introdução. 2. A era da biopolítica. 3. Interferências no corpo humano: algumas questões. 4. Corpo como identidade. 5. O corpo em face do Direito. 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar os efeitos de algumas interferências no corpo humano, que suscitam questões jurídicas à luz do direito brasileiro. Mais precisamente, procura-se trazer ao debate o corpo como *locus* de construção da identidade do ser humano, a qual se dá à luz da autonomia e da subjetividade, em sua possível harmonização com o Direito. Considera-se o corpo do início do século XXI, que traduz de modo bastante claro a era da biopolítica, cenário inafastável que fornece os elementos e aonde se desenvolve o mencionado processo de construção. Indispensáveis, por conseguinte, breves incursões nos conceitos envolvidos, especialmente no de biopolítica, como formulado por Michel Foucault. A menção a alguns fatos é feita para apresentar questões já existentes, sobre as quais não se consolidaram ainda os entendimentos, o que por si só autorizaria sua análise e discussão. O objetivo último é contribuir, o quanto possível, para o encaminhamento das soluções que se esperam.

2. A ERA DA BIOPOLÍTICA

Já se afirmou, com propriedade, que a biopolítica é uma das maiores características da contemporaneidade, uma vez que constitui a “matriz epistêmica e política que

1. O texto foi originalmente publicado em BARBOBA, Heloisa Helena. A pessoa na Era da Biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. *Cadernos IHU Ideias* (UNISINOS), v. 194, p. 3-20, 2013. Para a presente coletânea o trabalho foi atualizado e ampliado com o auxílio de Vitor Almeida, a quem a autora agradece penhoradamente.

delineou todo o processo de medicalização do Ocidente, confundindo-se mesmo com a modernização deste, iniciada na virada do século XVIII para o século XIX”.²

Na verdade, a denominada “medicalização” da sociedade não é algo inteiramente novo, visto ser um processo que teve início com as revoluções científicas dos séculos XVII e XVIII, as quais subverteram a ordem até então existente, ao desafiar e questionarem a “lei natural” considerada imutável à época. Ao desvendar alguns dos mistérios naturais, pertencentes à ordem do “sagrado”, o homem, através da ciência, deu ensejo a uma contínua “dessacralização da natureza”, que até a atualidade se desenvolve de forma crescente e acelerada. Não sem razão se diz que “[...] o homem começou a forjar o projeto de ser como Deus, ter a mesma estatura deste, isto é, criar o mundo à sua imagem e semelhança”. Para tanto, “necessário foi desafiar a figura de Deus com insistência, para enunciar então *logos* numa outra retórica, que não fosse metafísica nem tampouco teológica”. A ciência materializou esse desafio e positivou essa nova retórica de *logos*, fazendo emergir um discurso “[...], que evidenciava o novo poder do homem sobre o mundo e a natureza”. O *progresso* se tornou “a nova religião criada pelo homem, resultante da sua ruptura com o *logos* divino”.³

O saber científico, em todas as suas expressões, encontrou na medicina um de seus principais instrumentos e tornou a vida humana objeto do saber teórico, especialmente do conhecimento biológico. Neste cenário imbrica-se outro fenômeno: desde a época clássica o Ocidente assistia a uma profunda transformação no modo de exercício do poder soberano que tinha no direito de vida e morte sobre seus súditos, um de seus privilégios característicos. O direito do soberano de *causar* a morte ou *deixar* viver, característico de um tipo histórico de sociedade em que o poder se exercia “essencialmente como instância de confisco”, e que tinha o direito de apropriar-se de bens, produtos, serviços, trabalho, corpos e da vida humana, inclusive para suprimi-la, transforma-se, desloca-se, e passa a ser um poder que gere a vida e se ordena “em função dos seus reclamos”. Nas guerras, deixa-se de defender o soberano, para lutar pela existência de todos: “populações inteiras são levadas à destruição mútua em nome da necessidade de viver”. A existência que está em questão não é mais a jurídica, expressa na soberania, mas a biológica – a própria vida de uma população. A força do poder se encontra não mais no direito de matar, mas na manutenção da vida, da espécie, da raça e para tanto é preciso pô-la em ordem, sustentá-la, assegurá-la. O direito de causar a morte ou deixar viver foi substituído pelo “poder de *causar* a vida ou *devolver* à morte”.⁴

Desse modo, em lugar da morte o poder passa a gerir a vida, de forma positiva, para que cresça e se multiplique, sob controles precisos e regulações de conjunto. O poder encontra no saber o instrumento para esse gerenciamento: o *saber* sobre a natureza implica a assunção de *poder* sobre a natureza dos homens.

2. BIRMAN, Joel. Arquivo da biopolítica. In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). *Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: Letras Livres, 2005. p. 30.

3. Id. *Ibid.*, p. 32-33 e 36.

4. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. 17. ed. Trad. Maria Tereza da Costa Albuquerque e J. A. Guillon Albuquerque, Rio de Janeiro: Edições Graal, 2006. p. 148-150.

