

FACULDADE SANTO AGOSTINHO
UNIDADE SETE LAGOAS
CURSO DE DIREITO

JULIANA RODRIGUES DE OLIVEIRA

BEBÊ MEDICAMENTO: análise do conflito entre o princípio da solidariedade familiar e o princípio da dignidade da pessoa humana

JULIANA RODRIGUES DE OLIVEIRA

BEBÊ MEDICAMENTO: análise do conflito entre o princípio da solidariedade familiar e o princípio da dignidade da pessoa humana

Artigo Científico apresentado à Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE), como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Filipe Rodrigues Garcia

Sete Lagoas/MG

2022

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	3
2 APONTAMENTOS ACERCA DA TÉCNICA DO BEBÊ MEDICAMENTO	6
2.1 COMPREENSÕES BASILARES ACERCA DO BEBÊ MEDICAMENTO	6
2.2 DISCUSSÕES ÉTICAS ACERCA DA LICITUDE DA PRÁTICA	8
3 ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE A SOLIDARIEDADE FAMILIAR E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	10
3.1 CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	10
3.2. O QUE CONSTITUI SOLIDARIEDADE FAMILIAR?	12
4 PONDERAÇÃO DOS INTERESSES ENVOLVIDOS NA TÉCNICA DO BEBÊ MEDICAMENTO	14
4.1 TEORIA DE ROBERT ALEXANDER	14
4.2 CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO	15
4.3 APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSE NOS CASOS ENVOLVENDO BEBÊ MEDICAMENTO	16
5 CONCLUSÃO	17
REFERÊNCIAS.....	18

BEBÊ MEDICAMENTO: ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

RESUMO

O presente trabalho aborda a técnica de bebê medicamento diante da análise dos princípios da solidariedade familiar e da dignidade da pessoa humana. O objetivo principal é compreender se é possível ponderar o conflito entre estes princípios no que concerne a técnica reprodutiva do bebê medicamento. E, para tanto, foram usados determinados métodos como, por exemplo, o método histórico a fim de apurar quando a prática surgiu no Brasil e, ainda, o método dedutivo, analisando-se normas, resoluções, amplitude de leis e teorias. O que se pretende com este artigo é conceituar e entender a técnica e, principalmente, avaliar se o bebê doador seria a parte mais vulnerável ou teria algum direito fundamental lesionado. Diante do exposto, faz-se necessário considerar a relevância do tema, uma vez que este não é discutido e abordado pelas leis brasileiras, caracterizando ausência de norma. Quanto aos objetivos específicos da pesquisa, estes foram: ponderar os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar; propor a releitura da autoridade parental a fim de refutar os seus limites e seu papel quanto ao desenvolvimento social; analisar a possibilidade de ponderação entre os princípios relacionados, principalmente, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar. Conclui-se através da pesquisa que é possível ponderar os princípios, utilizando-se da hermenêutica jurídica como interpretação para o sopesamento.

Palavras-chave: Bebê medicamento; dignidade da pessoa humana; solidariedade familiar.

1 INTRODUÇÃO

Em Uma Prova de Amor, filme norte-americano de 2009, é narrado o drama dos pais, Sara Fitzgerald e Brian Fitzgerald, que são informados de que a sua filha, Kate Fitzgerald, tem leucemia e que tinha poucos anos de vida. Na trama, o médico de Kate sugere ao casal um procedimento minucioso que consiste em conceber um filho de proveta para ser o doador compatível, a fim de que este salve a vida de Kate. E os pais aceitam a proposta. Anna Fitzgerald, então, é formada. E, logo ao nascer, doa sangue do seu cordão umbilical para a sua irmã. Anos depois, por decisão médica, Anna foi sujeitada a um transplante de medula. E, aos 11 anos de idade, precisaria doar, também, um rim. Decidida a enfrentar os pais e a ter autonomia sobre o seu corpo, Anna tenta judicialmente emancipar-se dos pais.

(ESTADOS UNIDOS, 2009).

Assim como o filme, o trabalho em questão elucida o conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana em decorrência do direito à vida e a tudo o que este implica frente à solidariedade familiar, exercida, por exemplo, pelo poder familiar.

O trabalho tem por tema bebê medicamento: análise do conflito entre o princípio da solidariedade familiar e o princípio da dignidade da pessoa humana e se desenvolveu a partir do seguinte questionamento: como ponderar o conflito entre o princípio da solidariedade e da dignidade nos casos de bebê medicamento?

Sobre a temática proposta, pode-se esclarecer, inicialmente que, o direito de constituir família tem especial proteção do Estado, sobretudo, porque é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, uma vez que são os pais os titulares do poder familiar.

Os avanços biotecnológicos, principalmente, os que norteiam a medicina reprodutiva são extremamente relevantes para a consolidação da instituição familiar. Entretanto, muito se discute sobre uma possível instrumentalização do bebê, que nasce com a finalidade de ajudar a curar o irmão e, também, os impasses constitucionais, éticos e a ótica do biodireito.

