

BIOÉTICA E BIODIREITO - REALIDADE SOCIAL E JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE À SAÚDE PÚBLICA

Thelmer Mário Mantovanini*, Carlos Eugênio de Carvalho, Edmara Tantin e Ivson Lelis Gama

*Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo-USP, advogado e Professor universitário da FACIDER em Colíder-MT.

E-mail: thelmer.adv@gmail.com

RESUMO: O bem mais precioso do homem contemplado pelos diplomas legais de todos os Estados, principalmente os democráticos, é a vida. A vida como bem é composta de vários fatores, sendo diretamente influenciada pelas medidas adotadas pelo Estado. Logicamente, a saúde é pré-condição de existência da vida, entendendo-se que sem saúde não se alcança a sua plenitude. Como todo indivíduo está submetido a uma nacionalidade e respectivamente ao império de um Estado, deve-se presumir que este ente jurídico deva elaborar normas reguladoras que garantam o acesso à saúde, aplicando recursos em pesquisas na área da medicina, biomedicina e, obviamente, respeitando a ética e levando em consideração questões de bioética.

PALAVRAS-CHAVE: Estado, saúde, vida, dignidade, poder, bioética, biodireito, biomedicina.

ABSTRACT: The most precious of man contemplated by the legislation of all States, especially the democratic world, is life. Life as well consists of several factors, being directly influenced by the measures taken by the State. Of course, health is a precondition for the existence of life, it being understood that without health does not reach the fullness of life. As every individual is subject to a nationality and respectively to the rule of a State, it must be assumed that this legal entity is obliged to prepare regulatory standards to ensure access to health care by applying research resources in medicine, biomedicine and obviously respecting ethics and taking into account issues of bioethics.

KEYWORDS: State, Cheers, life, dignity, power, bioethics, biolaw, biomedicine.

1. INTRODUÇÃO

A humanidade, desde os primórdios, caminha por estreitas e tortuosas trilhas permeadas pela dúvida, pela incerteza e pela insegurança. Os horizontes, nebulosos, não refletiam esperança, todos buscavam algo indefinido, não havia referência, não existiam vozes capazes de se fazerem ouvir e as poucas que se elevavam perdiam-se em um labirinto eivado pelo fanatismo religioso exacerbado e pela opressão dos detentores do poder que se justificavam das mais variadas formas, impondo-se através da violência. Não existiam reivindicações de qualquer espécie já que não havia o que reivindicar; não havia noção de direitos. O sofrimento era algo inerente à condição humana, logo, plenamente assimilável e aceitável.

A educação, o trabalho e a saúde não possuíam status de significância ou importância que justificasse qualquer cuidado ou atenção por parte dos governantes ou de líderes; como as demais condições mínimas exigidas para a sobrevivência humana, sob os mais variados matizes, estas não se constituíam em elementos perceptíveis cujo mister fosse agregar ou carrear uma vestimenta mais dignificante para o indivíduo na época. Aliás, como princípio inafastável, a dignidade é assaz contemporânea, e, de acordo com Raymond G. Gettell (1950, p. 34), passando a permear a existência humana somente em diplomas legais hodiernos, componentes de Estados democráticos de direito, em sua grande maioria.

A conotação histórica, o desenvolvimento e o reconhecimento do homem como sujeito de direito pode ser observado de forma pontual, nomeadamente através dos grandes pensadores, desde a antiguidade, que permanecem vivos em suas ideias e palavras. Sócrates, Platão, Aristóteles, Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Montesquieu, dentre muitos outros, refletem a história da humanidade através de fatores políticos, elucidando as formas de manutenção do poder, a luta pela tomada do mesmo, e a forma mais eficaz de proteger o poder da ambição imensurável do homem. Nesse interim, após séculos, ainda nos dias de hoje, *mutatis mutandis*, podemos verificar uma perfeita sintonia nos ensinamentos desses mestres, comumente adequados aos interesses políticos atuais.

Paralelamente ao poder do Estado, atualmente, denota-se grande influência das religiões nas relações humanas; as igrejas ainda condicionam grande parte de seus fiéis a conservarem posições ortodoxas quanto à evolução das ciências e a utilização de novas descobertas no âmbito da saúde, impedindo um maior avanço na cura de doenças até então tidas como incuráveis e, tal é o poder das igrejas que, mesmo em nível legislativo percebe-se sua presença, espalhando, através de normas legais, posicionamentos religiosos que confundem e mesclam o regramento temporal com o transcendental.

Não se pode olvidar que a medicina, atualmente, atingiu um patamar de excelência promovendo, juntamente com a biomedicina, importantes descobertas que podem amenizar ou dirimir grande parte dos sofrimentos dos portadores de doenças que, até então, não tinham esperança de cura. Obviamente, coube ao Biodireito regular de forma objetiva todas as relações e consequências advindas da utilização da Biomedicina, muito embora ainda distante de um equacionamento ideal

visto que estamos deslumbrando, ainda da porta de entrada, um universo repleto de infinitas possibilidades que, por vezes, chocam os indivíduos atrelados de forma mais ortodoxa às concepções religiosas, ou mais conservadoras.

Inquestionável, também, é a presença da Biotecnologia como fator de suma importância na relação de sobrevivência da humanidade. Bulos (2011, p. 1587) ressalta que, através desses mecanismos, podemos observar um maior aproveitamento de áreas cultivadas e maior quantidade de colheita, contribuindo para o sustento de uma gama muito maior de pessoas, incidindo diretamente sob o fator de dignidade e saúde das mesmas.