De acordo com Michel Foucault, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII e de dois modos principais, que se interligam num feixe de relações: o primeiro centrado no corpo como máquina, e o segundo, que surgiu na metade do século XVIII, focado no corpo-espécie, que compreende o ser vivo em sua mecânica e o suporte dos processos biológicos. O corpo máquina precisa ser constantemente adestrado, ampliado em suas aptidões e forças, para que cresça sua utilidade e docilidade, o que ocorre através das *disciplinas*,⁵ para facilitar e potencializar sua integração nos sistemas de controle mais eficazes e econômicos. O corpo biológico é o suporte dos processos de nascimento e morte, da saúde e da duração da vida, com todas as variáveis que sobre eles podem incidir. É preciso uma série de intervenções e *controles reguladores* sobre esses processos – “*uma biopolítica da população*”.⁶

A organização do poder sobre a vida se desenvolve sobre esses dois polos: as disciplinas do corpo e as regulações da população. A função maior desse poder não é mais matar, mas investir sobre a vida, administrando corpos e gerenciando calculadamente a vida, quer no nível micro (sujeitando corpos) nas escolas, casernas, quer no nível macro (controlando populações), ao agir sobre problemas de controle da natalidade, longevidade, habitação e saúde, através das práticas políticas e de observações econômicas. Instaura-se, desse modo, “a era do biopoder”.⁷

A biopolítica e o biopoder são as técnicas de poder que a partir do século XIX estão presentes em todos os níveis do corpo social, individual e coletivo. Desde então, a articulação do poder-saber torna-se um agente da transformação da vida humana, que se potencializou no século XX e avança exponencialmente no século XXI com o desenvolvimento, sem precedentes, da tecnologia, e, em particular da ciência da computação em toda sua amplitude, as quais igualmente têm boa parte voltada para a vida: uma biotecnologia “digitalizada”.

A biotecnologia tem recebido diversas definições, e em linguagem comum o termo é empregado para se referir “ao uso e manipulação tanto de organismos vivos, como de substâncias deles obtidas”.⁸ Sob a perspectiva técnica, pode ser definida como “a aplicação da ciência e da tecnologia aos organismos vivos, assim como a partes, produtos e modelos dos mesmos, para alterar materiais vivos ou não, com o fim de produzir conhecimentos, bens e serviços”.⁹

5. O termo *disciplina* tem dois usos em Foucault, um na ordem do saber, relacionado à forma discursiva de controle da produção de novos discursos, e outro na ordem do poder, utilizado no presente texto, que se refere “ao conjunto de técnicas em virtude das quais os sistemas de poder têm por objetivo e resultado a singularização dos indivíduos”, aos “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade”. Id. *Ibid.*, p. 118.

6. Id. *Ibid.*, p. 151-152.

7. Id. *Ibid.*, p. 152.

8. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Comares, 2011. t. I, p. 284.

9. LÓPEZ, José Luis García. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Comares, 2011. t. I, p. 284.

Segundo Schramm e Kottow Lang,¹⁰ a biotecnologia oculta o fato prévio da amálgama entre ciência e técnica – tecnociência – que se nutrem reciprocamente: o conhecimento científico serve de forma direta e imediata ao desenvolvimento técnico, que por sua vez fornece à ciência instrumentos de pesquisa e observação cada vez mais sofisticados. Desaparece, desse modo, a distinção entre conhecimento e aplicação. Em consequência, “a ciência não pode declarar-se imune à valoração ética, já que sua produção de imediato adquire presença social e, com isso, peso valorativo”. Por conseguinte, a utilização reducionista da palavra biotecnologia pode ser bastante problemática, na medida em que ignora a diversidade de interesses comprometidos e as reflexões que desencadeia.

Do ponto de vista jurídico, a biotecnologia se tornou objeto de preocupação concreta somente na década de 1970, após a descoberta do DNA e o desenvolvimento de técnicas de recombinação molecular. Embora esta não seja a única questão que suscitada pela aplicação da biotecnologia em organismos humanos, é a que tem recebido maior atenção do Direito e da Ética, em razão do impacto que essas técnicas podem ter sobre a saúde humana e o meio ambiente.¹¹

Na verdade, o saber científico encontrou um grande aliado na técnica, cujo aprimoramento é crescente. De acordo com Schramm¹² pode-se considerar a *biotecnociência* como um paradigma científico, que orienta o conhecimento dos fenômenos e processos vivos – chamados também de autopoieticos – e as intervenções que visam seu controle e transformação, do qual se originam as várias biotecnologias, que devem ser consideradas os produtos originados a partir do paradigma biotecnocientífico. Trata-se de um neologismo, formado pelos termos *bio* e *techne* (de origem grega) e *cientia* (de origem latina e tradução do grego *episteme*), que visa indicar a interação entre sistemas complexos como são os seres e ambientes vivos, o sistema técnico e de informação que permite agir sobre tais sistemas, e o tipo de saber e saber-fazer que se torna possível quando aplicado ao mundo vital. O paradigma biotecnocientífico refere-se, em particular, às atividades da medicina, da biologia amplamente entendida, dos dispositivos de informação e comunicação, da biopolítica, e a suas interações.