O objetivo principal da pesquisa foi ponderar o princípio da dignidade e o princípio da solidariedade no contexto da técnica reprodutiva do bebê medicamento. Em relação aos objetivos específicos, esses foram: conceituar a prática bebê medicamento e os seus desdobramentos éticos, bioéticos, constitucionais e civis, compreendendo as relações, sobretudo, interpretativas da biomedicina e do Direito; propor a releitura da autoridade parental como um direito, mas também, os seus limites e seu papel frente ao desenvolvimento social, conforme os artigos 226, caput, § 7º da Constituição Federal, artigo 1634 do Código de Processo Civil; analisar a possível ponderação entre os princípios relacionados, principalmente, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar.

O estudo e a compreensão do tema se fazem necessários tendo em vista que o assunto não é discutido e abordado no ordenamento jurídico, caracterizando ausência de norma.

Serão utilizadas como norma de referência jurídica e ética as diretrizes referentes à dignidade da pessoa humana, de acordo com os estudos e obra de Luís Roberto Barroso. Assim como, as percepções trazidas pela Lei nº 9.434/97, que

trata de transplantes, uma vez que os bebês medicamentos acabam sendo submetidos a esses procedimentos. Logo, percebe-se lacunas no ordenamento jurídico brasileiro. Além das discussões que tratam da proteção à criança e ao adolescente, quando esses são submetidos a esses procedimentos, de acordo com o art. 9º, §6º da referida Lei. (BRASIL, 1997).

Para o Conselho Federal de Medicina (CFM), que é o código de ética médica adotado no Brasil, de acordo com a Resolução 2.294/21, quando houver a utilização das técnicas de reprodução assistida, no país, estas deverão ser realizadas em conformidade com os princípios éticos e bioéticos, garantindo a segurança e eficácia aos tratamentos e procedimentos médicos. (BRASÍLIA, 2021).

Tendo em mente a pergunta sugerida pela problematização da pesquisa, levantou-se como hipótese a seguinte ideia: quando a dignidade do bebê medicamento for violada, deverão ser aplicados os efeitos civis como, por exemplo, à proteção ao corpo, à integridade física e psíquica deste. Isso, de acordo com a teoria de Robert Alexy, acerca da aplicação dos princípios jurídicos em questão. (ALEXY, 2008).

A presente pesquisa foi baseada em análises de casos ocorridos no Brasil como, por exemplo, Maria Clara Reginato Cunha, a primeira “bebê medicamento” brasileira, que foi gerada para doar sangue de seu cordão umbilical para sua irmã enferma, Maria Vitória, em 2012. Isso para demonstrar que a técnica, que hoje é tão pouco discutida, no país, possa ser compreendida e associada às normas jurídicas. (BASSETTE, 2012).

Diante disso, foi realizada uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, uma vez que foram revisados livros, prezando-se por autores e estudiosos brasileiros em razão do idioma, mas também, para intensificar e compreender o fenômeno no país em questão, assim como, artigos científicos, jurisprudência e resoluções do Conselho Federal de Medicina, por exemplo.

Quanto ao método de abordagem, a pesquisa foi baseada no método dedutivo, ou seja, analisando-se desde a amplitude de leis, normas, resoluções e teorias até, esmiuçadamente, aproximar-se de uma compreensão que melhor caracterize o tema.

Faz-se necessário, ainda, no que tange ao procedimento de pesquisa, a utilização do método histórico, a fim de que fossem levantados, por exemplo, o momento em que a prática surgiu, no Brasil.

Com a intenção de alcançar os objetivos propostos, este trabalho foi estruturado em três capítulos, cada um deles dividido em seções. O primeiro capítulo tratou dos apontamentos acerca da técnica, as compreensões basilares acerca do bebê medicamento e as discussões éticas acerca da licitude da prática e um retrospecto sobre os impactos para o bebê doador frente à autonomia familiar. No segundo capítulo sobre a análise do conflito entre a solidariedade familiar e a dignidade da pessoa humana, baseando-se no conceito de dignidade da pessoa humana e o que constitui solidariedade familiar. E, por fim, no último capítulo é abordada a ponderação dos interesses envolvido, avaliando-se a Teoria de Robert Alexy, os critérios de ponderação e, ainda, sobre a aplicação da ponderação de interesse nos casos envolvendo bebê medicamento.

Diante do apresentado, passa-se ao desenvolvimento da pesquisa a partir da estruturação mencionada.