2. OS ESTADOS NA ANTIGUIDADE

A convivência humana sempre foi pautada por conflitos e violência. Os homens digladiavam-se entre si em busca de bens extremamente escassos, como os alimentos, não disponíveis para todos. A imensidão das relações humanas era pautada pela submissão do mais fraco perante os mais fortes, esvaziando-se qualquer possibilidade de participação em igualdade no âmbito dessa convivência.

Logicamente, as noções de direitos e a possibilidade de ter resguardado mínimas pretensões eram ideais jamais alcançados pelos mais fracos. O poder que imperava era dirigido de forma a estabelecer um mínimo de ordem, sem se preocupar com questões de igualdade e isonomia. Conforme Raymond Gettell (1950, p. 32), não havia a noção de que o Direito deveria, no mínimo, estabelecer regras protetivas para todos; aliás, não havia a noção de Direito como instrumento regulatório das relações humanas em nenhum de seus aspectos. O poder era exercido, em regra, pela força e demandava constantes batalhas para sua manutenção.

Na realidade, Raymond Gettell (1950, p. 121) destaca que a identificação do homem como portador de direitos mínimos para sua existência não era algo que se cogitasse, embora houvesse o mínimo de organização na tentativa de minimizar os conflitos. No entanto, tais mecanismos eram delegados à vontade dos detentores do poder ou deixados para regulação através da vontade divina; esta outra força, bastante considerável, que paralelamente a força material do detentor do poder,

determinava regras e soluções de conflitos, isso quando as duas forças ou esses dois poderes não se encontravam nas mãos da mesma pessoa ou do mesmo grupo.

Houve grandes pensadores como Bossuet, Bispo da igreja Francesa, que sustentava o poder divino nas mãos do rei como justificativa do absolutismo, defendendo a ideia de que o monarca, agindo em nome de Deus na terra, não poderia ser questionado em hipótese nenhuma, não cometendo erros em suas decisões, uma vez que sempre expressava a vontade divina, restando aos demais, quando entendessem injustas ou erradas as decisões do soberano, rezarem para que fosse iluminado, mas jamais questionarem suas decisões. A vida terrena do rei e seus atos não seriam julgados no plano temporal, mas sim a *posteriore* no plano transcendental, tendo em vista a vida ser transitória e a morte ser um fator que igualava a todos, independentemente do status que carregavam em vida como bem mencionado por Chevallier (1957), no estudo sobre Bossuet:

Já o disse: sois deuses, isto é, tendes em vossa autoridade, trazeis em vossa frente, um caráter divino... Entretanto, ó deuses de carne e sangue, ó deuses de lodo e pó, morreis como homens... A grandeza separa os homens por breve tempo; uma queda comum, no fim, a todos iguala. Ó reis! Exercei, pois, ousadamente o vosso poder, já que é divino e salutar para o gênero humano; exercei-o, porém, com humildade. Ele vos é aplicado exteriormente. No fundo, deixa-vos fracos; deixa-vos mortais; deixa-vos pecadores, e *carrega-vos, perante Deus, de maiores contas.* (CHEVALLIER, 1957, p. 88).

Diante desses fatores, tinha-se consubstanciada a ideia de que as relações humanas, violentas por natureza, haveriam de ser determinadas por um poder capaz de dirigir com pulso forte e suficientemente convincente para ser respeitado. Surge a questão absolutista pautada em justificativas religiosas como a ideia defendida por Bossuet, o absolutismo racional defendido por Thomas Hobbes, e, posteriormente, em um abrandamento e modificação da visão da forma do exercício desse poder que se manifestava entre o Estado e os indivíduos, com a elaboração do Contrato Social de Rousseau. Importante salientar que tivemos, de acordo com Chevallier (1957, p. 88), na história da humanidade, outros grandes pensadores como, Locke e Montesquieu, que, com suas ideias, procuraram minimizar ou retirar o homem do subjugo do Estado.

2.1 O ESTADO ABSOLUTISTA

O princípio norteador que podemos observar na antiguidade com fulcro na relação Estado-Indivíduo permeia-se em uma imposição cujo lema, o absolutismo, era abraçado, fundamentado, e justificado por grandes pensadores da época. Dessa forma, tivemos como grandes ostentadores de ideias absolutistas, Maquiavel, Hobbes e Bossuet, este, grande representante da igreja na época, Bispo da igreja Francesa, bem analisado por Chevallier (1957, p.19).

Podemos indagar quais similitudes vinculam esses pensadores, principalmente se levarmos em consideração que cada um viveu em diferentes épocas e em diferentes lugares. A resposta não se configura como algo intangível, pois uma análise mais criteriosa nos leva a entender que todos tinham uma única finalidade em suas fórmulas de exercício de poder; o absolutismo monárquico.

Quando se fala em absolutismo monárquico, deve-se entender de forma a adequar cada um dos pensadores ao mister de preservar o poder nas mãos do Rei, independentemente das justificativas que alicerçavam e fundamentavam o poder irrestrito nas mãos de uma só pessoa, ou de um grupo. Maquiavel elaborou fórmulas quase que matemáticas visando à manutenção do poder nas mãos dos príncipes, sendo um grande mestre na arte de ensinar o detentor do poder nas relações com os súditos, instruindo-os a comportamentos adequados, não reiterados de forma a serem previsíveis, alternando comportamentos que chegavam às raias da crueldade e comportamentos que elevavam o príncipe a uma aura de bondade. Assim, conforme Chevallier (1957, p. 40), Maquiavel ensina aos príncipes que nas relações do poder com os indivíduos era necessário usar de uma tática bastante simples haja vista que, em sua concepção, o ser humano tende a esquecer de o que lhe é feito de bom muito rapidamente. Sendo assim, orientava os príncipes a praticarem o bem de forma paulatina, homeopática, protraindo-se no tempo e, ao contrário, quando necessário a prática de algum ato ou ação tida como violenta, que o fizesse de uma só vez, evitando que se prolongasse no tempo.