Neste cenário biotecnocientífico, a medicina constitui o instrumento por excelência da biopolítica, e permite a “gestão dos viventes”, especialmente no que diz respeito ao corpo humano, individualmente considerado, que se pressupõe afeto à subjetividade e à autonomia de cada indivíduo.

3. INTERFERÊNCIAS NO CORPO HUMANO: ALGUMAS QUESTÕES

A medicina de há muito, como se vê, passou a ocupar um lugar de destaque na gestão dos corpos no espaço urbano, quer no plano individual (medicina clínica), quer no coletivo (medicina social). Através das disciplinas os corpos são “docilizados”, isto

10. SCHRAMM, Fermin Roland; KOTTOW LANG, Miguel. *Bioética y biotecnología: lo humano entre dos paradigmas*. *Acta Bioethica*, a. VII, n. 2, p. 259-267, 2001, p. 260-261.

11. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. Op. cit., p. 284.

12. SCHRAMM, Fermin Roland. Paradigma bio-tecnocientífico e paradigma bioético. In: ODA, Leila M. (Org.). *Biosafety of transgenic organisms in human health products*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996. p. 112.

é, “submissos” e “exercitados”.¹³ A disciplina fabrica corpos “dóceis”, ou seja, que tem suas forças aumentadas em termos econômicos de utilidade, mas diminuídas em termos políticos de obediência.¹⁴ Melhor do que reprimir é gerir a vida dos indivíduos, controlá-los em suas ações, diminuir sua capacidade de revolta, de resistência, de luta, de insurreição contra as ordens do poder, neutralização dos efeitos de contrapoder, isto é, tornar os homens dóceis politicamente.

A disciplina não é uma instituição ou um aparelho, é um instrumento do poder, do poder disciplinar, que funciona como uma rede que atravessa os corpos sem se limitar a suas fronteiras, que opera através de “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que asseguram a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade [...]”.¹⁵ O poder não atua do exterior: através da disciplina trabalha o corpo dos homens, manipula seus elementos, produz seu comportamento, enfim, fabrica o tipo de homem necessário ao funcionamento e manutenção da sociedade industrial, capitalista.

O poder possui uma eficácia produtiva, uma riqueza estratégica, uma positividade. Justamente esse aspecto explica o fato de ter como alvo o corpo humano, não para supliciá-lo, mutilá-lo, mas para aprimorá-lo, adestrá-lo: o corpo dócil pode ser submetido, utilizado, transformado e aperfeiçoado.¹⁶ Efetivamente o poder atende melhor seus objetivos políticos e econômicos quando aproveita ao máximo as potencialidades dos indivíduos, mediante o uso de um sistema de aperfeiçoamento gradual e contínuo de suas capacidades.

Muitos avanços da biotecnologia se expandiram e popularizaram após as mencionadas concepções de Foucault, mas não há como deixar de reconhecer que os progressos biotecnológicos se tornaram por excelência os grandes instrumentos da biopolítica, municiando o biopoder e gerando novos métodos e processos para o exercício do poder disciplinar. Uma feição “nova” foi descortinada ao se tornar possível a interferência em processos “naturais”. A “desconstrução do natural”, a “alteração” da “ordem natural das coisas”, que parecia intangível e imutável, promovida pelas tecnociências e pela medicina vem provocando uma série de profundos questionamentos éticos, bioéticos e jurídicos. Em particular, as interferências sobre o corpo humano, em seus processos e possibilidades “naturais” merecem destaque, pelas amplas repercussões sociojurídicas já constatadas.

Várias normas, regras e conceitos jurídicos foram construídos considerando alguns fatos naturais, tidos como inalteráveis, como o processo de reprodução humana, a impossibilidade de retardamento a morte, e a diferença entre os sexos/gêneros. É certo que tais fatos se mantem, mas a possibilidade de situações que os contrariam ou, pelo menos,

13. Segundo Foucault, o surgimento ou a “invenção” dessa “anatomia política”, ou seja, da aplicação das disciplinas, não é súbita, mas ocorre através de uma multiplicidade de processos às vezes mínimos, de origens diferentes, de localizações esparsas, que se repetem e imitam, mas convergem e acabam assumindo o aspecto de um “método geral”. Tais processos são encontrados nas escolas, nos hospitais, na organização militar, nas oficinas e fábricas. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 119.

14. Id. *Ibid.*, p. 119.

15. FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, 2008, p. 118.

16. Id. *Ibid.*, p. 118.

inovam os processos ou resultados esperados, abala normas e conceitos jurídicos, que se revelam insuficientes diante de situações inéditas, que ultrapassam limites até então considerados intransponíveis.

Nessa linha os exemplos se multiplicam dia a dia: retarda-se a morte, para muito além do esperado, por força dos transplantes de órgãos; as técnicas de reprodução assistida permitem que pessoas inférteis e mortas reproduzam, que embriões humanos sejam criados *in vitro* e que uma mulher geste o filho que será de outra; manipulam-se fetos no útero materno para tratamento de doenças; modificam-se os caracteres sexuais ao ponto de permitir a mudança de sexo/gênero; as pesquisas no campo da genética, por um lado acenam com a cura de doenças graves, por outro criam severa tensão com a denominada “edição genética”.¹⁷ A cada momento os direitos fundamentais são postos à prova, perquiridos em sua extensão e efetividade: o ser humano está em jogo em sua integridade psicofísica.