2 APONTAMENTOS ACERCA DA TÉCNICA DO BEBÊ MEDICAMENTO

O presente capítulo tem por objetivo definir a técnica conhecida como bebê medicamento, utilizando-se de revisões bibliográficas e de apresentações de casos. Além disso, intenta-se discutir eticamente a licitude da prática, assim como apresentar um retrospecto sobre os impactos para o bebê doador frente à autonomia familiar

2.1 COMPREENSÕES BASILARES ACERCA DO BEBÊ MEDICAMENTO

Primeiramente, faz-se necessário contextualizar a evolução histórica dos direitos das crianças, seja no cenário jurídico, seja no entendimento social, como indivíduos de direitos e garantias. Afinal, toda pessoa adquire direitos a partir do seu nascimento.

Destaca-se, portanto, a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 20 de novembro de 1989, que reconheceu que todos os direitos e liberdades presentes na Declaração de Direitos Humanos vigente à época estendiam-se também às crianças, levando-se em consideração que este grupo ainda não tinha a sua consciência formada e não possuía maturidade física ou intelectual. E, por esses fatores,

necessitava de uma proteção especial. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Para as crianças, foi de fundamental importância a concessão do status de seres de direitos e deveres, porque as integrou à sociedade e, ainda, possibilitou que estas, hoje, sejam ouvidas e resguardadas, justamente, por terem direitos próprios e autônomos.

Por serem caracterizadas como pessoas menores de 18 anos, de acordo com o art. 1º da Convenção de 1989, “Para efeito da presente Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”, também, teriam direito à liberdade de expressão, à manifestação de vontade e ao acesso à informação, de acordo com a faixa etária, tratando-se de questões que as envolvam, conforme assegurado pelos arts. 12 e 13 da convenção. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989). Igualmente, elas seriam protegidas, ainda, pelo direito à vida e à sobrevivência, assim como, pelos princípios do melhor interesse da criança e o princípio do ponto de vista da criança.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura, ainda, em seu art. 227 que é dever da família, do Estado e da sociedade assegurar as garantias e direitos das crianças, estando estas sob a responsabilidade, de forma solidária, destas três instituições. (BRASIL, 1988).

E, sob essa análise de violação de direitos, estudar-se-á a técnica conhecida por “Bebê Medicamento”, em que uma criança vem ao mundo para servir e tratar outra pessoa acometida por doença grave, analisando-se a possibilidade destes bebês serem afetados ou prejudicados por estas transformações biotecnológicas, pois é inevitável que essas mudanças, muitas vezes, influenciam o planejamento familiar.

A primeira etapa para se chegar ao bebê medicamento consiste na fertilização *in vitro*, em que o óvulo é fecundado e, posteriormente, os embriões são transferidos para o útero. Logo, os gametas são acompanhados e selecionados de perto.

O primeiro caso de bebê medicamento 100% compatível, no Brasil, e, também, na América Latina, ocorreu em fevereiro de 2012. Maria Clara Reginato Cunha, nasceu para salvar a vida da irmã, Maria Vitória, que sofria de talassemia, uma doença rara no sangue, em que a medula óssea produz menos glóbulos

vermelhos e, portanto, não consegue produzir a quantidade de sangue que o corpo necessita. Entretanto, era necessário esperar que a filha mais nova completasse um ano de idade para que fossem retiradas as células tronco adultas, uma vez que a quantidade de células presentes no cordão umbilical não foi suficiente para o tratamento da filha mais velha. (BASSETTE, 2012)

O caso supracitado foi utilizado com a intenção de exemplificar o tema em questão a fim de ressaltar que, apesar de no Brasil não ter casos recorrentes, a prática existe no país, logo, merece atenção.

2.2 DISCUSSÕES ÉTICAS ACERCA DA LICITUDE DA PRÁTICA

Apesar de a técnica ser pouco realizada e discutida, no Brasil, esta apresenta questionamentos e conflitos entre princípios interessantes, tais como, a instrumentalização da vida do bebê doador, assim como, o seu direito à vida e à sobrevivência, o melhor interesse e ponto de vista da criança e, sobretudo, a sua dignidade.

Há quem defenda que a técnica é uma grave violação à dignidade do bebê medicamento, justamente, por não haver a possibilidade de consulta prévia do doador e essa decisão partir da vontade dos genitores, o que afrontaria a autonomia privada do bebê, uma vez que este é tido como provedor de direitos fundamentais desde o seu nascimento, logo, entende-se que há uma perda de identidade e de liberdade de escolha destas crianças, uma vez que as suas vidas e escolhas passam a ser condicionadas às vontades dos genitores.

Bruno Lewicki, Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, é discordante à prática ao afirmar que esta fere direitos do bebê, à medida que este não pode por falar por si só.

Mas não se pode esquecer de que o interesse da criança deve ser sempre tomado na mais alta conta no que diz respeito às decisões que lhe atinjam diretamente, além de não ser o produto de opções e preferências de outras pessoas, ainda que estes terceiros sejam os seus pais. A pessoa é um valor em si mesma, e não pode ser utilizada como meio de satisfação de aspirações dos pais. (LEWICKI, 2001, p. 147 apud FREIRE JÚNIOR, 2019).