Na realidade, observa-se diante de todos os ensinamentos desse grande pensador, estratégico por excelência, que não entendia o aspecto moral como elemento essencial que justificasse as ações dos príncipes, pois a ausência de tal consciência moral não seria lembrada diante dos êxitos alcançados, que seriam

eternizados pela história. Os fins justificam os meios, esse era o entendimento de Maquiavel:

Todos vêem o que tu aparentas, poucos sentem aquilo que tu és; e esses poucos não se atrevem a contrariar a opinião dos muitos que, aliás, estão protegidos pela majestade do Estado; e, nas ações de todos os homens, em especial dos príncipes, onde não existe tribunal a que recorrer, o que importa é o sucesso das mesmas. Procure, pois, um príncipe, vencer e manter o Estado: os meios serão sempre julgados honrosos e por todos louvados, porque o vulgo sempre se deixa levar pelas aparências e pelos resultados, e no mundo não existe senão o vulgo; os poucos não podem existir quando os muitos têm onde se apoiar. (MAQUIAVEL, 2012, p. 62).

Nesse diapasão, Thomas Hobbes, grande pensador absolutista, pai do absolutismo racional, defendeu um poder absoluto e ilimitado por parte do monarca, entendendo que o fato diferenciador entre os homens e os outros animais é a razão, e que o homem é um animal ambicioso por natureza, não medindo as consequências para alcançar seus objetivos. De acordo com Chevallier (1957, p. 63), o homem é lobo do homem, com essa frase definiu ser necessário que este animal social fosse submetido a severas regras, cabendo ao Estado regular as relações em sociedade, administrando todas as vontades, por mais íntimas e privadas que fossem.

A fundamentação do absolutismo para Hobbes, analisado por Chevallier (1957, p. 63), prende-se ao fato do homem se diferenciar dos outros animais somente pela razão e o único a ser portador da ambição, perseguindo, de forma constante, a felicidade.

A definição de felicidade é a satisfação de termos nossos desejos constantemente satisfeitos. O poder é o mecanismo usado para atingirmos a realização de nossos desejos, porta-se, dessa forma, como condição *sine qua non* para tal finalidade. Os homens, embora diferentes entre si, com força corporal e intelectual distintas, possuem a característica comum de almejar bens que se traduzem em felicidade e, para tal, se utilizarão todas as suas armas. Cada homem significa, para o outro homem, um empecilho e, dessa forma, só lhe resta subjugar ou matar, e, nesse ponto, o mais fraco é capaz de adquirir forças para também atingir seu objetivo final.

Conforme a análise impecável de Chevallier (1957, p. 71) acerca da obra *Leviatã*, “O homem é lobo do homem”, uma ameaça constante que deve ser contida

através de um contrato que anule sua vontade, transferindo para o Estado sua autonomia, esvaziando-o de todas as suas vontades, de todos os seus desejos, outorgando ao soberano o poder supremo de decidir o que lhe é melhor.

Para Hobbes (2006), o homem não é um ser social por natureza, vivendo em comunidade por necessidade e não por instinto, daí entende-se que sua natureza má deve ser aniquilada, devendo, através de um contrato social, ser posto sob ferros exatamente para proteger-se de si mesmo.

Percebe-se que a preocupação nessa fase da história era a sobrevivência do homem, fonte de ameaças, não havendo, assim, evidência de direitos individuais, nomeadamente com referência à saúde e educação; todo homem pertencia ao Estado, inclusive, sua vontade mais íntima, definindo, o soberano, sua existência. Conforme Chevallier (1957, p. 68), O estado de natureza em que se encontrava o homem haveria de ser extinto por meio de uma organização comandada por um único homem, o rei, ou uma assembleia de homens, mas, de qualquer forma, com poderes para aniquilar a natureza humana, má em sua concepção, trazendo a paz em uma sociedade não mais natural, mas sim contratual, podendo, para tanto, o soberano desse poder, em nome dessa organização contratual, praticar, qualquer ato, por mais perverso que fosse, sem justificativas, visando à proteção e preservação do homem.

Leviatã, obra de Thomas Hobbes, definiu e fundamentou com exatidão todas as técnicas e formas a serem utilizadas para a implementação de um absolutismo racional, tornando-se o alicerce das monarquias absolutistas da época.

2.2 A MODIFICAÇÃO DA CONCEPÇÃO DO PODER ABSOLUTISTA PARA UM CONTRATO SOCIAL REPRESENTATIVO DA VONTADE GERAL

A ideia do absolutismo começa a sofrer grandes abalos e, constantemente grandes pensadores, como Locke, Montesquieu, Sieyès, e, nomeadamente, Rousseau, no decorrer dos séculos XVII e XVIII, desenvolvem teorias contrárias ao absolutismo, questionando a necessidade e a finalidade de um regime político tão perverso.

Jean-Jacques Rousseau, eminente pensador do período, expressava um conceito diferente sobre o homem, apesar de entender que necessitavam de

proteção do soberano; saindo do estado de natureza, indo para uma sociedade civil. Para Rousseau, o homem era bom em sua essência, nascia bom porém era pervertido pela sociedade e, justamente para que se evitasse essa perversão, seria necessário estruturar-se em uma organização que retirasse o homem do estado de natureza, introduzindo-o em uma sociedade civil. O homem, segundo esse pensador, é um animal sociável por natureza, bastando a regulamentação dessa convivência para que houvesse a proteção dos mais fracos diante dos mais fortes.