Notáveis também são as crescentes e contínuas possibilidades de interferência no corpo, quer para atender desejos pessoais, como se constata com toda sorte de tratamentos cosméticos, implantes de silicone, cirurgias plásticas estéticas, quer por razões médicas para fins de diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças. Somem-se a todas essas as diversificadas e incontáveis possibilidades as que decorrem da inteligência artificial, para melhoria da saúde e da qualidade da vida humana.

Os efeitos dessas intervenções e os conflitos que são gerados, especialmente em situações limite, como as de doenças de longa duração incuráveis e os estados de terminalidade, são de tal ordem que, com propriedade Stefano Rodotà¹⁸ põe em pauta as seguintes indagações: “de quem é o corpo”? Da pessoa interessada, de sua família, de Deus, da natureza, da sociedade que dele se apropriou, de um médico ou de um juiz que lhe estabelecem o destino? E acresce: mas de qual corpo estamos falando?

A última pergunta talvez seja a primeira, e não menos difícil, que se deve enfrentar e evidencia a presença de vários corpos que transcendem o corpo biológico. Num rol que não se pretende exaustivo, pode-se afirmar que cada pessoa tem um corpo social, um psicológico, um político e um jurídico. Todos esses corpos apresentam dupla expressão: uma real, que é o corpo físico que está presente em determinado momento e lugar, e uma virtual, que transita com a transmissão de dados e para o qual não há limites de tempo ou espaço. Na verdade, é possível que o corpo virtual não tenha qualquer vínculo com o real, na medida em que pode ser “criado” pela própria pessoa ou por terceiro, com características totalmente distintas do corpo físico existente.

Ainda que se distancie do seu destino biológico, por força de intervenções as mais variadas, o corpo é talvez a mais eloquente expressão da individualidade, o lugar de construção da identidade de cada ser humano.

17. Em novembro de 2018, o cientista chinês He Jiankui anunciou ter alterado o DNA dos embriões das duas bebês para torná-las resistentes ao HIV, caso elas entrassem em contato com o vírus. Essa mutação poderá reduzir a expectativa de vida das gêmeas, sugere uma pesquisa posteriormente publicada. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/geral-48479434]. Acesso em: 21.06.2020.

18. RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Giangiacomo Feltrinelli, 2006. p. 73.

4. CORPO COMO IDENTIDADE

É possível afirmar que cada ser humano é único, não apenas em razão de seu DNA,¹⁹ mas principalmente em razão de sua identidade, cuja construção se inicia a partir de seu nascimento, ou mesmo antes, visto ser comum os pais já definirem o nome, as roupas, a religião, a profissão, enfim uma série de “destinos” a serem cumpridos por aquele que vai nascer, muitos dos quais estão vinculados ao sexo do bebê, que pode ser revelado ainda durante a gestação. É no corpo que se inscrevem o pensar, o sentir e as diferenças sexuais, confirmadas e traduzidas nos papéis de gênero, signos que distinguem o indivíduo dos demais.

O corpo juridificado, politizado, medicalizado, torna-se cada vez mais, ao longo da vida, expressão da individualidade, em todas as suas manifestações culturais, religiosas, políticas, sentimentais, enfim numa diversidade de aspectos que em seu conjunto constroem a identidade de cada ser humano.

Constata-se, assim, que a identidade de cada pessoa é móvel, definida historicamente e não apenas biologicamente. Sua construção envolve um complexo processo de realização do modo existencial de cada um, que vai paulatinamente se inscrevendo no corpo de cada ser humano. Todos têm direito de expressar sua verdade pessoal – “quem de fato a pessoa é” – em suas realidades física, moral e intelectual, constatáveis de modo objetivo.

A construção da identidade deve-se dar de modo subjetivo e autônomo, especialmente quando se consideram as ações sobre o próprio corpo. Contudo, perante o Direito a subjetividade²⁰ e a autonomia²¹ não são absolutas. O Código Civil²² veda expressamente o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. O ato de disposição é, contudo, admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. Possível, ainda, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, desde que com objetivo científico, ou altruístico.²³

Contudo, algumas intervenções são praticadas cotidianamente sem qualquer restrição, ressalvado à evidência o controle sanitário, tais como corte cabelo, barba, unhas,

19. Observe-se que mesmo os gêmeos univitelinos não são exatamente iguais sob o aspecto físico, e pesquisas revelam que podem não ter o mesmo perfil de DNA; com frequência tem identidades diferentes. Disponível em: [<http://veja.abril.com.br/blog/genetica/arquivo/o-que-ocorre-com-gemeos-univitelinos/>]. Acesso em: 02.08.2013.

20. O termo subjetividade é aqui utilizado no sentido da qualidade do que é subjetivo – do que pertence ao sujeito (indivíduo). Cf. LALANDE, Andre. Trad. Fátima de Sá Correia et al. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. passim.

21. A concepção de autonomia aqui se refere à capacidade de autodeterminação. V. BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. passim.