Afirma Chaves Camargo que a dignidade da pessoa humana estaria correlacionada à sua existência meramente independente da sua situação racional:

[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. (CAMARGO, 1994, p. 27-28 apud MORAES; CHAVES, 2019).

Para tanto, o bebê medicamento estaria sendo colocado em uma posição de inferioridade, estando à disposição e a serviço de uma outra pessoa.

A dignidade da pessoa humana é intangível e não pode ser relativizada. Resta, apenas, respeitá-la e protegê-la, sendo esta uma obrigação de todo o poder público. A dignidade nasce com o indivíduo e lhe é inata, o que implica dizer que todo ser humano é digno, simplesmente, porque existe.

Toda pessoa nasce com integridade física e psíquica e, por esse motivo, a sua vontade, o seu pensamento, posicionamento, assim como, a sua liberdade e consciência têm de ser respeitados. Afinal, tudo compõe a sua dignidade.

Ou, como diz Chaves de Camargo:

pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental, ou crença religiosa. (CAMARGO, 1994, p. 27 – 28 apud MORAES; CHAVES, 2019).

Percebe-se, então, que o termo dignidade discerne sobre dois aspectos harmônicos entre si, mas distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser humano; e ao direito das pessoas de viver uma vida digna.

Depois de entendido os conceitos de bebê medicamento e dignidade da pessoa humana, indaga-se sobre os impactos à dignidade do bebê doador frente à autonomia familiar, observando os direitos do bebê e das crianças, em geral, diante de situações que violem a dignidade e a integridade destes indivíduos. Ressaltando-se, portanto, uma evolução gradativa e considerável em relação ao reconhecimento dos seus direitos.

3 ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE A SOLIDARIEDADE FAMILIAR E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O presente capítulo tratará separadamente dos conceitos de cada princípio e como estes se contrapõem, ou melhor, não se relacionam, pensando-se no contexto do bebê medicamento frente à situação em que ele é submetido. Serão apontadas, ainda, as previsões no Código Civil e na Constituição Federal.

3.1 CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Muito se ouve falar em direito à vida, à liberdade, ao direito de ir e vir; afinal a Constituição traz inúmeros direitos fundamentais além de direitos sociais, mas todos esses direitos e todas essas garantias encontram-se representadas, talvez, pelo contexto da dignidade da pessoa humana, afinal, é um princípio basilar e, por isso, se faz presente em todos os outros. Uma tarefa quase impossível dissocia-los. (BRASIL, 1988).

Para melhor entender sobre a importância da dignidade talvez seja mais fácil compreender sentindo o que este princípio representa, utilizando-se da ficção científica, quando nos filmes o herói prefere morrer lutando a ser dominado, ou seja, escravizado. Esse é um exemplo claro em que a dignidade se sobressai a outros princípios ou valores, por esta ter maior relevância ou representatividade para o indivíduo.

O bebê medicamento também veio ao mundo para salvar, logo, ser herói de alguém. Mas este herói possui o direito à dignidade.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana é logo apresentado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 como um dos princípios fundamentais que constituem o Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 1988).

Entretanto, o valor dado ao princípio, uma vez que é citado na própria Constituição, não tem sido suficiente para assegurar a sua eficácia. Afinal, este também enfrenta dificuldades decorrentes da ausência de consenso quanto a que ele protege ou assegura, já que é invocado pelos dois lados da disputa, como é o caso do bebê medicamento, sendo atribuído em defesa do bebê, do irmão(ã) enfermo(a) ou ainda em relação aos pais.

Como bem ressalta José Afonso da Silva em sua obra, A dignidade da

pessoa humana como valor supremo da democracia: “A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.” (SILVA, 1998, p. 84-94). Logo, a sua observância não se baseia somente pela sua presença no texto constitucional, mas porque, é condição da pessoa humana.

Marco Túlio Cícero, orador e estadista romano, foi o primeiro autor a empregar a expressão “dignidade do homem” sem qualquer conexão com a religião e seus dogmas, apresentando um viés e embasamento filosófico, apenas. O conceito estaria associado com a razão e capacidade de cada indivíduo para tomar decisões morais. Colocando o homem para e como o centro do mundo. (BARROSO, 2014).

Foi a partir do Iluminismo, movimento caracterizado pela busca da razão, do conhecimento e da liberdade, que o conceito de dignidade humana começou a ganhar notoriedade, rompendo-se da manipulação religiosa e dos dogmas cristãos que norteavam as sociedades medievais à época. (BARROSO, 2014).