Desenvolveu para tanto, uma teoria onde o soberano nada mais fosse do que a vontade de cada um que, unidas, dessem origem ao soberano. Ao analisarmos O Contrato Social de Rousseau, percebemos que súditos e soberano são, na realidade, a mesma coisa. A vontade individual de cada súdito deve coincidir com a vontade individual dos demais, originando daí, de forma metafísica, a junção das vontades iguais que se comporá no soberano; dessa forma, ao acatar os desígnios do soberano, cada indivíduo nada mais estará fazendo do que acatar sua própria vontade.

[...] segundo o pacto fundamental, somente a vontade geral obriga os particulares, e só se pode assegurar que uma vontade particular está de acordo com a vontade geral depois de submetê-la aos sufrágios livres do povo. (ROUSSEAU, 1996, p. 51, 52).

Nesse interim, para Rousseau, as leis elaboradas pelo representante, ao serem promulgadas, caracterizavam-se como espécies de certidões de nascimento, como se fosse um atestado de que a vontade individual concretizava-se através das leis.

A ideia desse pensador, de acordo com Jean-Jacques Chevallier (1957, p. 166), serviu para a noção de democracia, muito embora não objetivasse em sua obra a exaltação de um governo democrático, e sim de um governo menos corrompível, justificando a derrubada do governo administrador do soberano, caso descumprisse as finalidades do contrato social, que visavam o bem geral e não interesses particulares.

3. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO – DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA, SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES

Liberdade, igualdade, fraternidade, lema da Revolução Francesa que passou a dignificar a existência do homem. A Revolução Francesa trouxe a lume questões que envolvem a relação Estado-homem, designando para os direitos fundamentais de primeira geração – liberdade, direitos fundamentais de segunda geração – igualdade e direitos fundamentais de terceira geração – fraternidade, formas de comprometimento do Estado para a compilação de medidas e ações que visavam dar subsídio à existência humana digna.

O Estado, ente jurídico e político, deve propiciar condições mínimas para uma existência digna do homem, abstendo-se de determinadas práticas ou agindo de forma positiva quando necessário for para uma prestação efetiva que vise garantir acesso a mecanismos que, de acordo com sua natureza, resultem em um benefício para a sociedade.

Dessa forma, os direitos fundamentais de primeira geração, traduziram-se em uma obrigação de não fazer por parte do Estado, colocando à disposição da sociedade mecanismos garantidores de defesa diante de qualquer ato abusivo desse ente jurídico. Os direitos fundamentais de primeira geração, como direitos negativos, implicam em um rol de normas colocados à disposição dos indivíduos para, diante de qualquer ameaça, defenderem-se de ações abusivas do Estado. A Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, prescreve, através de seus inúmeros incisos, mecanismos de defesa utilizáveis, nos mais amplos aspectos, contra tais ameaças.

Ao contrário, se os direitos fundamentais de primeira geração tiveram a missão de afastar o Estado da sociedade, os direitos fundamentais de segunda geração tiveram missão oposta. Houve, com a implementação dos direitos negativos, um exacerbado afastamento do Estado em áreas cuja intervenção era imprescindível, pois, traduziam-se, como direitos positivos, necessários à propagação da igualdade, um nivelamento necessário visando propiciar aos mais necessitados, acesso a condições mínimas de dignidade, traduzindo-se essas em saúde, educação, etc. Nesse interim, houve por bem o constituinte estipular, no art. 6º da CF/88, os chamados direitos fundamentais de segunda geração, direitos

positivos, que visam garantir aos hipossuficientes mecanismos de acesso a serviços essenciais que, em sua ausência devem ser oferecidos pelo Estado.

Os direitos fundamentais de terceira geração visam reconhecer o homem como portador inerente de garantias que o dignifiquem como pessoa, não mais se focando na nacionalidade do mesmo, quebrando o tabu preconceituoso das fronteiras.

3.1 A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DE TODOS OS DIREITOS

O homem em suas relações com seus semelhantes ou com o Estado deve permear-se através de normas positivadas. O direito, então, visa satisfazer essas necessidades do ser humano, sejam elas portadoras de qualquer grau de importância. Nesse patamar, não é difícil concluir-se que a dignidade do ser humano não basta ser aclamada, mas necessita ser positivada de forma a possuir imperatividade suficiente para alcançar o objetivo espraiado em seu espírito e, tal missão, só terá êxito se garantida pela força do Estado, como assinala Norberto Bobbio:

[...] quando se pensa nos direitos do homem que experimentaram a historicamente a passagem de um sistema de direitos em sentido fraco, na medida em que estavam inseridos em códigos de normas naturais ou morais, para um sistema de direitos em sentido forte, como o são os sistemas jurídicos dos Estados nacionais. E hoje, através das várias cartas de direitos promulgados em fóruns internacionais. (BOBBIO, p.78, 1992).

Contudo, deve-se entender que o homem é possuidor de características várias, sendo, algumas destas, naturais ao seu ser. Nesse contexto, destaca-se a intrínseca capacidade de valorar sobre os mais variados aspectos, dentre esses a qualificação de bens considerados inestimáveis a sua condição humana, denominados bens soberanos. Assim:

Os *bens soberanos* são aqueles a que a generalidade dos seres humanos atribui máximo valor. São bens para os quais, em cada estágio de civilização, o ser humano tende, por vocação de sua própria natureza ou por imposições culturais. (TELLES JUNIOR, 2001, p. 341).