22. “Art. 13. 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”. Cabe mencionar que o Enunciado n. 276 do Conselho da Justiça Federal foi aprovado no seguinte sentido: “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”.

23. “Art. 14: é admitida a disposição gratuita do próprio corpo, para depois da morte, com objetivo científico ou altruístico”.

a realização de tatuagens, a colocação de *piercings*, e toda sorte de tratamentos com finalidade estética. Outras ações com fim estritamente estético exigem procedimentos médicos, como as cirurgias plásticas, as de lipoaspiração e implantes de silicone.

Cabe indagar, portanto, o que é possível fazer com o próprio corpo? Qual tipo de ação caracteriza o “ato de disposição” vedado pelo Código Civil? Deve haver limitações à disposição do próprio corpo, quais seus fundamentos? Como interpretar os bons costumes,²⁴ conceito jurídico indeterminado, variável consoante os tempos e lugares, que se refere ao conjunto de regras morais e normas de conduta social, que são estabelecidas e aceitas pela sociedade em determinado momento, em geral relativas à moralidade sexual, honestidade, decoro, em uma sociedade pluralista como a brasileira?

De início é necessário tentar separar as situações, de acordo com suas peculiaridades. As ações médicas sobre o corpo são legítimas quando praticadas para preservação da saúde das pessoas²⁵ e realizadas para fins de prevenção, diagnóstico e tratamento, ainda que importem diminuição permanente da integridade física. Os procedimentos médicos, em especial os que põem em risco a vida, devem ser autorizados previamente pelo paciente, que tem o direito de recusar o tratamento.²⁶

Nessa linha, é preciso distinguir as pessoas capazes, que podem declarar sua vontade, das incapazes, absoluta ou relativamente, que são representadas ou assistidas, nos termos do Código Civil, que sofreu importante alteração no regime de (in)capacidade, promovida pela Lei 13.146/2015. Desde então, apenas os menores de dezesseis anos são considerados absolutamente incapazes;²⁷ relativamente incapazes são os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.²⁸ As pessoas com deficiência mental ou intelectual, até então consideradas absolutamente incapazes, tiveram sua plena capacidade expressamente reconhecida pela citada Lei 13.146/2015;²⁹ a definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, só afetando os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Por conseguinte, a pessoa com deficiência passou a integrar o rol dos relativamente incapazes, devendo ser assistida nos atos que vier a praticar. Diante dessas disposições a obtenção da autorização do paciente que tenha deficiência pode ser bastante proble-

24. Thamis Dalsenter Viveiros de Castro, a partir de análise da estrutura e função, define os bons costumes como “cláusula geral que impõe limites externos à autonomia existencial por meio de sua tríplice função – interpretativa, geradora de deveres e limitadora de direitos –, determinando padrões de conduta sempre que os atos de autonomia implicarem consequências jurídicas relevantes (efeitos diretos e imediatos) para duas ou mais esferas jurídicas”. CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 274.

25. Constituição da República: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

26. Código de Ética Médica (Resolução CFM 2.217/2018): Capítulo V: Da relação com médicos e familiares. É vedado ao médico: “Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

27. Lei 10.406/2002, art. 3º.

28. Lei 10.406/2002, art. 4º.

29. Lei 13.146/2015, art. 84.

mático, especialmente no caso de deficiência mental ou intelectual, que não mais têm um representante.³⁰

No caso dos menores, crianças ou adolescente, têm eles representante legal, que são os pais. Cabe observar que o poder de decidir sobre as intervenções no corpo dos filhos, em casos de grande risco, equivale a escolher entre a vida e a morte o incapaz. Importante destacar que a Lei Civil, ao disciplinar o exercício da representação legal e estabelecer os poderes dos pais, tutores e curadores, manteve praticamente o regime anterior, de perfil nitidamente patrimonial, pouco ou nada dizendo sobre as questões existenciais relativas à saúde do representado e às intervenções em seu corpo. Não raro, os procedimentos médicos mais graves em incapazes somente são realizados com autorização judicial, mesmo que não haja divergência entre os pais.

Outra distinção leva em consideração o fato de o corpo estar vivo ou morto. A disposição de partes do corpo vivo é admitida para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial, que trata igualmente da disposição de partes do corpo morto.³¹

Como acima referido, o Código Civil, em outro dispositivo,³² permite a disposição gratuita do próprio corpo para depois da morte, no todo ou em parte, desde que com objetivo científico, ou altruístico. Essa regra, que tem caráter geral, assumiu grande importância após os avanços biotecnológicos, que geraram questionamentos inéditos. Parece assente que o corpo morto passa à categoria das coisas, embora seja objeto de proteção, inclusive pela Lei Penal. Sendo coisa, torna-se objeto de direito e, por conseguinte, passível de apropriação. Face às novas possibilidades de utilização do corpo morto, além dos transplantes, questões não regulamentadas surgiram, de que é exemplo a discussão sobre a propriedade de material biológico (sêmen ou óvulos) deixado por pessoa falecida, que pode ser utilizado para a realização de técnicas de reprodução assistida: a quem pertence o sêmen congelado do marido falecido, a viúva ou à família do morto? Observe-se que vários interesses estão em jogo, especialmente patrimoniais. Lembre-se que o nascimento de um filho gerado *post mortem* afastará os pais do *de cujus* de sua sucessão, conforme o disposto no artigo 1.829, I, do Código Civil.