Os horrores do nacional-socialismo e do fascismo caminharam também para a noção atual de dignidade humana, ou seja, como um discurso jurídico, portanto, que deveria ser incorporado nas leis de cada país e em tratados. Em meados da segunda década do século XX que a dignidade humana apareceu em um documento jurídico, na Constituição do México (1917) e na Constituição alemã da República de Weimar (1919). (BARROSO, 2014).

A dignidade humana pode ser dividida em interna, que expressa um valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo e, portanto, inviolável por não sofrer nenhuma alteração em razão de quaisquer circunstâncias ou, ainda, externa por estar relacionada aos direitos, aspirações, responsabilidades e deveres de terceiros, podendo ser violada. (BARROSO, 2014).

O princípio da dignidade humana serve como fonte de direitos e de deveres, assim como, exerce um papel interpretativo, auxiliando na definição dos sentidos de outros direitos constitucionais. E, ainda, nos casos em que houver lacunas ou ambiguidades no ordenamento jurídico, quanto a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, que envolvam metas coletivas, a dignidade humana serve como norte ou caminho de resolução. (BARROSO, 2014).

Faz-se necessário esclarecer, também, que o ser humano cria um conjunto

de direitos e obrigações em razão da sua personalidade, que é o ambiente onde se apoiam e se estabelecem todos os outros direitos, por serem inerentes à personalidade como, por exemplo, os determinados direitos personalíssimos apresentados e discutidos pelo artigo 5º da Constituição brasileira que são, sobretudo, direitos e garantias individuais, constituindo o mínimo necessário à própria personalidade. (BRASIL, 1988).

Neste sentido o artigo 11 do código Civil dá início ao tema: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. (BRASIL, 2022). Além da característica apontada sobre a sua irrenunciabilidade, estes direitos não podem ser transmitidos a ninguém, valendo-se da intransmissibilidade, são também irrenunciáveis e indispensáveis.

3.2. O QUE CONSTITUI SOLIDARIEDADE FAMILIAR?

A Lei 13.715, sancionada em 24 de setembro de 2018 modificou as relações familiares, principalmente, o contexto de poder familiar, que se constitui como um conjunto de poderes e deveres conferidos aos pais em relação aos filhos menores de 18 anos como os exemplos previstos no artigo 1.634 do Código Civil. (BRASIL, 2018).

Essa lei amplia as hipóteses de perda automática do poder familiar pelo autor de determinados crimes, ou seja, quem pratica crimes contra o pai ou mãe de seus filhos, lesões gravíssimas e abusos sexuais contra os seus filhos e, ainda, aos casos de tutela e curatela. Percebe-se, portanto, que não há nenhuma menção ao caso do bebê medicamento e sua situação diante do poder familiar exercido sobre ele.

Outro caso de ausência de norma para com o tratamento e discussão da técnica do bebê medicamento é a própria redação da Lei 13.715/2018, que apesar de inserida a pouco tempo no cenário jurídico e apresentar modificações significativas, só apresenta os casos de perda do poder familiar em razão de crime que nada se relaciona ao fato em questão. (BRASIL, 2018). E, mais uma vez, o bebê medicamento não é citado, ressaltando a possibilidade da não observância por parte dos pais ou do ordenamento jurídico em relação a determinados direitos do bebê medicamento, estando a mercê das vontades e do poder dos pais como meio

de cura de outro ente familiar, afinal não há nenhuma lei que o resguarde ou trate da sua proteção.

Miracy Barbosa de Souza Gustin, em referência a Agnes Heller, ressalta que “Todas as necessidades devem ser reconhecidas e satisfeitas, com a exceção daquelas cuja satisfação exija-se que um homem seja meio para outro homem.” (GUSTIN, 1999, p. 63 apud GOMES, 2004), fazendo consideráveis observações quanto ao “uso” do ser humano como um meio ou objeto para obtenção de algo, ainda que seja uma necessidade. O que em muito relaciona o caso em questão, afinal, o bebê é projetado para curar o irmão, suprimindo uma necessidade vital.

A nova lei movimentou o Código Civil, afinal, alterou as hipóteses para a perda e a guarda dos filhos. E modificou, também, o Código Penal, modelando a redação do inciso segundo do artigo 92 do CP. O referido inciso tratava como efeitos da condenação a incapacidade para exercício do pátrio poder, da tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sendo sujeito à pena de reclusão por ter sido cometido contra filho tutelado ou curatelado. E, hoje, há incapacidade para o exercício do poder familiar da tutela ou curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado. (BRASIL, 1941).

Mas a questão a ser observada, neste contexto, é até que ponto essa solidariedade poderia acarretar malefícios ao bebê medicamento. Solidariedade no sentido de dispor de alguns direitos e, sobretudo, da sua dignidade para servir uma outra pessoa.

O que constitui solidariedade familiar é, além da afetividade entre os entes, o respeito e consideração mútuos, pautado na cooperação entre seus membros. Isso porque é a base de uma família, ou seja, o seu objetivo. Mas existe, ainda, a noção de família como uma instituição social, que exerce um papel importante na sociedade, por ser essa a base da educação de um indivíduo.