Conforme Goffredo Telles Júnior (2001, p. 341), se pode identificar como bens soberanos a vida, saúde, dignidade, liberdade, igualdade, privacidade, e tantos outros que são considerados essenciais para o pleno exercício de sua existência. Em sua obra intitulada Iniciação na Ciência do Direito (2001, p. 343), o renomado autor destaca que tais bens soberanos vão muito mais além dos denominados Direitos Humanos, já que estes só são considerados direitos após sua positivação no ordenamento jurídico do Estado. Dessa forma, podemos entender que:

O que é *natural* no ser humano, o que é inerente nele é sua *inclinação* para seus *bens soberanos*. Hegel já dizia que o que é inalienável e imprescindível para o homem *não são os seus direitos*, mas as determinações substanciais da pessoa, ou seja, *o que constitui o essencial no conceito de homem* (Filosofia do Direito, § 66 R.). (TELLES JUNIOR, 2001, p. 343).

O respeito e a consideração trazidos à luz com as ideias desses pensadores mais liberais deram início à ideia de ser o homem portador de direitos e, com o passar dos séculos, houve a possibilidade do enriquecimento das prerrogativas do ser humano para uma ordem de dignidade, os chamados Direitos Soberanos, que procuram resguardar condições de dignidade, entre elas o Direito à Saúde, estabelecendo um novo nível de qualidade de vida e isso, constantemente é debatido e ampliado sendo que, mesmo nos dias atuais, ainda são objetos de extensas discussões quanto à sua efetividade. Chegando a inequívoca conclusão:

Ora, *ideais* de Direitos ainda não são Direitos. São, isto sim, *aspirações* de Direitos, proclamadas muitas vezes em Declarações famosas, brandidas como "bandeiras" assinaladas de campanhas políticas. Somente *depois* de formulados pelo legislador e firmados *em leis positivas*, é que tais anelos são promovidos a *direitos*, a *Direitos Subjetivos* autênticos, a *Direitos Humanos* legalmente consagrados. Só então, passam a ser, verdadeiramente, predicados concedidos a todas as pessoas, *por meio de normas jurídicas*. (TELLES JUNIOR, 2001, p. 345).

Nesse interim, os ideais perseguidos por todos na busca pela efetividade dos direitos humanos, enquanto conjecturas, não conseguirão atingir seu mister, pois, somente com a força do Estado, atuando e impondo regras que traduzem esses ideais, será possível atingirmos a plenitude desses direitos inerentes à condição humana.

4. O DIREITO COMO NORMA REGULADORA DA SOCIEDADE

O direito, norma regulamentadora intersubjetiva, dotada de abstratividade, generalidade, e imperatividade, possui suporte do Estado para a consecução de seus mandamentos. Tal norma condiciona de forma obrigatória à observação e acatamento de sua prescrição, sendo única, entre todas as regras de comportamento, dotada de um comando cuja inobservância pode gerar uma sanção material condicionante ao seu cumprimento. Sendo assim, é imperativo que as relações e obrigações advindas da pesquisa na área da saúde, nomeadamente na área da Biomedicina, estejam previstas e protegidas pela lei como forma inafastável da certeza de conhecimento por parte de todos, haja vista ser de positividade obrigatória, implicando em sua publicação para conhecimento de toda a sociedade.

Logicamente, como não se faz possível preverem-se todas as consequências que advirão dessas novas descobertas reveladas pela Biomedicina com certeza, teremos forte demanda de ações nos tribunais que, através de suas decisões jurisprudenciais, darão o contorno nesse fantástico, e muitas vezes assustador, mundo novo.

4.1 AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS GARANTIDORAS DE ACESSO ÀS CONDIÇÕES MÍNIMAS DE EXISTÊNCIA DO HOMEM

Visando a proteção da dignidade humana no Brasil, a Constituição Federal de 1988 elencou uma categoria jurídica em seu corpo denominada de Direitos e Garantias Fundamentais. Tal inclusão foi essencial não apenas para a proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades que poderiam ocorrer, mas, também, para garantir que certos direitos fundamentais pudessem ser reivindicados por parte da população contra o Estado. De acordo com Bulos (2011, p. 516), podemos descrever diversos direitos que nossa Carta Magna nos assegura como responsabilidade do Estado em relação aos seus indivíduos, dentre estas estão: a proteção contra discriminações religiosas, étnicas, proteção contra a inviolabilidade de domicílio, de correspondência, bem como o direito à propriedade, à herança, dentre outros. Porém, cumpre salientar que também o Estado é responsável por

determinadas ações sociais, nomeadamente destacadas no art. 6º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Vislumbra-se, dessa forma, que a Constituição Federal de 1988 não deixou de mencionar os denominados Direitos Fundamentais de segunda geração, como é bem mencionado por Bulos (2011):

A *segunda geração*, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma *prestação positiva*, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. (p. 518).

Diante desses direitos sociais, podemos destacar a saúde como um dos mais complexos e controversos direitos sobre o qual se permeia as mais variadas discussões para que o Estado garanta com efetividade à prestação de um direito essencial a vida humana. Historicamente, como bem mencionado por José Afonso da Silva (2007, p. 309), a Constituição Italiana (art. 32), é reconhecida como a primeira carta constitucional que garantiu a saúde no rol dos direitos fundamentais, seguido por Portugal, Espanha e Guatemala. A Carta Magna de 1988, diferentemente das demais constituições brasileiras, inovou ao descrever a saúde como um direito social; garantindo não só uma proteção, mas um dever por parte do Estado em relação ao seu cumprimento. Portanto, salientado pelo jurista Bulos (2011, p. 1538), o direito à saúde incumbe ao Estado, bem como a realização de ações positivas para garantia da efetividade desse direito, sendo impedido de praticar atos atentatórios ao pleno exercício desses direitos. Nesse diapasão, o art. 196 da Constituição Federal merece destaque pela reafirmação desse direito inerente a todo ser humano, *in verbis*:

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.