Diante de tantas variáveis, é preciso identificar o critério adotado para resolver as situações resultantes das interferências no corpo, que muito poderá contribuir para o encaminhamento das questões já existentes e de novas situações não cogitadas até o presente, que certamente se apresentarão.

5. O CORPO EM FACE DO DIREITO

Após a Constituição da República de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático de direito, é possível afirmar que o direito brasileiro está voltado para a proteção da pessoa humana em sua dignidade.

30. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Artigos 6º, 84 e 85. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 61-69 e 293-300.

31. Lei 9.434/97, art. 3º.

32. Lei 10.406/2002, art. 14.

Considerada a importância do corpo como expressão material da personalidade e o elemento fundamental de construção da identidade de cada pessoa, torna-se imperativa a busca de respostas os questionamentos acima formulados, sob pena de se comprometer a efetividade da proteção constitucionalmente assegurada. A multiplicidade de aspectos envolvidos, contudo, revela a complexidade do tema que, todavia, deve ser enfrentado.

Até meados do século XX,³³ época que se aceleraram os recursos científicos e procedimentos mais radicais de interferência no corpo, predominavam as “leis naturais” que regiam os processos de nascimento, morte e preservação da vida. Poucas intervenções eram consentidas, desde que não alterassem sua estrutura ou importassem “diminuição permanente da integridade física”, entendimento até o presente mantido pelo Código Civil, como já mencionado. Em consequência, não havia necessidade de regulação jurídica específica.

Dia a dia, contudo, os problemas se apresentavam e o recurso ao Judiciário em busca de solução para as mais diversas questões tornou-se frequente. Paralelamente ao que se denominou “judicialização da saúde”,³⁴ crescente é a “juridicização” do corpo, ou seja, a transformação do corpo (vivo ou morto) em objeto de estudo e debate pelo Direito: o que era apenas a expressão natural do ser humano passa a ser um literalmente “um bem jurídico”. O corpo humano “dissecado” pelos juristas e as questões que o cercam, como os atos de disposição de partes do corpo e de intervenção para variados fins, são submetidos ao crivo do Poder Judiciário, no grande contexto da “judicialização da saúde”.

Nesse processo de judicialização/juridicização³⁵ do corpo estão em jogo valores e direitos fundamentais da pessoa humana. Antes de tudo, é preciso ter em mente que o corpo não pode ser objeto de propriedade de ninguém, nem mesmo por parte daquele que o corpo personifica³⁶ e que o objetivo primordial deve ser o de resguardar a dignidade humana, posta em jogo em muitos casos. Para que isto seja possível, torna-se imperativo o respeito à autonomia das pessoas envolvidas, mesmo daquelas consideradas juridicamente incapazes, nos limites do razoável em cada caso, isto é, do necessário para preservar sua saúde (no sentido físico, psíquico e social), sem a imposição de sofrimentos evitáveis. De realce que as crianças e adolescentes, como pessoas em desenvolvimento,

33. É certo que os progressos científicos que interferiam no corpo humano já existiam, mas é possível considerar que foi a partir da década de 1960 que eclodiram os avanços maior repercussão social, como a pílula anticoncepcional, os transplantes de órgãos, as técnicas de reprodução assistida e os notáveis sucessos no campo da cirurgia, especialmente reparadora.

34. Convencionou-se chamar “judicialização da saúde” o fenômeno caracterizado pelo “crescente número de ações judiciais propostas em face do Poder Público com o fim de garantir o fornecimento de medicamentos, a realização de cirurgias e procedimentos, até mesmo a incorporação de novas tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS”. Disponível em: [<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>]. Acesso em: 02.08.2020.

35. “Por ‘juridicização’, ou ‘judicialização’ e, ainda ‘juridificação’, entenda-se o fenômeno descrito por diversos autores e perspectivas teóricas e que gira em torno da crescente importância do poder Judiciário e do sistema jurídico na mediação das relações sociais, políticas e econômicas”. MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologias do Direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 25, nov., 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782005000200012&script=sci_arttext#back5]. Acesso em: 03.08.2013.

36. RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 180.

devem ter preservada sua autonomia, por força do Estatuto da Criança e do Adolescente, e as pessoas com deficiência, com base na Lei 13.146/2015.³⁷

Maior deve ser a preocupação com a proteção da pessoa humana nas situações que envolvem o seu corpo, na medida em que poucas são as normas existentes para disciplinar variadas possibilidades de interferência no corpo. Na verdade, se considerado o contínuo e célere progresso da ciência e da medicina, é de se questionar a necessidade de regras específicas, tantas são as hipóteses a serem regulamentadas.

Numa visão panorâmica sobre as normas existentes, que interessam diretamente ao corpo humano, podem ser citados: os princípios constitucionais, normas fundamentais de grande alcance; o artigo 199, §4º, da Constituição da República, que veda todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, bem como de sangue e seus derivados³⁸; e os artigos 13 e 14, ambos do Código Civil.