Neste sentido a ideia de solidariedade consiste no apoio mútuo entre os membros em prol de um objetivo em comum. No caso, em específico, a questão gira em torno da aplicação do princípio em face do bebê doador, por este salvar a vida do irmão enfermo.

O art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988 também prevê a solidariedade como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. (BRASIL, 1988). Nesse sentido, discute-se o livre

planejamento familiar atribuído aos pais para decidirem a composição da família, optando ou não por ter outro filho que salve a vida do irmão mais velho.

A técnica parece demonstrar um equilíbrio familiar, por que evita aparentemente sofrimentos intermináveis para o irmão que seria submetido a muitos tratamentos médicos. Vale ressaltar que o bebê medicamento seria doador de órgãos que, ausentes, não colocariam em risco a vida do bebê, mas restabeleceria a dignidade e a vida saudável do irmão enfermo. (MORAES; FERDINANDI, 2016).

4 PONDERAÇÃO DOS INTERESSES ENVOLVIDOS NA TÉCNICA DO BEBÊ MEDICAMENTO

O presente capítulo tem por objetivo enfrentar a hipótese da presente pesquisa. Para tanto, será necessária a utilização da técnica proposta por Robert Alexy. A técnica utilizada para ponderar os interesses jurídicos e personalíssimos relacionados ao bebê medicamento será a do sopesamento, afinal, o conflito em questão diz respeito sobretudo à colisão entre princípios.

4.1 TEORIA DE ROBERT ALEXY

Segundo o autor, o que há de semelhante entre os conceitos é o fato deles serem normas de direitos fundamentais, porque ambos dizem o que deve ser, no sentido do que é permitido ou proibido.

Entretanto, não são a mesma coisa, ou seja, possuem significados e sentidos distintos. E que para entender ou identificar a diferença era necessário analisar a estrutura de tais normas a partir de critérios tradicionais. O mais comum e utilizado é o critério da generalidade e para tanto os princípios teriam um grau de relatividade alto e as regras um grau de generalidade relativamente baixo. (ALEXY, 2008)

O caso em voga trata, sobretudo, de um conflito entre normas, afinal, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que têm a finalidade de resolver, na melhor medida possível, uma lide. (ALEXY, 2008)

Já as regras são determinações, ou seja, elas devem ser cumpridas independentemente do desejado, afinal, deve-se fazer exatamente aquilo que elas exigem. E, portanto, a diferença entre regras e princípios seria uma distinção qualitativa.

(ALEXY, 2008).

Em um conflito entre regras as únicas possibilidades de resolução seriam a exclusão de uma delas ou a exceção. Por exemplo, existem duas regras que dissertam sobre um mesmo assunto, ou seja, têm a mesma matéria, mas uma das regras é mais válida juridicamente, porque é aplicável ao caso concreto ou resolve melhor o conflito, logo, as suas consequências jurídicas também são válidas e, por isso, a outra regra é declarada inválida e, conseqüentemente, é excluída do ordenamento jurídico. Ocorrendo a revogação da norma. A outra possibilidade é a inclusão uma regra na outra, ou seja, quando não há uma mais válida que a outra, na verdade, uma incrementa à outra. (ALEXY, 2008).

Quanto às colisões entre princípios, a única forma de resolver o conflito é o sopesamento, porque todo e qualquer princípio já é válido por si só. Ao caso concreto, será aplicado, portanto, o princípio de maior precedência, partindo-se pela dimensão ou análise do peso. (ALEXY, 2008).

Na técnica do bebê medicamento, analisando-se os princípios da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade familiar o aconselhável é observar qual princípio tem maior relevância ao caso.

4.2 CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy utiliza-se da máxima da proporcionalidade para sopesar os princípios, baseando-se na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação seria a conciliação entre o direito formal (princípio) e o material (caso concreto). Dessa forma a adequação seria o meio pelo qual se ajustaria a norma ao caso. (ALEXY, 2008).

Na doutrina do autor (ALEXY, 2008, p. 88) a adequação é demonstrada com o auxílio de um caso narrado em que diz respeito à presença de uma máquina de venda automática de cigarros em um estabelecimento comercial. As autoridades administrativas multaram o proprietário, alegando descumprimento da lei sobre o comércio no varejo para conceder a permissão do uso da máquina, desde que o requerente demonstrasse “a necessária expertise”, adquirida em decorrência de curso profissionalizante ou em razão de experiência pela prática ou, ainda, se comprovado, por exame especial, que o dono do estabelecimento era mesmo hábil.