Importante ressaltar que, tal obrigação do Estado na garantia da saúde, inclui todos os Entes da Federação nesse mister, conforme preconiza o art. 23, inciso II da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Dessa forma, é possível observar que a saúde é um bem que deve ter seu acesso garantido a todos os indivíduos e bem andou o legislador constituinte ao determinar que tal obrigação ficasse a cargo de todos os entes da Federação, e não só da União.

5. A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA BIOMEDICINA ATRAVÉS DO DIREITO: BIODIREITO

Pode ser descrito como fator preponderante na diferenciação do ser humano para com os demais seres vivos existentes no planeta, a razão. Conforme Raymond Gettell (1950, p. 11), o avanço intelectual do homem, desde os tempos primitivos, teve como início a quebra de uma barreira condicionante em seus mais variados aspectos. Como exemplo, podemos mencionar o encerramento da vida nômade, derivando-se para uma vida em sociedade, bem como a descoberta do fogo, intimamente ligada ao domínio da natureza. Outrossim, observa-se, também, o início de ações voltadas para a implementação da agricultura na produção de alimentos, buscando, através desse avanço científico, a preservação da espécie humana no decorrer de sua jornada evolutiva. Nota-se também, que a capacidade intelectual do homem chegou ao ápice, desenvolvendo e aplicando a Biomedicina nos dias atuais; a Biomedicina propiciou uma evolução raramente observada na história, conseguindo amenizar ou dirimir doenças de alta complexidade ou sua cura.

Nesse interim, é possível vislumbrar alguns casos que estão intimamente ligados a Biomedicina e reguladas pelo Biodireito, como por exemplo, o manejo e utilização das células-tronco, que busca suprir deficiências no organismo humano. Alimentos geneticamente modificados (transgênicos) também são regulados pelo Biodireito. A responsabilidade do Estado em assegurar o direito de acesso à saúde e

a dignidade humana teve, também, a inclusão do transexualismo no contexto social, propiciando cirurgias de modificação de sexo, dentre outras.

É de notório saber que o estudo sobre as células humanas já se encontra bem aprofundado e estruturado no ramo científico. Resumidamente, de acordo com Henrique Penido (2006), as células-tronco:

[...] se destacam neste assunto por serem células especiais, possuidoras de uma característica peculiar. Esta peculiaridade baseia-se no fato de poderem se diferenciar e constituir diferentes tecidos no organismo, funcionando como células curinga que têm a função de ajudar no reparo de uma lesão. Pode-se citar, por exemplo, as células-tronco da medula óssea que têm função de regenerar o sangue, visto que as células sanguíneas se renovam incessantemente. (p. 1).

Importante ressaltar que atualmente o legislador, visando uma possível utilização das células-tronco para futuros avanços científicos e a garantia do direito à saúde, já disciplinou, inicialmente, como será permitida a utilização das mencionadas células. A Lei 11.105/05, Lei de Biossegurança, em seu art. 5º, descreve procedimentos, autorizações, para pesquisa e utilização das células-tronco, permitindo, então, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, respeitados os devidos parâmetros estabelecidos conforme a lei. Contudo, vale mencionar que é vedada a Clonagem Humana no Brasil, assegurando, nossa Constituição Federal de 1988, o direito à vida e a dignidade do homem conforme descrito nos arts. 1º, III c/c art. 5º, *cáput*, art. 225, *cáput* e art. 226, §§ 1º a 8º.

Igualmente, no que diz respeito ao transexualismo, nota-se no ano de 2013, com o advento da Portaria 2.803, publicada pelo Ministério da Saúde em 19 de novembro, um grande avanço no que se refere à responsabilidade do Estado na prestação do direito à saúde, já que indicou significativas mudanças no atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS), para aqueles indivíduos que desejam realizar o procedimento de mudança de sexo. Dessa forma, estende-se aos transexuais masculinos determinados direitos que já eram aplicados aos transexuais femininos que desejavam realizar a mudança de sexo, como por exemplo, a realização de procedimentos para a retirada das mamas, terapia hormonal, adequação das cordas vocais, entre outros.

Dessa forma, além de garantir a responsabilidade do Estado no custeio dos procedimentos, vemos, também, um tratamento isonômico para ambos os gêneros.

5.1 A PREOCUPAÇÃO COM UM MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL COMO CONDIÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E DIGNIDADE HUMANA

Pode-se afirmar categoricamente que a preocupação do homem com o meio ambiente e saúde passou a ser tema realmente importante a partir da Revolução Industrial no século XVIII, já que, durante este período, mudanças significativas realizadas pelo homem refletiram intensamente ao redor do planeta.

Antes de tudo, se faz necessário entender que a Revolução Industrial foi um dos movimentos mais importantes já realizados pelo homem. Dividida em três fases, esta revolução teve início na Grã-Bretanha (séc. XVIII), que após a invenção da máquina a vapor, vislumbramos uma rápida industrialização, formando grandes centros industriais. Diversos países como Alemanha, Itália e Estados Unidos no século XIX também se industrializaram, principalmente por conta do avanço tecnológico e utilização do petróleo como fonte de energia elétrica, formando, então, a segunda fase da Revolução Industrial. Na terceira fase ou fase atual da revolução, países emergentes como China, Índia e Brasil se sobressaem na utilização de novas tecnologias, como energia nuclear e genética, principalmente na utilização de políticas que incentivaram um rápido e sólido crescimento industrial. Assim, com o surgimento das metrópoles, constata-se a rápida e feroz migração dos camponeses para as cidades, com o objetivo de trabalhar nestas fábricas, e garantir uma melhor qualidade de vida para suas famílias.