A denominada Lei de Transplantes apresenta uma situação que causa estranheza. Nos termos do artigo 4º, da Lei 4.34/97, a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive. Por conseguinte, como não há qualquer ressalva, prevalecerá a decisão das pessoas indicadas na lei, ainda que contrária à do falecido. Sua vontade quanto à doação ou não de seus órgãos é desconsiderada. Por outro lado, há, porém, grande preocupação com o respeito à vontade do testador, quanto ao que prescreve sobre o destino de seu patrimônio.

No que concerne ao Código Civil, de imediato se constata que suas disposições se revelam insuficientes para resolver situações existentes que não se enquadram no ali previsto. Serve de exemplo o caso do conhecido cartunista Laerte que, há algum tempo, passou a se apresentar publicamente vestido como mulher, e apenas em data recente veio a se auto identificar como transexual, pretendendo implantar mamas, mas não se submeter à cirurgia de transgenitalização.

As interferências feitas no corpo de Laerte não afetam sua “integridade física”, e não houve qualquer ato de disposição de partes do corpo. As alterações que promoveu se enquadram no que é permitido, como de início assinalado. Mas, inegavelmente, houve forte alteração de sua identidade. Certamente se não fosse a cartunista pessoa notoriamente conhecida em todo país, dúvidas poderiam surgir quanto a sua identidade, uma vez que não há notícias de que tenha modificado seus documentos de identificação.

Na verdade, Laerte promoveu as modificações necessárias para transitar de um gênero para outro. Esta transição pode infirmar a segurança jurídica que se espera, visto que os documentos de identificação, não correspondem à expressão de gênero que vivencia, o que pode prejudicar, quando não impedir, seja confirmada a identidade de seu portador.

Essa é, de modo geral, a situação dos transexuais, que “são pessoas que não aceitam o sexo que ostentam anatomicamente. Sendo o fato psicológico predominante na transexualidade, o indivíduo identifica-se com o sexo oposto, embora dotado de genitália externa

37. Lei 8.069/90, arts. 16, II e 17.

38. Leis 9.434/1997 e 10.205/2001.

e interna de um único sexo”.³⁹ Em razão dessa desconformidade entre o sexo anatômico e o psicológico, os transexuais se submetem ao denominado processo transexualizador, que inclui a cirurgia de transgenitalização, como forma de tratamento do transexualismo, considerado como um desvio psicológico permanente de identidade sexual.

A referida cirurgia importa diminuição permanente da integridade física, mas é autorizada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) por meio da Resolução n. 2.265/2019, que dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero.

Esse tratamento médico para a “troca de sexo”, como ficou conhecido, resulta em profunda alteração da identidade da pessoa. Durante muito tempo, a requalificação civil, isto é, a modificação de seu nome e sexo no Registro Civil, dependia de autorização judicial, nem sempre concedida, depois de demorado procedimento processual. Contudo, no julgamento da ADI n. 4.275/DF, em 03 de março de 2018, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal conferiu ao art. 58 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo o direito da pessoa transgênero, que o desejar, à substituição de prenome e gênero diretamente no ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes.⁴⁰ Em 15 de agosto de 2018, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Relator Min. Dias Toffoli, ao apreciar o tema 761 da repercussão geral, deu provimento ao Recurso Extraordinário n. 670422 para fixar a seguinte tese:

I) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; II) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transgênero’; III) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; IV) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição

39. BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação/Ministério da Saúde. *Brasil Sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e Promoção da Cidadania Homossexual*. Elaboração: André Luiz de Figueiredo Lázaro; organização e revisão de textos: Cláudio Nascimento Silva e Ivair Augusto Alves dos Santos; Comissão Provisória de Trabalho do Conselho Nacional de Combate à Discriminação da Secretaria Especial de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 30.

40. “Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente”. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI n. 4.275/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Edson Fachin, julg. 01 mar. 2018.

de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.⁴¹

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, a regulamentação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN) ocorreu por força do Provimento n. 73, de 28 de junho de 2018, do Conselho Nacional de Justiça. Nos termos do art. 2º do Provimento, “toda pessoa maior de 18 anos completos habilitada à prática de todos os atos da vida civil poderá requerer ao ofício do RCPN a alteração e a averbação do prenome e do gênero, a fim de adequá-los à identidade autopercebida”, que poderá abranger a inclusão ou a exclusão de agnômes indicativos de gênero ou de descendência.

O caso dos transexuais é bastante significativo para fins de reflexão sobre o poder da pessoa sobre seu próprio corpo. Pode haver em tais casos diminuição permanente da integridade física, em virtude da cirurgia de transgenitalização, mas que é autorizada por integrar um tratamento de saúde e, portanto, encontra amparo constitucional, uma vez que tem respaldo no direito à integridade psicofísica e no direito à saúde, entendido como bem-estar físico, psíquico e social. Além disso, a possibilidade de realização da cirurgia de transgenitalização encontra assento no direito ao próprio corpo e na dignidade da pessoa transexual.