O proprietário, então, procurou o Tribunal Superior Estadual de Saarbrücken que considerou inconstitucional a medida adotada ao caso, valendo-se da máxima da adequação, chegando à conclusão de que a exigência de comprovação de expertise para o manuseio ou a presença de mercadoria em qualquer estabelecimento comercial violaria a liberdade profissional garantida pela Constituição alemã, em seu art. 12, §1º. (ALEXY, 2008)

A necessidade, por sua vez, seria ponderar qual dos princípios causaria efeitos menos intensos, ou seja, qual seria o menos pior para as partes envolvidas. (ALEXY, 2008)

E a proporcionalidade em sentido estrito, de acordo com o autor, seria o sopesamento em três passos:

No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio. (ALEXY, 2008, p. 594).

Percebe-se, portanto, “[...] quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 594). É por essa máxima que se analisa se o meio escolhido é, de fato, o mais proporcional.

4.3 APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSE NOS CASOS ENVOLVENDO BEBÊ MEDICAMENTO

Considerando-se a o problema da pesquisa: como ponderar o conflito entre o princípio da solidariedade e da dignidade nos casos de bebê medicamento? Inicialmente, prevalecia-se como possível resposta à pergunta a proteção ao direito da dignidade da pessoa humana, sobretudo, à dignidade da do bebê medicamento como sendo a parte mais vulnerável da relação e que, portanto, deveria ser protegida. Parte-se da premissa de que o bebê não poderia ser consultado, por razões lógicas, afinal é um indivíduo incapaz de realizar quaisquer atos da vida civil, principalmente, os associados à vida, ao corpo e à integridade física, por exemplo. Logo, todos os ditames realizados não teriam o seu consentimento. Valendo-se da concepção de resguardar o sujeito (bebê) da sua possível utilização como objeto

para salvar a vida de outro indivíduo.

Entretanto, utilizar-se da técnica é promover dignidade à família também, uma vez que doando ao irmão enfermo medulas, ou órgãos ou tecidos que não comprometem à saúde do bebê doador, promove a solidariedade familiar, poupando-lhes do sofrimento. Afinal, construir uma sociedade solidária é um objetivo fundamental fomentado pela Constituição Federal.

Ressalta-se, portanto, que a hermenêutica da proporcionalidade seria a possível resolução para os conflitos entre princípios. Afinal, utilizaria-se da interpretação para sopesar a relevância de cada os princípio à situação, chegando-se à conclusão de que se acolhida a dignidade do bebê medicamento, a família teria outro meio para minimizar o sofrimento do ente enfermo e ainda assim promoveria a solidariedade familiar. Ou partindo-se por priorizar a solidariedade, entendendo-se que o bebê doador é o meio mais eficaz para se alcançar o resultado esperado, ou seja, a qualidade de vida para o irmão enfermo e que ainda assim não feriria a dignidade do bebê medicamento, afinal, seriam doados órgãos que se ausentes não trariam dano nenhum a este.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa tratou sobre o bebê medicamento: análise do conflito entre o princípio da solidariedade familiar e o princípio da dignidade da pessoa humana. O estudo se mostrou relevante em razão envolve temas controversos e importantes, afinal, diz respeito a transplante de órgãos, dignidade, projeto familiar e vidas, ou seja, assuntos muito frágeis e minuciosos que precisam ser discutidos com a importância devida.

Ao longo da pesquisa, pode-se elencar as seguintes limitações: a ausência de previsão normativa sobre o caráter da técnica do bebê medicamento para o ordenamento jurídico brasileiro. E, ainda, não há um levantamento preciso de casos ou de dados que remetem à prática da técnica reprodutiva, no Brasil. Entretanto, foi possível alcançar os objetivos e elementos de pesquisa almejados.

No que diz respeito ao objetivo geral quanto a ponderar o princípio da dignidade e o princípio da solidariedade no contexto da técnica reprodutiva do bebê medicamento, percebeu-se que o resultado foi alcançado.

Sobre os objetivos específicos que foram conceituar a prática, bebê

medicamento, e os seus desdobramentos éticos, bioéticos, constitucionais e civis, compreendendo as relações interpretativas da biomedicina e do Direito, o que pode-se dizer que foi alcançado, uma vez que foram apontadas as compreensões basilares acerca da técnica, assim como, as discussões éticas quanto à licitude da prática. Também foi possível propor a releitura da autoridade parental como um direito, e também como um papel limitado, conforme os artigos 226, caput, § 7º da Constituição Federal, artigo 1634 do Código de Processo Civil. Chegou-se à compreensão de que este resultado também foi alcançado, já que foi discutido e apresentado o conceito de solidariedade familiar e o seu papel enquanto instituição social, por ser a base da sociedade. Por fim, conseguiu-se analisar. Por fim, conseguiu-se analisar a possível ponderação entre os princípios relacionados, principalmente, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar objetivo esse que pode ser alcançado, utilizando da hermenêutica jurídica.