5.2 TRANSGÊNICOS

Paralelamente a esta Revolução, houve também um elevado aumento populacional ao redor do mundo, consubstanciando em uma pretensa segurança financeira com a grande oferta de trabalho advinda de tal revolução. O êxodo rural promovido por tal oferta de trabalho, aliado a explosão populacional, eclodiu em um aumento das cidades e a conseqüente diminuição de áreas cultiváveis, fazendo com que houvesse uma necessidade de pesquisa sobre a produção de alimentos, visando uma maior produtividade, buscando-se, inclusive, a descoberta de sementes

que além de alta produtividade, também pudessem se transformar em plantas mais resistentes aos ataques de pragas.

Assim, se tem por base mencionar, também, os Organismos Geneticamente Modificados (OGM), ou seja, os Transgênicos. Dessa forma, entende-se por transgênico todo organismo que por meio de alterações genéticas realizadas em laboratório, modificam seu DNA/RNA com o intuito de melhorá-lo em diversos aspectos, como por exemplo, para garantir uma maior resistência a pragas, mudanças climáticas, entre outros.

Contudo, as argumentações em face de sua comercialização ainda são muito divergentes, pois da mesma forma que estes organismos geneticamente modificados trazem benefícios (p. ex. alimentos mais nutritivos, resistência a pragas e maior produtividade das lavouras), existem, também, algumas desvantagens. Entre as principais, temos a questão que ao se alterar o código genético de algum organismo, não existe qualquer controle sobre tal modificação que, em outras palavras, significa a possibilidade de tal organismo modificar-se totalmente por conta das alterações realizadas em laboratório. Outra questão importante é o aumento no número de pessoas alérgicas, por conta da excessiva inserção de proteínas em produtos transgênicos, e também a alteração significativa do ecossistema em que se produzem estes alimentos, pois ao tornar alimentos transgênicos resistentes a pragas e insetos, será evidente que o ecossistema deste local será alterado, com grandes chances de causar sérios problemas a cadeia alimentar, entre outros.

5.3 O BIODIREITO E A BIOTECNOLOGIA EM BUSCA DA PRESERVAÇÃO DA SAÚDE HUMANA E A COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS TRANSGÊNICOS NO BRASIL

No Brasil, os primeiros alimentos transgênicos comercializados foram decorrentes da soja geneticamente modificada da empresa Monsanto, denominada Soja Roundup Ready. Seu pedido para liberação de sua produção comercial deu início em junho de 1998, mas somente em janeiro do ano 2000 a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CNTBio), autoriza o plantio da Soja RR da empresa Monsanto para a realização de testes em território brasileiro.

Neste período estava em vigor a lei 8974/95, ou seja, a Lei de Biossegurança, que regulamentava o art. 225, inciso II, da Constituição Federal de 1988, criando, então, a CNTBio, atribuindo-lhe como algumas de suas competências a autorização para a comercialização de produtos transgênicos no Brasil.

Atualmente, a Lei de Biossegurança (Lei 11105/05), possui como principais alterações da lei anterior, a criação do Conselho Nacional de Biossegurança e modificações nas competências da CNTBio. Importante ressaltar que esta lei também prevê responsabilidade civil, administrativa e penal, em situações que versem sobre biossegurança. Por exemplo, é passível de se mencionar a responsabilidade penal nos casos de utilização de Organismos Geneticamente Modificados sem prévia autorização da CNTBio (art. 29 da Lei de Biossegurança).

Todavia, faz-se necessário citar também o princípio da precaução que, de certa forma, está intimamente ligado à preservação do meio ambiente, pois tal princípio é conhecido por prevenir que experimentos científicos não sejam realizados sem prévio estudo, garantindo assim uma proteção ao barrar experimentos que possam causar catástrofes irreversíveis ao meio ambiente e saúde. Como principal exemplo de aplicação ao mencionado princípio, temos que os transgênicos que só deverão ser utilizados após comprovação científica de que tais produtos não afetarão o meio ambiente e nem comprometerão a saúde humana.

Outrossim, como reforço a legislação ambiental sobre biossegurança, tem-se o decreto 5705/06, sendo o Protocolo de Cartagena sobre biossegurança assinado e ratificado pelo Brasil, considerado como a primeira movimentação internacional voltada para a preocupação no manejo dos Organismos Geneticamente Modificados, haja vista já existir no ordenamento jurídico brasileiro regulamentação sobre os transgênicos.

5.4 COMERCIALIZAÇÃO DA SOJA TRANSGÊNICA NO BRASIL

Em apertada síntese, é razoável dizer que o início da comercialização da soja transgênica no Brasil ocorreu a partir do momento que diversos agricultores, principalmente da região sul do país, começaram a plantar ilegalmente a Soja Roundup Ready trazida de países como a Argentina e outros, onde já era liberado o consumo e comercialização de produtos transgênicos muitos antes do Brasil.

Por se encontrar em uma situação difícil diante do aumento de agricultores utilizando a Soja R R, o presidente Lula editou a Medida Provisória 113, “legalizando” a utilização da Soja transgênica comprada de forma ilegal, delimitando sua utilização somente até ao final daquele ano.