Longo, porém, é o rol das matérias não regulamentadas, muitas das quais merecem, quando já não clamam, pela manifestação do legislador. Algumas situações foram tratadas no âmbito administrativo, caso das pesquisas científicas envolvendo seres humanos, que são regidas pela Resolução 466/2010, do Conselho Nacional de Saúde (CNS). A citada Resolução “incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades, referenciais da bioética, tais como, autonomia, não maleficência, beneficência, justiça e equidade, dentre outros, e visa a assegurar os direitos e deveres que dizem respeito aos participantes da pesquisa, à comunidade científica e ao Estado”. Esta é a norma a ser atendida pelos projetos de pesquisa que envolvem seres humanos.

Embora a Resolução tenha importância inegável e força normativa no âmbito de sua incidência, não é uma lei e não se reveste, portanto, das características que lhe são próprias. Em consequência, os eventuais conflitos resultantes dessas pesquisas ficam submetidos ao Direito, que nem sempre tem os instrumentos próprios para atender às peculiaridades da pesquisa científica em humanos, como o exercício da autonomia pelos participantes da pesquisa, que se encontram em situação de grande vulnerabilidade. Uma legislação formal contendo cláusulas gerais voltadas para esse tipo de atividade, editada em paralelo e sem prejuízo de sua disciplina pelo CNS, possivelmente seria benéfica a todos os interessados.

Em situação similar se encontram as técnicas de reprodução assistida, a cada dia mais utilizadas, e que são regulamentadas pela Resolução CFM 2.168/2017. A reprodução assistida produz complexos e severos efeitos jurídicos no âmbito civil, notadamente na área do Direito das Família e Sucessões, embora a natureza jurídica do embrião humano, pertinente à teoria geral, seja o tema mais tormentoso. Não obstante, o Código

41. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE n. 670422/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 15.03.2018.

Civil dedicou ao assunto apenas três incisos (III, IV e V) do artigo 1.597, que trata da presunção de paternidade dos filhos havidos do casamento, gerando mais dúvidas que soluções. A Resolução do CFM é no momento a melhor regulamentação sobre o tema, embora importantes questões, como a constituição (ou não) de vínculo de parentesco em determinadas situações, como as de participação de doadores de material genético e de gestação por substituição, não tenham sido ali tratadas, por efetivamente não lhe ser pertinente. Cabe frisar que o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n. 63, que trata do registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

Carentes igualmente de regulamentação legal estão as “diretivas antecipadas de vontade” sobre a própria vida, que devem ser observadas quando a pessoa não mais puder expressar sua vontade. Essas declarações popularizam-se sob a designação imprópria de “testamentos vitais” e estão regulamentadas pela Resolução CFM 1995/2012, que as definiu em seu artigo 1º 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”. Emitidas para produzir efeitos enquanto viva a pessoa, não devem ser regidas pelas regras previstas para os testamentos, declarações unilaterais de vontade, sobre o destino do patrimônio de seu autor, que somente tem eficácia depois da morte do testador.

A Resolução do CFM dá ênfase ao respeito à autonomia do paciente, estabelecendo inclusive que as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares (art. 2º, § 3º). Consta-se que as regras existentes sobre declarações unilaterais de vontade, previstas para situações patrimoniais, não são adequadas e suficientes para as diretivas antecipadas, por excelência de natureza existencial, que definem condutas decisivas para a vida ou morte do paciente. As dúvidas se sobrepõem e vão desde a forma que deve ser adotada até a possibilidade (ou não) e oportunidade de revogação desses atos. O estabelecimento pelo legislador de cláusulas gerais e de algumas regras sobre esse tipo de declaração, tão especial, em muito contribuiria para a proteção dos interesses de todos os envolvidos e, principalmente, para a garantia de respeito à autonomia do paciente seja respeitada no momento em que não esteja em condições de expressar sua vontade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as hipóteses abordadas, que integram, mas estão longe de esgotar o tema da autonomia sobre o próprio corpo, revelam uma tarefa árdua que cabe a todos que se dedicam ao estudo e à aplicação do Direito: a de perceber as novas situações jurídicas, muitas até então inimagináveis, em todas as suas peculiaridades, para que lhes possa ser dado o tratamento adequado. A esse mister tem se dedicado o Biodireito.

A identificação de cada caso e a busca do Direito que lhe é próprio torna-se mais difícil em razão da insuficiência dos conceitos e normas jurídicas existentes, elaborados para situações tão diferenciadas que não permitem o recurso à analogia. Crescente é a dificuldade, quando se considera uma das características de nossa sociedade: a pluralida-

de, que exige respeito e atendimento das diferenças. Indispensável, portanto, reconhecer que o corpo deve ser encarado como reflexo da própria identidade do indivíduo, espelho das suas convicções e crenças.

Os princípios constitucionais destacam-se nesse cenário como fonte rica e inarredável das soluções necessárias e que devem primordialmente assegurar a autonomia das pessoas envolvidas, sob pena de comprometimento de sua dignidade. Como de início observado, sob o império da biopolítica, a força do poder se encontra na manutenção da vida, e para tanto é preciso pô-la em ordem, sustentá-la, assegurá-la. Mas isso não pode ser feito à custa da autonomia e da dignidade do ser humano.