A hipótese ou resolução apresentada inicialmente não foi confirmada ao final, porque em um primeiro momento atribuía-se unicamente ao bebê a discussão do princípio da dignidade como um direito violado, imputando-lhe a afirmação de este era a parte mais vulnerável ou prejudicada da relação. Entretanto, no decorrer do trabalho, percebeu-se com o aprimoramento da teoria de Robert Alexy que o sopesamento entre os princípios, identificando qual se encaixaria ou teria um peso maior ao caso, era o mais prudente. Logo, a hipótese apresentada na introdução foi refutada pelos motivos mencionados. (ALEXY, 2008).

Considerando-se o problema da seguinte pesquisa pode-se constatar que o princípio da solidariedade familiar pode ser aplicado no contexto a fim de garantir a vida de um membro da família. E isso sem ferir a dignidade do bebê medicamento, considerando que sua saúde será plenamente garantida durante a realização dos procedimentos necessários.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASSETTE, Fernanda. Nasce no Brasil 1º bebê selecionado geneticamente para curar irmã. **Estadão**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,nasce-no-brasil-1-bebe-selecionado->

geneticamente-para-curar-irma,835877#:~:text=Acaba%20de%20nascer%20o%20primeiro,corretamente%20pode%20levar%20%C3%A0%20morte. Acesso em: 15 de mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 de mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Casa Civil, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 13.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 08 abr. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 13.715, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. Código Penal. Brasília, DF: Casa Civil, Secretaria-Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASÍLIA (Estado). Conselho federal de Medicina. **RESOLUÇÃO CFM Nº 2.294, DE 27 DE MAIO DE 2021**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção 1, pág. 73. **Diário Oficial da União**, Entidades de Fiscalização do Exercício das Profissões Liberais/Conselho Federal de Medicina, Brasília, 15 jun. 2021, Edição: 110, Seção: 1, p. 60.. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 06 mar. 2022.

CAMPOS, Thaynná Martins. **Questões Jurídicas Existentes: O Bebê Medicamento e a Dignidade da Pessoa Humana**. 2018. 55 f. Monografia – (Graduação em Direito) – Faculdades Doctum de Caratinga, Caratinga, 2018.

CRUZ, Maria Eduarda; ANDRADE, Carolina Simões; SILVA, Jaqueline Paulichi. Bebê-Medicamento: Um Instrumento ou uma vida? X Encontro Internacional In: ANAIS DO ENCONTRO INTERNACIONAL DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA, 2017, . **Anais eletrônicos...** Campinas, Galoá, 2017. Disponível em: <https://proceedings.science/epcc/papers/bebe-medicamento--um-instrumento-ou-uma-vida-?lang=pt-br>. Acesso em: 23 mai. 2022.

FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista. Aspectos éticos e legais em face do bebê medicamento. **Jus**, 22 jan. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71586/aspectos-eticos-e-legais-em-face-do-bebe-medicamento>. Acesso em: 10 mar. 2022.

GOMES, Marcelo Kokke. O ser humano como fim em si mesmo. **Jus**, 29 mai. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5175/o-ser-humano-como-fim-em-si-mesmo>. Acesso em: 10 mar. 2022.

GUTIERREZ, Flávia Regina; GONÇALVES, Juliana Fernandes dos Reis. **Bebê-Medicamento e a Bioética**. Ano 7 (2021), nº 4, 599-626

MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnès. Esperando o messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. **Mental**, Barbacena-MG , ano IX - nº 17, jul./dez, p. 571-588, 2011.

MORAES, Layze Castro; CHAVES, Fábio Barbosa. Mistanásia: Um Olhar Sobre a Dignidade da Pessoa Humana no Sistema Único de Saúde. **Âmbito jurídico**, 22 jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/mistanasia-um-olhar-sobre-a-dignidade-da-pessoa-humana-no-sistema-unico-de-saude/>. Acesso: **10 mar. 2022**.

MORAES, Carlos Alexandre; FERDINANDI, Marta Beatriz Tanaka. As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Problemática da Responsabilidade Civil dos Pais. **Conpedi Law Review**, n. 7 (1), 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Assembleia Geral da ONU: 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 10 abr. 2022.

SILVA, Valéria; COSTA, Caio Eduardo; BRENCIS, Nádia Carolina. Do Bebê-Medicamento Sob o Enfoque do Biodireito e da Bioética. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 169-195, Jan./Jun, 2018

SILVA, Gustavo Ramos. **O Bebê Medicamento: Aspectos e Discussões no Ordenamento Brasileiro.**

UMA PROVA DE AMOR (filme). *My Sister's Keeper* (título original). Direção: Nick Cassavetes. Roteiro: Jeremy Leven, Nick Cassavetes. Elenco: Abigail Breslin, Sofia Vassilieva, Cameron Diaz. Gênero: drama. Tempo: 107 min. Ano de Lançamento (ESTADOS UNIDOS): 2009, DVD.