Paralelamente a esta situação, o governo, após a criação da Lei de Biossegurança, ampliava os poderes da CNTBio, chegando seus pareceres a dispensar EIA/RIMA, previstos expressamente na Constituição Federal. Em seguida, vem a Medida Provisória 131, editada em 26 de setembro de 2003, autorizando a comercialização da soja transgênica no país.

É importante observar que ao se falar em transgênicos, meio ambiente e Estado, estamos diante de uma importante questão que está ligada diretamente à saúde humana. Os transgênicos merecem um estudo científico mais criterioso, pois além da preocupação com o seu plantio e uma possível ameaça e prejuízo ao meio ambiente, também adquire uma vestimenta que se traduz em igual ameaça à saúde humana. Nesse viés, temos a possibilidade de dois prejuízos à saúde, a primeira possibilidade prende-se ao fato que o consumo desses produtos geneticamente modificados possa, a curto, médio, ou longo prazo, ter impacto significativo em detrimento da saúde das pessoas que os consomem. Na segunda hipótese de prejuízo a saúde, temos a possibilidade de um comprometimento do meio ambiente e, tendo este ligação direta com a qualidade de vida dos indivíduos, certamente poderá causar danos à saúde humana.

Dessa forma, cabe ao Estado fiscalizar e regular o plantio e o consumo desses produtos sob pena, em assim não o fazendo, de omitir-se em sua obrigação legal constitucionalmente prevista, o que incidirá em um provável prejuízo à saúde da população em geral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não teve a ambição de esgotar ou de relatar todos os fatos ocorridos na história e nem citar todos os grandes pensadores que contribuíram para essa caminhada da humanidade desde seus primórdios. Na realidade, objetivou-se, de forma singela, trazer a lume os grandes acontecimentos que tiveram o condão de permear a evolução do homem através dos tempos.

Procurou-se demonstrar a relação mantida pelo ente jurídico denominado Estado e os indivíduos que se submetiam a sua força imperativa, pontuando quais os objetivos de interesse primordiais que o Estado procurava alcançar.

Relatou-se o absolutismo calcado em fatores religiosos e fatores racionais, bem como o início de uma nova visão no exercício do poder e a quem este pertencia. Demonstrou-se no transcorrer deste artigo que os bens soberanos, aqueles de suma importância ligados ao fator de dignidade humana, como por exemplo, a saúde, não eram objeto de apreciação pelos Estados antigos, sendo a saúde meta prevista somente pelos Estados na modernidade.

Chegou-se a questão da responsabilidade do Estado em sua concepção mais estrita, que é assegurar princípios dignificantes à vida dos homens. Foi possível, então, vislumbrar que os Estados modernos, principalmente os democráticos, de forma hodierna, passaram a inserir em suas constituições princípios norteadores da dignidade em seu sentido mais amplo. Pontualmente, no caso do Estado Brasileiro, o constituinte de 1988 houve por bem inserir na Magna Carta os chamados Direitos Fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, como forma de resguardar o direito do homem a uma vida digna. A saúde, então, é vista como condição *sine qua non* para que se alcançasse a dignidade humana, pertencendo ao Estado a obrigação de legislar e fiscalizar toda a amplitude das medidas voltadas direta ou indiretamente para a saúde.

Esclarece-se que a saúde é um bem atrelado a fatores diversos, não podendo existir sem o amparo de outros fatores que a influenciam diretamente, como, por exemplo, o meio ambiente, o trabalho, etc.; dessa forma, procurou-se demonstrar a intervenção do Estado nesses variados campos, nomeadamente na questão do plantio de produtos geneticamente modificados, sua repercussão no meio ambiente e na saúde pública.

Foram trazidos também, à baila, questões sobre a evolução da medicina, da biomedicina, questões éticas envolvendo essas novas descobertas biomédicas, como no exemplo citado sobre a mudança de sexo, incidindo, diretamente, sobre questões éticas e religiosas.

Por fim, demonstrou-se que o Direito tem a obrigação de regular todas as relações entre as pessoas e que, em questões da biomedicina, o Biodireito deve se fazer presente, regulando as novas descobertas e que, diante de fatos controversos,

cabará aos tribunais, através de jurisprudência, decidir e pacificar qualquer conflito advindo dessas situações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 4^o Reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, RJ: Editora Campus, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6^o ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias. Coleção do Instituto de Estudos Políticos e Sociais Nº 3. Tradução de Lydia Chrstina. Rio de Janeiro, RJ: Livraria AGIR Editora, 1957.

DELDUQUE, Maria Célia. O imbróglio da soja transgênica no Brasil, suas repercussões no ordenamento jurídico nacional e o princípio da precaução. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 310, 13 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5265>>. Acesso em: 10 maio 2013.

EDITORA SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Editora Saraiva, 13. ed., 2012.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

GETTELL, Raymond G. História das Ideias Políticas. 3^o ed. Tradução de Eduardo Sagueiro. Lisboa, Portugal: Editorial Inquérito LTDA, 1950.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. 1^o ed. São Paulo, SP: Montecristo Editora, 2012.

PENIDO, Henrique. Células-tronco: Limitações éticas e jurídicas à pesquisa e manipulação. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 26, fev 2006. Disponível em: <

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=972 >. Acesso em jul 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. [tradução Antônio de Pádua Danesi]. 3º ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1996.

SIRVINKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental. 8º ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. Iniciação da Ciência do Direito. São Paulo, SP: Saraiva, 2001.

THOMÉ, Romeu. Manual de direito ambiental. 2º ed. ver, atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28º ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2007.